

The International Scientific Session

– CKS 2010 –

Challenges of the Knowledge Society

Bucharest, April 23-24, 2010 – 4th Edition



ISBN 978-973-129-541-1

CKS – eBook 2010 is indexed BDI by EBSCO Database

INTERNATIONAL SCIENTIFIC COMMITTEE

Ion Neagu, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest; **Lorena Bachmaier Winter**, Complutense University, Madrid, Spain; **Viorel Cornescu**, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest; **Steve W. Becker**, DePaul University, Chicago, U.S.A.; **Elena Andreevsca**, SEE University, Tetovo, Macedonia; **Alexandru Olteanu**, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest; **Gabriel Boroi**, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest; **Dieter Schlafen**, Judge, Ph.D., Adviser to the Romanian Superior Council of the Magistracy, Germany; **Myrvete Badivuku-Pantami**, University of Pristina, Kosova; **Mihai Hotca**, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest; **Yusuf Akan**, Ataturk University, Erzurum, Turkey; **Marcin Marcinko**, Jagellonian University, Krakow, Poland; **Tamás Lattmann**, National Defence University „Zrinyi Miklos”, Budapest, Hungary; **Jiri Fuchs**, University of Defence, Brno, Czech Republic; **Nives Mazur-Kumric**, „J.J. Strossmayer” University, Osijek, Croatia; **Vasilka Sancin**, University of Ljubljana, Slovenia; **Andrei Stănoiu**, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest; **Mihane Berisha-Namani**, University of Pristina, Kosova; **Titi Paraschiv**, Technical Military Academy, Bucharest; **Csongor Herke**, University of Pecs, Hungary; **Raluca Miga Beșteliu**, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest; **Erika Rorh**, University of Miskolc, Hungary; **Vasile Dobrinou**, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest; **Simona Mihai Yiannaki**, European University Cyprus; **Nicolae Popa**, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest; **Pinar Memiş**, „Galatasaray” University, Turkey; **Viorel Roș**, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest; **Clara Tracogna**, University of Padova, Italy; **Fabio Ramazzini Bechara**, Damasio de Jesus Law School, Brasil; **Işik Cem**, Ataturk University, Erzurum, Turkey.

ORGANIZING COMMITTEE

Ion Neagu, **Viorel Cornescu**, **Adriana Barnoschi**, **Elena Nedelcu**, **Mircea Damaschin (Head Manager)**, **Maria Grigore**, **Nicoleta Gudănescu**, **Cosmin Olteanu**, **Rodica Ianole**, **Simona Hudea**, **Maria Loredana Popescu**, **Emil Florea**, **Alexandru Sitaru**, **Elena Ștefan**, **Lamya-Diana Al Kawadri**, **Mirela Viorica Chiriță**, **Mihaela Papa**, **Ioana Firicel**, **Valentin Quintus Nicolaescu**, **Cristian Istrate**, **Alexandra Apostol**

CONSIDERATIONS REGARDING THE DECISIONS ADOPTED IN THE INTEREST OF LAW NO. 59/2007 BY THE HIGH COURT OF CASSATION AND JUSTICE

VASILE DOBRINOIU*
MARIA OPREA**

Abstract

Starting from the decision in the interest of the law which makes the object of this examination, the authors propose to put under discussion issues related to the cases of non-punishment and sentence mitigation as they are regulated by the legislation in force and in the new Criminal Code. The conclusion which should be drawn, determined by the confirmation of some inconsistency with regard to the regulations of the special laws, is that "de lege ferenda" a provision with the character of a principle should be developed in the general part of the Criminal Code which should be reflected in the special rules and allow their unitary enforcement.

Keywords: *corruption offences, reporting; non-punishment cases; sentence mitigation cases; provisions regarding assets confiscation; collaborator of justice.*

Introduction

By decision no. 59/2007 adopted in the interest of the law, the High Court of Cassation and Justice, under the provisions of Law no. 78/2000 on the prevention, detection and punishment of acts of corruption, established that the provisions of paragraphs (2) and (4) of Article 61 from the aforementioned law - regarding the non-punishment of the offender and the return of money, values or any other goods that were the object of the crime - are applicable only to the offences stipulated by the special law.

Furthermore, the provisions of Article 255 (3) and (5) of the Criminal Code are applicable only to the offences that are exclusively classified according to Article 255 of the Criminal Code, while the special law is not applicable, in particular Article 61 (2) and (4) of Law no. 78/2000.

The recitals to this decision indicate that the courts have pronounced non-unified decisions regarding the application of Article 61 (2) and (4) of Law no. 78/2000 in the case of acceptance of undue benefits (stipulated by Article 256 of the Criminal Code) and of influence trafficking (Article 257 Criminal Code).

Thus, some courts considered that the provisions of Article 61 (2) and (4) of Law no. 78/2000 would also apply to the offences mentioned in Article 256 and 257 of the Criminal Code. Other courts considered that the provisions of Article 61 of Law 78/2000, regarding the non-punishment of the offender and the return of money, values or any other goods that were the object of the crime, should only apply in the case of the offences provided by that law, not in the case of the offences stipulated in Articles 256 and 257 of the Criminal Code and other offences specified in Law no. 78/2000.

Paper content

The enactment of the decision pronounced in the interest of the law was grounded on the following reasons:

* Professor, Ph.D., Faculty of Law, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: vasiledobrinouiu@univnt.ro).

** Judge, Ph. D. candidate, Faculty of Law, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: moprea_just@yahoo.com).

Article 61 of Law no. 78/2000, introduced through Article I (3) of Law no. 61/2003, incriminates the offence of influence purchasing committed by “promising, offering or giving money, goods or any other benefits, directly or indirectly, to a person who has or lets the other think she/he has enough influence over an employee to make him/her accomplish or fail to accomplish an act that is part of the latter’s service attributions” (offence sanctioned with imprisonment from 2 to 10 years).

Paragraph (2) of the same article stipulates that “the perpetrator should not be punished if he/she informs the authority about the deed before it is referred to the prosecution body”.

According to Article 61 (3) “the money, values and any other goods that were the object of the offence stipulated at paragraph (1) are confiscated, and if they cannot be found, the convict is obliged to pay their equivalent in money”. Paragraph (4) also specifies that “the money, values and any other goods are returned to the person that gave them in the case stipulated at paragraph (2)”.

In the grounds of the decision it is also indicated that Law no. 78/2000 comprises special regulations as compared to those existing in the Criminal Code, in similar fields or even within the same subject matter.

Furthermore, the voluntary reporting to the authorities, as a special case of non-punishment, is not stipulated for the offence of receiving undue benefits, mentioned in Article 256 of the Criminal Code, and of trafficking influence, stipulated at Article 257 of the Criminal Code, as in their case should be applied the measure of confiscating the goods that were the object of offence.

The case of non-punishment determined by the voluntary reporting of the offence to the authorities, with the consequence of removing the incidence of goods confiscation, operates restrictedly only in the case of the offences taken into consideration by the legislator.

Whereas there is no identity of juridical situation it has been concluded that the identity of juridical treatment cannot be claimed.

The same arguments are taken into consideration for the settlement of the second juridical issue that was referred to the Supreme Court by the appeal in the interest of the law submitted by the General Prosecutor.

The task of the Supreme Court is to settle whether to extend the provisions of Article 255 (3) and (5) of the Criminal Code concerning the non-punishment cases and the return of the goods belonging to the bribers who voluntarily report their offence to the authorities and the bribers whose deeds are classified according to Law no. 78/2000.

In the grounds of its decision, the Court states that “the subjects of the bribery specified at Article 1, Article 7 (2), Article 81, 82, 13 and 185 of Law no. 78/2000, qualified in terms of the regulation provided for in the Criminal Code for the offence of bribery, also entail different punishments, revealing a higher degree of social danger”.

The Supreme Court takes note that this was the ground for which the Law no. 78/2000 did not take over the non-punishment case provided by Article 255 (3) of the Criminal Code.

Another additional argument is that Article 19 of Law no. 78/2000 stipulates, as a general rule, for the offences stipulated in Chapter III of the law, the confiscation of the money, values or any other goods which were given in order to cause the committing of the offence or in order to reward the offender, unless they are returned to the aggrieved party or to the extent in which they do not serve to his/her compensation. If the goods cannot be found, the convict is obliged to pay their equivalent in money.

It is also indicated that under Article 19 of Law 78/2000, the provisions of Article 118 (1) (d) and (e) of the Criminal Code have been taken over, without any differentiation of the goods coming from the bribers who voluntarily report their offence to the authorities, so that the legislator cannot be considered to have accepted that the new regulation, having a special aggravated character, could any longer allow the return of the goods belonging to the briber who voluntarily informed the authorities.

Consequently, it was determined that the provisions of Article 255 (3) and (5) of the Criminal Code are applicable only to the offences exclusively classified, according to Article 255 of the Criminal Code, while the provisions of the special law are not applicable, in particular the provisions of Article 6¹ (2) and (4) of Law no 78/2000.

As it results from the above paragraphs, two different juridical situations are under discussion:

1. whether the persons who inform the authorities, before the offence is detected, that they have given undue benefits under Article 256 of the Criminal Code or they have offered presents, money or any other benefits to a person who commits the offence of influence trafficking (under Article 257 of the Criminal Code) should benefit from the goods, money or benefits as it happens with the influence purchaser mentioned in Article 61 of Law no. 78/2000;

2. whether the bribers, no matter who they are (as the Criminal Code and the Law no. 78/2000 stipulate), who voluntarily inform the authorities about the offence before the investigation body is informed by another source, should be subject to the non-punishment case and the return of goods, money and other benefits.

The offence stipulated at Article 61 of Law no. 78/2000, called “influence purchasing”, was first incriminated by Law no. 161/2003, meant to cover a gap in our legislation, while Article 12 of the Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption¹ stipulates the incrimination of the influence purchaser.

Consequently, after this incrimination, our legislation stipulates bilateral offences such as giving and receiving of bribe, by Article 254 and 255 of the Criminal Code, as well as the influence trafficking and purchasing by Article 257 of the Criminal Code and Article 61 of Law no. 78/2000.

The pronounced decision not only brings under discussion the cases of non-punishment as they are regulated by the general provisions of the Criminal Code and by other special provisions, but also determines the reconsideration of these provisions from the perspective of the new Criminal Code and of the legislation adopted within the European Community, which Romania has ratified.

As regards the solution proposed for the law problem by the decision adopted in the interest of the law, it has been alleged that it does not follow the logical method of interpretation. Therefore, as long as the special law (Law no. 78/2000) does not provide a special punishment regime for the briber who reports the deed to the authorities, under the terms of Article 255 (3) of the Criminal Code, the system provided by the general rule (the Criminal Code) should be then applied.¹

The Criminal Code in force stipulates, besides general provisions regarding the clauses which eliminate criminal liability, as it results from Articles 119,121-130, 131 and 132, special provisions of non-punishment applied only to certain offences.

The necessity of eliminating criminal liability is determined by certain situations, states of fact, circumstances subsequent to an offence, which lead to the conclusion that holding the offender criminally liable is not useful anymore or cannot be applied due to the long period of time from the occurrence of an offence until its detection, by the reconciliation between the respondent and the victim in case of certain offences or the occurrence of certain changes on a social- political level².

¹ Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption, ratified by Romania by Law no.27 of January 6th, 2002, published in the Romanian Official Journal, Part I, no.65 of January 30th, 2002. 2.Gheorghe Biolan, Cases for non-punishment of bribery and corruption offences provided”, no. 4/2009, p. 209-212.

² Vasile Dobrinoiu, William Branza, Criminal Law, General Part, academic course, Publishing House Lumina Lex, Bucharest, 2003, p.383

Among the special non-punishment clauses of the Criminal Code and the special laws, the following can be mentioned:

- the last paragraph of Article 167 from the Criminal Code providing non-punishment in case of a person who commits plotting and voluntarily informs authorities before the offence is detected;

- Article 170 (3) of the Criminal Code providing non-punishment in case of a person who, before the authorities start the criminal prosecution for an offence which is not reported, inform the competent authorities about it or a person who, even after the criminal prosecution starts or the responsible persons are discovered, facilitates their apprehension;

- Article 314 (2) of the Criminal Code providing non-punishment in case of a person who, after committing the act of putting into danger another person who is not able to take care of herself/himself, voluntarily returns to his/her responsibilities;

- Article 20 (1) of Law 678/2001 providing non-punishment in case of a person who was subject to human trafficking and committed, as a consequence of his/her exploitation, the offence of prostitution or beggary;

- Article 20 (2) of Law 678/2001 sets up a case whereby punishment is half reduced for a person who committed one of the incriminated offences and, during the criminal prosecution, reports the offence and facilitates the identification and liability of other persons who committed offences punished by the law;

- Article 15 of Law no. 143/2000 providing non-punishment in case of a person who, before the criminal prosecution starts, reports to a competent authority his/her participation in an association or understanding with a view to commit one of the offences stipulated by Article 2- 10, thus allowing the identification and liability of the other participants.

Cases of sentence mitigation have also been provided by other laws:

- Article 19 of the Government Emergency Ordinance no.43/2002 regarding the National Anticorruption Department provided that "the person who committed one of the offences assigned by this ordinance to the competence of the National Anticorruption Department and during the criminal investigation reports the deeds and helps identify and hold responsible for criminal liability other persons who committed such offences shall benefit from mitigation of his/her sentence by half as imposed by the law";

- Article 19 of Law no. 682/2002³ regarding the protection of witnesses sets out that "the person who is a witness, within the meaning of Article 2 (A) (1) and (2), who committed a serious offence and before or during the criminal investigation reports the deed or helps identify and hold responsible for criminal liability other persons who committed such offences shall benefit from mitigation of his/her sentence by half as imposed by the law".⁴

Among the criteria of inclusion of these special non-punishment cases, are mentioned the situations where the purpose of the criminal sanction can also be reached without punishing the perpetrator⁵.

Other reasons for the introduction of the non-punishment cases within the special laws refer to the interest of detecting and punishing the persons guilty of committing serious acts, thus

³ Law no. 682/2002 published in "The Official Journal of Romania", Part I, no. 946 of December 28th, 2002.

⁴ According to Article 2 (a) (1) and (2) of Law no. 682/2002, "a witness is a person who is found in one of the following situations: is a witness, according to the Code of Criminal Procedure, and by his/her declarations provides information and data which are decisive for finding out the truth about serious offences or contributes to the prevention or recovery of some important prejudices that could be caused by such offences; without standing in the case, by decisive information and data he/she helps finding out the truth about serious offences or prevent or recover important prejudices that could be caused by such crimes; this category also includes the person who is accused in another criminal case".)

⁵ Dorin Octavian, "De lege ferenda" proposals regarding the sanction of service and service-related offences, „The Romanian Law Magazine", no.11/1981, p.28.

enhancing the possibility to acquire evidence; therewith, the person who voluntarily reported his/her deed regrets it and does not personally represent a social danger⁶.

The provision, by the legislator, of non-punishment or sentence mitigation cases in the special part of the Criminal Code and in the special laws made it possible to apply them simultaneously for the same self incriminatory report. Thus, the accused subject to criminal proceedings and convicted for two crimes of influence peddling⁷ formulated a self incriminatory report on committing one crime of bribe giving, a deed for which the criminal investigation authorities ruled the non-indictment of the accused (who benefits from the non-punishment case provided by Article 255 (3) of the Criminal Code). By the appeal formulated, the accused applied for the mitigation by half of the sentence imposed by the law, under the Articles 19 of the Government Emergency Ordinance no. 43/2002. The court of appeal individually re-examined the sentence of the accused, mitigating it based on on the provisions of Article 19 of Law no. 682/2002. The court considers that the verbal self incriminatory report of the accused related to the crime of bribe giving (mentioned in the minutes dated October 24th, 2003) was made after the accused was subject to criminal proceedings for the two crimes of influence peddling (on October 14th, 2003), so that one of the conditions set out in Article 19 of the Government Emergency Ordinance no. 43/2002 was not satisfied (respectively that the reporting should be done during the criminal investigation).

Consequently, the accused who committed a crime of bribe giving and disclaimed it benefitted both from the provision of non-punishment for such a crime and, based on the same self-incriminatory reporting, from a mitigation of sentence for influence peddling for which he/she was subject to criminal proceedings, by application of the provisions of Article 19 of Law no. 682/2002. The application of the latter law was possible because the self-incriminatory reporting may be done "before or during the criminal investigation or judgment". We think that the accused could not have a double advantage as a result of his disclaiming of the crime of bribe giving he/she committed. Waited for the moment he/she was subject to criminal proceedings for other crimes and only after that he/she reported the bribe giving, which does not prove he/she is a less dangerous person.

An examination of the legal provisions establishing sentence mitigation cases shows that there are differences between these provisions in respect of the persons whom they apply to, the activities which the beneficiaries of the rules should carry out and the moment when these provisions start to be applied and cannot be applied any longer.

In order to avoid the difficulties related to the application of these cases of mitigation of sentences or even their double application, as indicated above, we think the legislator should introduce in the general part of the Criminal Code a provision which should lay down, as a principle, the rules regarding the application of the cases of sentence mitigation or non-punishment for offenders while the special laws could just make references to these provisions when it is considered necessary.

Regarding the non-punishment of the active subject of the bribery offence stipulated in Article 255 (3), (5) of the Criminal Code, several opinions have been sustained within the doctrine.

When the Penal Code was enacted in 1938 the problem was raised whether the punishment of the briber would constitute an obstacle against the detection of the offence. It was alleged that in case he/she was also punished, he/she would never dare to make a complaint against the corrupted official for fear of being detected and punished, thus it would represent a certain shield of public

⁶ Laura-Codruta Kovesi, Non-punishment cases provided in special anti-organized crime laws, in "The Law" magazine no. 5/2003, p 95-96.

⁷ The criminal sentence no. 77/March 4th, 2004, pronounced in case no. 7992/2003 of the Law Court of Bihor, mentioned in the article written by Ioan Moldovan and Victoria Minodora Popovici, Comparative analysis of the applicability limits of Article 19 of the Government Emergency Ordinance no.43/2002 and Article no.19 of Law 682/2002, published in "The Law", no. 5/2005, p.180-185.

immunity for the official. That argument was considered of great value, being however clear that if his/her punishment would be an obstacle against the subsequent detection of the deeds, it would be an even stronger barrier which could prevent the occurrence of other deeds⁸.

It was also alleged that the impunity granted to the offender who reports his/her deed of bribery could prevent him/her from committing a new bribery by creating a fear of being reported in those tempted to take bribe⁹.

The doctrine in the legal practice generally had the same viewpoint on the case of non-punishment of the briber, until Law no. 78/2000 was adopted, and on the return of the money, assets and other benefits when the person who offered them demonstrates his/her good faith, in the case of receiving undue benefits, as provided by Article 256 of the Criminal Code, as well as on influence peddling, provided by Article 257 of the Criminal Code¹⁰. This was also determined by the standardisation of legal practice by guiding decision no. 3/1973 adopted by the Supreme Court¹¹ establishing that if "the person who gave the asset reports his/her deed to the authorities before the criminal investigation body is informed by other sources, that asset shall be returned to that person and if meanwhile the asset is returned by the accused, it shall not be confiscated".

The impunity granted to the offender who reports his/her deed of bribery aims to facilitate and accelerate the enforcement through the prompt detection of the deeds of bribery and the identification of the persons who took bribe.

It has also been claimed that the necessity of quick identification of corruption offences justified the enactment of the provisions which stipulate that the perpetrator is not punished if he/she reports the deed to the authorities before the criminal investigation body is informed by other sources, while the money, values or any other goods are to be returned to the person who gave them to the perpetrator.

The operation of the institution for eliminating criminal liability should be correlated with the manner in which the criminal punishment system is conceived as a whole. The normal correlation which should exist between the provisions of the two parts of the Criminal Code makes the legislator search a regulatory way which could ensure to the special part the exact reflection of the principles representing the basis of the general part of the code.

Within the doctrine it has been considered that there is a contradiction between the basic rule defined in the general part of the Criminal Code, i.e. the rule indicated in Article 22 stipulating that: "the perpetrator who waived or prevented the result, before the deed is detected," and the non-punishment of the briber, provided for in Article 255 (3) of the Criminal Code.

Unlike the perpetrator who waives or prevents the result before the occurrence of the deed, the briber's self incrimination report comes after the offence is committed.

The corruption offences are instantaneous offences, occurring when claiming or receiving money or other benefits or accepting or not rejecting a promise. The action of the briber could be seen as an attempt to recover the prejudice produced to the own patrimony after the offence is committed, to limit the consequences of the offence, emphasizing the perpetrator's regret, the fact that he/she represents a more reduced social danger but this does not lead to liability acquittal.

It was also alleged that the briber, seeing himself/herself defended against punishment by self incrimination, he/she could anytime try to corrupt the official or wait for the achievement of the pursued advantage, the accomplishment or non-accomplishment or delay of accomplishment of

⁸ C. G. Radescu & others. *The Criminal Code Annotated, Special Part*, vol. II, Bucharest, 1937, p. 137

⁹ S.Kahane, *Service or service-related offences*, in "Theoretical explanations of the Romanian Criminal Code" by V. Dongoroz & others, *Special Part*, vol. IV, Romanian Academy Publishing House, All Beck Publishing House, Bucharest, 2003, p.126

¹⁰ Tiberiu –Constantin Medeanu, *Influence peddling. Special confiscation*, in "The Criminal Law Magazine", no. 1/2001, p. 85-88.

¹¹ T.S., D.I. nr.3/1973, *Collection of Decisions of the Supreme Court 1973*, p. 24.

an act regarding his/her service duties or to commit an act against these duties and thus subsequently forcing the achievement of the aimed purpose, threaten that he/she will report the matter to the authorities in case of his/her failure, the official's non-compliance, waiver of the initial determination to do an act which is part of his/her office duties.

Until the enactment of Law no. 78/2000, the legislation and the doctrine generally reflected the same point of view regarding non-punishment of the briber.

This law imposed an incrimination *ex novo* concerning the deed of the influence purchaser and new provisions related to the quality of the bribed official (the official of a foreign state or of a public international organization) and the special purpose for which a bribe is given (obtaining undue benefits within the international economic operations).

With regard to the bribery offence, Law no. 78/2000 introduces the following new elements:

- Article 7 (2) incriminates a serious form of offence, when the deed is committed against a person with competences of declaring or sanctioning contraventions or declaring, investigating or judging offences or against an official with control attributions (when the maximum punishment is increased by 2 years);

- Article 8² also stipulates a serious form of bribery offence committed against an official of a foreign state or a public international organization, in order to comply or not with an act concerning his/her office duties, with the purpose of obtaining undue benefits within the international economic operations (the punishment is imprisonment from 1 to 7 years);

- in the case of the serious form stipulated in Article 9, the bribery offence is committed to the interest of a criminal organization, association or group or to the interest of one of their members or in order to influence the negotiations of the international commercial transactions, exchanges or investments (in this case the maximum punishment is increased by 5 years).

-Article 8 provides that the bribery offence stipulated in Article 225 of the Criminal Code and Article 82 of the special law can also be committed against managers, administrators, auditors or any other persons having control attributions within trading companies, national undertakings and companies, autonomous administrations and any other businesses (in this cases the punishment is that provided by the Criminal Code);

-Article 8¹ stipulates that the bribery offence, as it is regulated by the Criminal Code and by Article 82 of the special law, can also be committed against: officials or persons performing their activity under an employment agreement or any other persons exercising similar duties within a public international organization where Romania is part of; the members of the parliamentary meetings of the international organization where Romania is part of; officials or persons performing their activities under an employment agreement or any other persons exercising similar duties within the European Communities; persons exercising judicial attributions within the international courts whose competence is recognized by Romania, as well as officials within the registrar offices of these courts; officials of a foreign state; members of the parliamentary or administrative assemblies of a foreign state.

Bribery is a service-related offence and it is characterized by an act of corruption exercised by a civilian over a civil servant or official. Under these conditions, the active subject of the offence can be any person who satisfies the general conditions of age and responsibility required by the law to the subject of the offence.

As indicated above, Law no.78/2000, as a special law, has brought up new elements, identifying the persons against whom a bribery offence may be committed, so that, by the quality of the latter, the legislator considered corruption as an enhanced social danger.

In the recitals to the decision under examination, the High Court of Cassation and Justice notes that, with the enactment of the special law, the legislator understood to no longer apply the non-punishment provisions for bribery offence, as the subjects of bribery giving, "qualified according to the bribery giving regulation in the Criminal Code, entail different sanctions, revealing a higher level of social danger".

The Supreme Court brings into discussion a criterion different from the one taken into consideration, as previously specified, by the doctrine and the legislator in order to justify the incidence of the special case of non-punishment.

If the aim and interest of the criminal policy, for which non-punishment cases are established, are to accelerate criminal enforcement, that is the detection of the perpetrator, all the more such cases should apply to more serious offences committed by the officials specified in the special law.

As indicated above, the active subject of a bribery offence is not a qualified one¹²

We consider that this situation was determined by an inconsistency of the Romanian legislator who chose as legislative technique the procedure of specifying the non-punishment case for each individual offence.

The legislator should adopt general rules, provided for in the general part of the Criminal Code, regarding the situation of the persons who accept to collaborate with the judicial bodies, generally applicable rules which could avoid the situations created with Law no. 78/2000.

The interpretation of the situation in the decision adopted in the interest of the law suggests the idea that the legislator does no longer want to quickly detect corruption acts if they are committed by persons with important positions within the international or internal bodies.

Such provisions regarding non-punishment or reduced sanction of perpetrators are also settled by the laws of other countries. Thus, the French legislation established the institution of "justice collaborators" stipulated in Article 138-78 of the Criminal Code and in Articles 706-63-1 and 721- 3 of the Code of Criminal Procedure.

The persons who accept to collaborate with the judicial authorities after participating in criminal activities, by providing information which can lead to the prevention of planned offence or can help them discover the perpetrator of a committed offence, may be granted waiver of prosecution or a reduced sanction. These persons can be included in a protection program.

The French Criminal Code does not expressly stipulate non-punishment cases for a briber or other persons who participate in corruption offences and subsequently report the deed.

In chapter I from Title V "Corruption Offences", the new Criminal Code enacted by Law no. 286/2009, regulates, respectively, the offences of bribe receiving (Article 289), bribe giving (Article 290), influence trafficking (Article 291) and influence purchasing (Article 292).

Article 293 stipulates that the acts of bribery can be committed by members of the Arbitration Courts or in relation with them. The provisions of the chapter regarding the corruption offences are applied accordingly to foreign officials or to the deeds committed in relation with them. The case of non-punishment of the briber was maintained by Article 290 (2) and (3) if the briber was obliged, by any means, by the one who received the bribe, or if the briber reported the crime before the criminal investigation body is informed about that by other sources. As regards the crime of the influence purchaser, Article 292 stipulates non-punishment if he/she reports the crime before the criminal investigation body is informed. Money, values or any other assets shall be returned to the bribers if they were given under compulsion or after the reporting provided by Article 290 (3) or 292 (2).

The element of novelty introduced by the Criminal Code adopted by Law no. 286/2009 refers to the moment when the assets, money or values are given, which leads to the conclusion that this was done under the supervision of the legal authorities, after the crime had been reported, otherwise the return thereof to the person who gave them as a bribe would not be possible.

Conclusion

We think that the general part of the new Criminal Code should regulate, as a principle, both the situation of the persons who inform the authorities about their engagement in committing

¹² Vasile Dobrinou, Norel Neagu, Criminal law, Special Part, Judicial Theory and Practice, Wolters Kluwer Publishing House, Bucharest, 2008, p. 479

serious crimes and help the latter identify other authors or accomplices, and the non-punishment or sentence mitigation cases. This would avoid the large number of special rules, provided by special laws, which, as indicated above, stipulate different conditions and sometimes allow simultaneous enforcement.

This provision is also necessary to ensure the required balance and consistency between the general and the special rules.

References

1. George Antoniu, Considerations on some institutions of general criminal law: voluntary waiver, participation, continued offence, special confiscation, in "Romanian Law Magazine" no.11/1968
2. Vasile Dobrinoiu, Norel Neagu, Criminal law, Special Part, Judicial Theory and Practice, Wolters Kluwer Publishing House, Bucharest, 200
3. Vasile Dobrinoiu, William Branza, Criminal Law, General Part, academic course, Publishing House Lumina Lex, Bucharest, 2003
4. S.Kahane, Service or service-related offences, in "Theoretical explanations of the Romanian Criminal Code" by V. Dongoroz & others, Special Part, vol. IV, Romanian Academy Publishing House, All Beck Publishing House, Bucharest, 2003
5. Laura-Codruta Kovesi, Non-punishment cases provided in special anti-organized crime laws, in "The Law" magazine no. 5/2003
6. Dorin Octavian, "De lege ferenda" proposals regarding the sanction of service and service-related offences, „The Romanian Law Magazine”, no.11/1988
7. C. G. Radescu & others. The Criminal Code Annotated, Special Part, vol. II, Bucharest, 1937
8. Camil Tanasescu, Daniel Ispas, Opinion on differentiated regulation of return and confiscation of values that were the object of corruption offence, in "The Law" magazine no. 6/2006

CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA DECIZIA ÎN INTERESUL LEGII NR. 59/2007 A ÎNALTEI CURȚI DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE

VASILE DOBRINOIU*
MARIA OPREA**

Abstract

Pornind de la decizia în interesul legii ce face obiectul analizei, autorii își propun să aducă în discuție aspecte legate de cauzele de nepedepsire și de reducere a pedepselor așa cum sunt reglementate în legislația în vigoare și în noul Cod penal. Concluzia care se impune, determinată de constatarea unei incoerențe cât privește reglementările din legile speciale este ca, "de lege ferenda", să se propună elaborarea unei dispoziții cu caracter de principiu în partea generală a Codului penal care să permită reflectarea sa în normele cu caracter special și aplicarea unitară a acestora.

Cuvinte cheie: *infrațiuni de corupție; denunțare; cauze de nepedepsire; cauze de reducere a pedepselor; dispoziții de confiscare a bunurilor; colaboratori ai justiției*

Prin decizia nr. 59/2007¹ dată în interesul legii, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit, în aplicarea dispozițiilor Legii nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție că dispozițiile art. 6¹ alin. (2) și (4) din Legea nr. 78/2000 privind nepedepsirea făptuitorului și restituirea banilor, valorilor sau oricăror altor bunuri care au făcut obiectul infracțiunii, sunt aplicabile numai infracțiunilor prevăzute în legea specială.

De asemenea, dispozițiile art. 255 alin. (3) și (5) din Codul penal sunt aplicabile numai infracțiunilor încadrate exclusiv conform art. 255 din Codul penal, nefiind aplicabile dispozițiile legii speciale, respectiv ale art. 6¹ alin. (2) și (4) din Legea nr. 78/2000.

S-a arătat în considerentele acestei decizii că instanțele de judecată au pronunțat soluții neunitare cu privire la incidența dispozițiilor art. 6¹ alin. (2) și (4) din Legea nr. 78/2000 și în cazul infracțiunii de primire de foloase necuvenite, prevăzută de art. 256 Cod penal și trafic de influență, prevăzută de art. 257 Cod penal.

Astfel, unele instanțe au considerat că dispozițiile art. 6¹ alin. (2) și (4) din Legea nr. 78/2000 se aplică și în cazul infracțiunilor prevăzute de art. 256 și 257 Cod penal. Alte instanțe, au apreciat că dispozițiile art. 6¹ din Legea nr. 78/2000 de nepedepsire și de restituire a banilor, valorilor sau oricăror altor bunuri care au făcut obiectul infracțiunii sunt aplicabile numai în cazul infracțiunilor prevăzute de acest text de lege, iar nu și în cazul infracțiunilor prevăzute de art. 256 și 257 Cod penal sau al celorlalte infracțiuni la care se referă Legea nr. 78/2000.

Adoptarea soluției pronunțate în interesul legii a fost justificată pe următoarele considerente:

Prin art. 6¹ din Legea nr. 78/2000, introdus prin art. I pct. 3 din Legea nr. 61/2003 a fost incriminată infracțiunea de cumpărare de influență care se comite prin "promisiunea, oferirea sau darea de bani, bunuri ori alte foloase, direct sau indirect, unei persoane care are influență sau lasă să se creadă că are influență asupra unui funcționar, pentru a-l determina să facă ori să nu facă un

* Professor, Ph.D., Faculty of Law, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: vasiledobrinou@univnt.ro).

** Judge, Ph. D. candidate, Faculty of Law, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: moprea_just@yahoo.com).

¹Decizia în interesul legii nr.59/24 septembrie 2007, publicată în "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 274 din 7 aprilie 2008.

act ce intră în atribuțiile sale de serviciu” (faptă sancționată cu închisoarea de la 2 la 10 ani). Totodată, prin alin. (2) al aceluiași articol s-a prevăzut că ”făptuitorul nu se pedepsește dacă denunță autorității fapta mai înainte ca organul de urmărire să fi fost sesizat pentru acea faptă”.

Potrivit art. 6¹ alin. (3) ”banii, valorile și orice alte bunuri care au făcut obiectul infracțiunii prevăzută la alin. (1) se confiscă, iar dacă acestea nu se găsesc, condamnatul este obligat la plata echivalentului lor în bani”. În alin. (4) se precizează, de asemenea, că ”banii, valorile sau orice alte bunuri se restituie persoanei care le-a dat în cazul prevăzut la alin. (2)”.

S-a mai arătat în motivarea deciziei că Legea nr. 78/2000 cuprinde reglementări cu caracter special în raport cu cele existente în Codul penal, în domenii apropiate sau chiar în aceeași materie.

De asemenea, denunțarea ca o cauză specială de nepedepsire nu este prevăzută pentru infracțiunile de primire de foloase necuvenite, prevăzută de art. 256 Cod penal și trafic de influență, prevăzută de art. 257 Cod penal, în cazul acestora fiind aplicabilă măsura confiscării bunurilor ce au făcut obiectul lor.

Cauza de nepedepsire determinată de denunțarea faptei, cu consecința înlăturării incidenței confiscării bunului operează limitativ numai în cazul infracțiunilor avute în vedere de legiuitor.

S-a concluzionat că nefiind identitate de situație juridică, nu se poate pretinde nici identitate de tratament juridic.

Aceleași argumente au fost avute în vedere cu privire la rezolvarea celei de-a doua probleme juridice cu care a fost sesizată Înalta Curte de Casație și Justiție prin recursul în interesul legii de către Procurorul General.

Instanța supremă avea de dezlegat problema extinderii sau nu a dispozițiilor art. 255 alin. (3) și (5) din Codul penal privind cauza de nepedepsire și restituirea bunurilor mituitorilor care se autodenunță și mituitorilor a căror faptă este încadrată conform Legii nr. 78/2000.

S-a susținut în motivarea deciziei că ”subiecții infracțiunii de dare de mită specificați la art. 1, art. 7 alin. (2), art. 8¹, 8², 13 și 18⁵ din Legea nr. 78/2000, calificați în raport cu reglementarea dată infracțiunii de dare de mită în Codul penal, atrag și sancțiuni diferite, relevând un grad de pericol social mai ridicat”.

Înalta Curte de Casație și Justiție a reținut ca fiind acesta argumentul pentru care Legea nr. 78/2000 nu a preluat cauza de nepedepsire cuprinsă în art. 255 alin. (3) din Codul penal.

Un motiv în plus a fost și acela că art. 19 din Legea nr. 78/2000 prevede, ca regulă generală, confiscarea, în cazul infracțiunilor prevăzute în Capitolul III din lege, a banilor, valorilor sau orice alte bunuri care au fost date pentru a determina săvârșirea infracțiunii sau pentru a răsplăti pe infractor ori cele dobândite prin săvârșirea infracțiunii, dacă nu sunt restituite persoanei vătămate și în măsura în care nu servesc la despăgubirea acesteia. Dacă bunurile nu se găsesc, condamnatul este obligat la plata echivalentului lor în bani.

S-a mai arătat că prin art. 19 din Legea nr. 78/2000 au fost preluate dispozițiile din art. 118 alin. (1) lit. d) și e) din Codul penal, fără să se facă nici o distincție în raport cu bunurile provenind de la mituitorii care au denunțat fapta, așa încât nu se poate considera că legiuitorul ar fi acceptat ca noua reglementare cu caracter special agravat să mai permită restituirea bunurilor mituitorului care a făcut denunțul.

În consecință, s-a stabilit că dispozițiile art. 255 alin. (3) și (5) din Codul penal sunt aplicabile numai infracțiunilor încadrate exclusiv, conform art. 255 din Codul penal, nefiind aplicabile și dispozițiile legii speciale, respectiv ale art. 6¹ alin. (2) și (4) din Legea nr. 78/2000.

După cum rezultă din cele expuse mai sus, în discuție sunt două situații juridice diferite:

1. dacă persoanele care denunță, mai înainte de descoperirea faptei, că au dat foloase necuvenite în condițiile art. 256 Cod penal ori au oferit daruri, bani sau alte foloase unei persoane care comite infracțiunea de trafic de influență (în condițiile art. 257 Cod penal) beneficiază de restituirea bunurilor, banilor sau foloaselor așa cum este cazul cumpărătorului de influență la care se referă art. 6¹ din Legea nr. 78/2000;

2. dacă mituitorii, oricare ar fi ei (astfel cum prevede Codul penal sau Legea nr. 78/2000), denunțând fapta înainte de sesizarea organelor de urmărire penală, beneficiază de cauza de nepedepsire și de restituirea bunurilor, banilor și a celorlalte foloase.

Infrațiunea prevăzută de art. 6¹ din Legea nr. 78/2000 denumită ”cumpărare de influență” a cunoscut pentru prima dată incriminarea prin Legea nr. 161/2003, menită să acopere o lacună existentă în legislația noastră în condițiile în care art. 12 din Convenția penală a Consiliului Europei privind Corupția² prevede incriminarea faptei cumpărătorului de influență³.

În consecință, după această incriminare, în legislația noastră sunt prevăzute ca infracțiuni bilaterale darea și luarea de mită prin art. 254 și 255 Cod penal și traficul de influență și cumpărarea de influență prin art. 257 Cod penal și art. 6¹ din Legea nr. 78/2000.

Decizia pronunțată ne prilejuiește punerea în discuție a cauzelor de nepedepsire așa cum sunt reglementate în partea generală a Codului penal și în dispoziții cu caracter special, dar și aprecieri cu privire la o regândire a acestor prevederi din perspectiva noului Cod penal și a legislației adoptată în cadrul Comunității Europene pe care România a ratificat-o.

S-a susținut cu privire la dezlegarea dată problemei de drept prin decizia în interesul legii că nu respectă metoda logică de interpretare. Astfel, cât timp legea specială(Legea nr. 78/2000) nu prevede un regim special de pedepsire a mituitorului care denunță fapta autorității, în condițiile art. 255 alin. 3 din Codul penal, rezultă că se va aplica regimul prevăzut de norma generală(Codul penal).⁴

Considerăm că interpretarea pe care a dat-o instanța supremă prin decizia în interesul legii a fost de fapt una restrictivă, bazată pe dispozițiile Legii nr. 78/2000, fără a fi avute în vedere considerații de politică penală ori de coerență legislativă.

Cu toate acestea, constatăm că se impunea o analiză a dispozițiilor din art. 8, 8¹, și 9 avându-se în vedere caracterul acestor norme care sunt divizate, respectiv norme de referire, care se completează prin împrumut de elemente din normele complintoare (cele din art. 254-257 Cod penal).

Este cunoscut faptul că norma de referire își subordonează, în parte preceptul, sau sancțiunea, raportându-se la disciplinarea juridică stabilită de o altă normă; conținutul normei de referire se va întregi cu elementele pe care le va procura norma la care se adresează referirea. Orice modificare adusă normei complintoare va atrage, implicit și modificarea normei de referire. Norma de referire urmează soarta normei complintoare⁵.

Cât privește infrațiunea de dare de mită, art. 8¹ din Legea nr. 78/2000 stabilește că dispozițiile art. 255 se aplică în mod corespunzător și persoanelor pe care le menționează expres și la care am făcut referire anterior. Așadar, norma din art. 8¹ își completează conținutul cu cele ale art. 254-257, ceea ce înseamnă că legiuitorul a înțeles să se refere la întreg conținutul acestor norme, implicit și la cauzele de nepedepsire și de restituire a bunurilor.

Faptul că prin art. 19 din legea specială se prevede cu caracter general dispoziția de confiscare a banilor, valorilor sau altor bunuri care au fost date pentru a determina săvârșirea infracțiunii sau a răsplăti pe făptuitor ori cele dobândite prin săvârșirea infracțiunii, nu exclude interpretarea pe care am menționat-o anterior cu privire la infracțiunile de dare de mită.

Codul penal în vigoare prevede, pe lângă dispoziții generale cu privire la cauzele care înlătură răspunderea penală, astfel cum rezultă din art. 119,121-130, 131 și 132 și dispoziții speciale de nepedepsire care se aplică numai anumitor infracțiuni.

² Convenția penală a Consiliului Europei privind Corupția, ratificată de România prin Legea nr. 27 din 6 ianuarie 2002, publicată în ”Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 65 din 30 ianuarie 2002.

³ Alexandru Boroi, Norel Neagu, Armonizarea legislației penale române cu legislația europeană în materie de corupție, în Dreptul”, nr. 4/2003, p. 117-125.

⁴ Gheorghe Biolan, Cauze de nepedepsire la infracțiunea de dare de mită și la infracțiunile de corupție prevăzute de Legea nr. 78/2000, în ”Dreptul”, nr.4/2009, p.209-212.

⁵ Vintilă Dongoroz, Drept penal(reeditarea ediției din 1939), Asociația Română de Științe Penale, București, 2000, p.77.

Necesitatea înlăturării răspundeii penale este determinată de anumite situații, stări, împrejurări posterioare săvârșirii infracțiunii care conduc la concluzia că tragera la răspundere penală a infractorului nu mai este utilă sau nu mai poate avea loc datorită scurgerii unui timp îndelungat de la săvârșirea faptei și până la descoperirea acesteia; împăcarea intervenită între inculpat și victimă în cazul anumitor infracțiuni sau intervenirea anumitor schimbări în plan socio-politic⁶.

Pot fi menționate printre cauzele speciale de nepedepsire din Codul penal și din legi speciale:

-art. 167 alin. ultim din Codul penal potrivit căruia nu se pedepsește persoana care, savârșind fapta de complot o denunță mai înainte de a fi descoperită;

-art. 170 alin. (3) din Codul penal care stabilește că nu se pedepsește persoana care, mai înainte de a se fi început urmărirea penală pentru infracțiunea nedenumită, încunoștințează autoritățile competente despre acea infracțiune sau care, chiar după ce s-a început urmărirea penală ori după ce vinovații au fost descoperiți, a înlesnit arestarea acestora;

-art.314 alin.(2) din Codul penal prevede, de asemenea, că este apărata de pedeapsă persoana care, după savârșirea faptei de punere în primejdie a unei persoane în neputință de a se îngriji, își reia de bunăvoie îndatoririle;

-art.20 alin.(1) din Legea 678/2001 stabilește că nu se pedepsește persoana supusă traficului de persoane care a savârșit, ca urmare a exploatarea sale, infracțiunea de prostituție sau cerșetorie;

-art. 15 din Legea 143/2000 prevede că nu se pedepsește persoana care, mai înainte de a se fi început urmărirea penală, denunță autorității competente participarea sa la o asociație sau înțelegere în vederea comiterii unei infracțiuni dintre cele prevăzute de art.2-10, permițând astfel identificarea și tragerea la răspundere penală a celorlalți participanți.

-art.20 alin.(2) din Legea 678/2001 instituie o cauză de reducere la jumătate a limitelor pedepsei pentru persoana care a comis una dintre infracțiunile incriminate, iar în timpul urmării penale denunță și facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a altor persoane care au savârșit infracțiuni dintre cele pedepsite de lege.

Cauze de reducere a pedepselor au fost prevăzute și în alte legi:

-art.19 din O.U.G. 43/2002 privind Departamentul Național Anticorupție prevede că ” persoana care a comis una din infracțiunile atribuite prin prezenta ordonanță în competența D.N.A., iar în timpul urmării penale denunță și facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a altor persoane care au săvârșit astfel de infracțiuni beneficiază de reducerea la jumătate a limitelor prevăzute de lege”;

- art. 19 din Legea nr. 682/2002⁷ privind protecția martorilor stabilește că ”Persoana care are calitatea de martor, în sensul art. 2 lit. A, pct.1 și 2 și care a comis o infracțiune gravă iar înainte sau în timpul urmării penale ori al judecării denunță sau facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a altor persoane care au săvârșit astfel de infracțiuni beneficiază de reducerea la jumătate a limitelor pedepsei prevăzute de lege”⁸

Printre criteriile de includere a acestor cauze speciale de nepedepsire s-au enunțat situațiile în care atingerea scopurilor urmărite prin sancțiunea penală se poate realiza și fără pedepsirea făptuitorului⁹.

⁶ Vasile Dobrinoiu, William Brânză, Drept penal, partea generală, curs universitar, Editura Lumina Lex, București, 2003, p.383.

⁷ Legea nr. 682/2002, publicată în ”Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 946 din 28 decembrie 2002.

⁸ Potrivit art. 2 lit. a, pct.1 și 2 din Legea nr. 682/2002, ”martor este persoana care se află în una din următoarele situații: 1. are calitatea de martor, potrivit Codului de procedură penală și prin declarații le sale furnizează informații și date cu caracter determinant în aflarea adevărului cu privire la infracțiuni grave sau care contribuie la prevenirea producerii ori la recuperarea unor prejudicii deosebite ce ar putea fi cauzate prin săvârșirea unor astfel de infracțiuni; 2. fără a avea calitate procesuală în cauză, prin informații și date cu caracter determinant contribuie la aflarea adevărului în cauze privind infracțiuni grave sau la revenirea producerii unor prejudicii deosebite ce ar putea fi cauzate prin săvârșirea unor astfel de infracțiuni ori la recuperarea acestora; în această categorie este inclusă și persoana care are calitatea de inculpat într-o altă cauză”.

⁹ Dorin Octavian, Propuneri „de lege ferenda” privind sancționarea infracțiunilor de serviciu și în legătură cu serviciul, „Revista română de drept”, nr.11/1981, p.28.

Alte justificări ale introducerii cauzelor de nepedepsire în legi speciale se referă la interesul descoperirii și sancționării celor vinovați de comiterea unor fapte grave, sporindu-se astfel posibilitățile de a se obține probe; totodată, cel care s-a autodenunțat regretă fapta și nu prezintă, sub raportul persoanei sale, un pericol social accentuat¹⁰.

Prevederea de către legiuitor a cauzelor de nepedepsire sau de reducere a pedepselor în partea specială a Codului penal și în legile speciale a făcut posibilă aplicarea acestora concomitentă pentru același autodenunț. Astfel, inculpatul, trimis în judecată și condamnat pentru două infracțiuni de trafic de influență¹¹ a formulat un autodenunț cu privire la comiterea unei infracțiuni de dare de mită, faptă pentru care organele de urmărire penală au dispus, față de el, neînceperea urmăririi penale (beneficiind de cauza de nepedepsire prevăzută de art. 255 alin 3 C. pen). Prin apelul formulat, inculpatul a solicitat să se dispună reducerea la jumătate a limitelor legale ale pedepsei, fiind aplicabile dispozițiile art. 19 din O.U.G. nr. 43/2002. Instanța de apel a reindividualizat sancțiunea inculpatului, reducând pedeapsa însă a făcut aplicarea dispozițiilor art. 19 din Legea 682/2002. S-a apreciat că autodenunțul oral al inculpatului cu privire la infracțiunea de dare de mită (consemnat în procesul-verbal din 24 octombrie 2003), este ulterior trimiterii acestuia în judecată pentru cele două infracțiuni de trafic de influență (la 14 octombrie 2003), astfel încât nu era îndeplinită una dintre condițiile prevăzute în art. 19 din O.U.G. 43/2002 (respectiv, aeea ca denunțul să fie făcut în timpul urmăririi penale).

În consecință, inculpatul, care a comis o infracțiune de dare de mită și s-a autodenunțat, a beneficiat atât de dispoziția de nepedepsire a mituitorului cu privire la infracțiunea de dare de mită iar în baza aceluiași autodenunț, instanța de apel i-a redus pedeapsa pentru infracțiunile de trafic de influență, într-o altă cauză în care era trimis în judecată, ca efect al aplicării dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 682/2002. Incidența acestui din urmă text de lege a fost posibilă întrucât denunțul se poate face "înaintea sau în timpul urmăririi penale ori al judecării". Considerăm că inculpatul nu putea avea un dublu beneficiu ca urmare a denunțării faptei de dare de mită. În plus, acesta a așteptat momentul trimiterii sale în judecată pentru alte infracțiuni și abia apoi a făcut autodenunțul pentru infracțiunea de dare de mită, ceea ce nu dovedește că este o persoană mai puțin periculoasă.

Analizând dispozițiile legale ce instituie cauze de reducere a pedepselor, se constată că există diferențieri între acestea cu privire la sfera persoanelor cărora li se aplică, activitățile pe care beneficiarii actelor normative trebuie să le desfășoare și momentul de la care și până la care se aplică.

Pentru a se evita atât dificultățile privind aplicarea acestor cauze de reducere a pedepselor sau chiar dubla lor aplicare, așa cum s-a arătat mai sus, considerăm că legiuitorul ar trebui să introducă o dispoziție în partea generală a Codului penal, care să stabilească, cu caracter de principiu, regulile de aplicare a cauzelor de reducere a pedepselor sau de nepedepsire a făptuitorilor iar în legile speciale, putându-se face doar trimitere, atunci când se consideră necesar, la aceste prevederi.

Cu privire la cauza de nepedepsire a subiectului activ al infracțiunii de dare de mită, prevăzută de art. 255 alin.(3),(5) din Codul penal, în doctrină s-au susținut mai multe opinii.

La adoptarea Codului penal de la 1938 s-a ridicat problema dacă pedepsirea mituitorului nu ar constitui o piedică în calea descoperirii infracțiunii. S-a susținut că în cazul în care și el va fi pedepsit, nu va mai îndrăzni să se plângă niciodată contra funcționarului corupt din teama de fi descoperit și pedepsit, astfel că aceasta ar constitui, pentru functionar, o pavăză sigură de imunitate

¹⁰ Laura-Codruța Kovesi, Cauze de nepedepsire prevăzute în legi speciale din domeniul combaterii criminalității organizate, în „Dreptul” nr. 5/2003, p 95-96.

¹¹ Sentința penală nr.77/4 marie 2004, pronunțată în dosarul nr. 7992/2003 al Tribunalului Bihor la care se face referire în articolul scris de Ioan Moldovan și Victoria Minodora Popovici, Analiză comparativă a limitelor de aplicabilitate ale art.19 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr.43/2002 și art. 19 din Legea nr. 682/2002, publicat în „Dreptul”, nr. 5/2005, p.180-185.

publică. S-a considerat că argumentul are o mare greutate, fiind totuși evident că dacă pedepsirea lui va fi o piedică în descoperirea ulterioară a faptelor, ea va fi o barieră și mai mare care va împiedica comiterea de noi fapte¹².

S-a susținut, de asemenea, că impunitatea acordată autodenunțătorului faptei de dare de mită este de natură să prevină săvârșirea infracțiunii de luare de mită prin crearea pentru cel care ar fi ispitit să ia mită a temerii că va fi denunțat¹³.

Nepedepsirea acordată autodenunțătorului faptei de dare de mită este menită să înlesnească și să accelereze represiunea prin prompta descoperire a faptelor de luare de mită și identificarea persoanelor care au primit mită¹⁴.

S-a mai invocat faptul că necesitatea identificării infracțiunilor de corupție cu rapiditate a justificat adoptarea prevederilor potrivit cărora faptuitorul nu se pedepsește dacă denunță autoritățile fapta mai înainte ca organul de urmărire penală să fi fost sesizat pentru acea faptă, urmând ca banii, valorile sau orice alte bunuri să se restituie persoanei care le-a dat făptuitorului¹⁵.

Funcționarea instituției înlăturării răspunderii penale trebuie corelată cu modul în care este gândit sistemul de sancțiuni penale în ansamblul său. Corelația firească ce trebuie să existe între dispozițiile celor două părți ale Codului penal obligă pe legiuitor a căuta acea modalitate de reglementare care să asigure părții speciale reflectarea exactă a principiilor ce stau la baza părții generale a codului¹⁶.

În doctrină s-a apreciat că există o contradicție între regula de bază enunțată în partea generală a Codului penal, respectiv aceea prevăzută de art. 22 care stabilește că „este apărât de pedeapsă făptuitorul care s-a desistat ori a împiedicat, mai înainte de descoperirea faptei, producerea rezultatului” și cauza de nepedepsire a mituitorului, prevăzută în art. 255 alin.(3) din Codul penal

Spre deosebire de făptuitorul care se desistă sau împiedică producerea rezultatului mai înainte de consumarea faptei, autodenunțul mituitorului intervine după ce infracțiunea s-a consumat.

Infracțiunile de corupție sunt infracțiuni instantanee, care se consumă în momentul pretinderii sau primirii banilor sau celorlalte foloase ori acceptării promisiunii sau nerespingerii acesteia. Acțiunea mituitorului ar putea fi privită ca o încercare de recuperare a prejudiciului produs în patrimoniul propriu după consumarea infracțiunii, de limitare a consecințelor infracțiunii, evidențiind căința infractorului, faptul că prezintă un pericol social mai redus, dar nu conduce la o absolvire a răspunderii¹⁷.

S-a susținut și opinia că văzându-se apărât de pedeapsă prin autodenunț, mituitorul va putea oricând să încerce coruperea funcționarului, să aștepte realizarea avantajului urmărit de el, îndeplinirea sau neîndeplinirea ori întârzierea îndeplinirii unui act privitor la îndatoririle de serviciu ale acestuia sau de a face un act contrar acestor îndatoriri și ulterior, forțând, prin aceasta, atingerea scopului urmărit, să amenințe că, în caz de nereușită, de nesupunere a funcționarului, de renunțare la determinarea inițială de a face un act ce intră în atribuțiile sale de serviciu, va denunța fapta autorităților¹⁸.

Doctrina și practica judiciară au avut, în linii generale, același punct de vedere cu privire la cazul de nepedepsire a mituitorului până la adoptarea Legii nr. 78/2000 și restituirea bunurilor,

¹² C. G. Rădescu, s.a. Codul penal adnotat, partea specială, vol.II, București, 1937, p. 137.

¹³ S.Kahane, Infracțiuni de serviciu sau în legătură cu serviciul, în, Explicații teoretice ale Codului penal roman de V. Dongoroz s.a., partea specială, vol.IV, Editura Academiei Române, Editura All Beck, București, 2003, p.126

¹⁴ S. Kahane, op.cit., p.126.

¹⁵ Camil Tănăsescu, Daniel Ispas, Opinie privind reglementarea diferențiată a modalităților de restituire și de confiscare a valorilor care au făcut obiectul unor infracțiuni de corupție, în „Dreptul” nr. 6/2006, p.149.

¹⁶ Dorin Octavian, op. cit, p. 28.

¹⁷ George Antoniu, Considerații asupra unor institutii de drept penal general: desistarea voluntară, participația, infracțiunea continuată, confiscarea specială, în „Revista română de drept” nr.11/1968, p.99.

¹⁸ Dorin Octavian, op. cit, p. 28.

banilor și celorlalte foloase în cazul constatării buneii credințe a celui care le-a oferit în cazul infracțiunilor de primire de foloase necuvenite, prevăzută de art. 256 din Codul penal și trafic de influență, prevăzută de art. 257 din Codul penal¹⁹. Acest lucru a fost determinat și de uniformizarea practicii judiciare prin adoptarea deciziei de îndrumare nr. 3/1973 de către Tribunalul Suprem²⁰ prin care s-a stabilit că în cazul în care ”persoana care a dat bunul denunță autorității fapta mai înainte ca organul de urmărire penală să fi fost sesizat, bunul se va restitui acelei persoane, iar dacă i-a fost restituit între timp de către inculpat, nu va mai fi confiscat”.

Această lege a adus o incriminare ex novo cu privire la fapta cumpărătorului de influență și dispoziții noi legate de calitatea funcționarului mituit(funcționar al unui stat străin ori al unei organizații publice internaționale) și scopul special în vederea căruia se dă mita(obținerea unui folos necuvenit în cadrul operațiunilor economice internaționale).

În ceea ce privește infracțiunea de dare de mită, Legea nr. 78/2000 aduce următoarele elemente de noutate:

-prin art. 7 alin. (2) este incriminată o variantă agravată atunci când fapta este săvârșită față de o persoană cu atribuții de constatare sau de sancționare a contravențiilor ori de constatare, urmărire sau judecare a infracțiunilor sau față de un funcționar cu atribuții de control (situație în care maximumul pedepsei se majorează cu 2 ani);

-art. 8² prevede, de asemenea, o variantă agravată a infracțiunii de dare de mită comisă față de un funcționar al unui stat străin ori al unei organizații publice internaționale, pentru a îndeplini sau a nu îndeplini un act privitor la îndatoririle sale de serviciu, în scopul obținerii unui folos necuvenit în cadrul operațiunilor economice internaționale(se pedepsește cu închisoare de la unu la 7 ani);

-în cazul variantei agravate prevăzute de art.9, infracțiunea de dare de mită este săvârșită în interesul unei organizații, asociații sau grupări criminale ori al unuia dintre membrii acesteia sau pentru a influența negocierile tranzacțiilor comerciale internaționale ori schimburile sau investițiile internaționale(în acest caz maximumul pedepsei prevăzut de lege se majorează cu 5 ani).

-art.8 stabilește că infracțiunea de dare de mită, prevăzută de art.255 din Codul penal și art.8² din legea specială pot fi săvârșită și față de managerii, administratorii, cenzorii sau alte persoane cu atribuții de control la societățile comerciale, companiile și societățile naționale, regiile autonome și la orice alți agenți economici(în aceste cazuri pedeapsa fiind cea prevăzută în Codul penal);

-art.8¹ prevede că infracțiunea de dare de mită, astfel cum este reglementată de Codul penal și de art.8² din legea specială poate fi comisă și față de : funcționarii sau persoanele care își desfășoară activitatea pe baza unui contract de muncă ori altor persoane care exercită atribuții similare în cadrul unei organizații publice internaționale la care România este parte; membrii adunărilor parlamentare ale organizațiilor internaționale la care România este parte; funcționarii sau persoanele care își desfășoară activitatea pe baza unui contract de muncă ori alte persoane care exercită atribuții similare în cadrul Comunităților Europene; persoanele care exercită atribuții judiciare în cadrul instanțelor internaționale a căror competență este acceptată de România, precum și funcționarii de la grefele acestor instanțe; funcționarii unui stat străin; membrii adunărilor parlamentare sau administrative ale unui stat străin.

Darea de mită este o infracțiune în legătură cu serviciul și se caracterizează printr-o acțiune de corupere exercitată de un particular asupra unui funcționar public sau funcționar. În aceste condiții, subiect activ al infracțiunii poate fi orice persoană care îndeplinește condițiile generale de vârstă și responsabilitate cerute de lege subiectului infracțiunii

¹⁹ Tiberiu –Constantin Medeanu, Trafic de influență. Confiscare specială, în ”Revista de drept penal”, nr.1/2001,p85-88.

²⁰ T.S., D.Î. nr.3/1973, Culegere de decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1973, p. 24.

Legea nr.78/2000, ca lege specială, a adus ca elemente de noutate, așa cum s-a arătat, particularizări cu privire la persoanele față de care se poate comite infracțiunea de dare de mită, astfel încât, prin calitatea acestora din urmă, a fost apreciat de către legiuitor și pericolul social sporit al faptelor de corupție.

Înalta Curte de Casație și Justiție a reținut în considerentele deciziei pe care o analizăm că legiuitorul a înțeles să nu mai aplice dispozițiile cu privire la cauza de nepedepsire a mituitorului odată cu adoptarea legii speciale, întrucât subiecții infracțiunii de dare de mită, ”calificați în raport cu reglementarea dată infracțiunii de dare de mită în Codul penal, atrag sancțiuni diferite, relevând un grad de pericol social mai ridicat”.

Instanța supremă aduce în discuție un alt criteriu decât cel pe care, așa cum am precizat anterior, l-a avut în vedere doctrina și legiuitorul pentru a justifica incidența cauzei speciale de nepedepsire.

Dacă scopul și interesul de politică penală pentru care sunt instituite cauzele de nepedepsire este acela de a accelera represiunea penală, de a-l descoperi pe făptuitor, cu atât mai mult se impunea ca aceste cauze să se aplice unor infracțiuni mai grave, săvârșite de către funcționarii menționați în legea specială.

Așa cum s-a mai arătat, subiectul activ al infracțiunii de dare de mită nu este unul calificat²¹.

Considerăm că această situație a fost determinată de o inconsecvență a legiuitorului român care a ales ca tehnică legislativă procedul precizării la fiecare infracțiune a cauzelor de nepedepsire.

Legiuitorul ar trebui să adopte norme generale, prevăzute în partea generală a Codului penal, cu privire la situația persoanelor care acceptă să colaboreze cu organele judiciare, nome de generală aplicabilitate, care ar putea evita apariția situațiilor intervenite prin Legea 78/2000.

Așa cum a fost interpretată problematica restituirii bunurilor sau banilor dați de către mituitori prin decizia în interesul legii, s-ar putea acredita ideea că legiuitorul nu mai dorește să descopere cu celeritate fapte de corupție atunci când acestea sunt comise de persoane cu funcții importante în organismele internaționale sau interne.

Dispoziții în legătură cu nepedepsirea ori reducerea pedepselor faptuitorilor sunt prevazute si in alte legislatii. Astfel, in legislatia franceza exista institutia „ colaboratorilor justitiei”, prevazuta in art. 138-78 Cod penal si in art.706-63-1 si 721-3 din Codul de procedura penla.

Persoanele care accepta sa coopereze cu autoritatile judiciare, dupa ce au participat la activitati criminale, prin furnizarea de informatii care pot duce la impiedicarea unei infractiuni planificate sau ajuta la descoperirea autorului unei infractuni consumate, pot obtine renuntarea al urmarire de catre autoritati sau reducerea pedepsei. Aceste persoane pot fi incluse intr-un program de protectie.

Codul penal francez nu prevede în mod expres cauze de nepedepsire pentru mituitor sau pentru alte persoane care au participat la infracțiuni de corupție si au denunțat ulterior comiterea faptei.

Noul Cod penal, adoptat prin Legea nr.286/2009²², reglementează în capitolul I din Titlul V Infracțiunile de corupție, respectiv, infracțiunile de luare de mită (art. 289), dare de mită (art. 290), trafic de influență (art.291) și cumpărare de influență (art.292).

Art. 293 prevede că faptele de luare și dare de mită pot fi săvârșite de către membrii instanțelor de arbitraj sau în legătură cu aceștia. Prevederile capitolului despre infracțiunile de corupție se aplică în mod corespunzător și funcționarilor stăini sau faptelor săvârșite în legătură cu aceștia.

²¹ Vasile Dobrinou, Norel Neagu, Drept penal, Partea specială, Teorie și practică judiciară, Editura Wolters Kluwer, București, 2008, p. 479.

²² Legea 286/2009, publicată în Monitorul oficial al României, partea I, nr. 510 din 24 iulie 2009.

Cauza de nepedepsire a mituitorului a fost menținută prin art. 290 alin.(2) și (3) pentru situațiile în care mituitorul a fost constâns prin orice mijloace de către cel care a luat mita sau dacă a denunțat fapta mai înainte ca organul de urmărire penală să fi fost sesizat cu privire la aceasta. Cât privește fapta cumpărătorului de influență, art. 292 prevede că acesta nu se pedepsește dacă denunță fapta mai înainte ca organul de urmărire penală să fi fost sesizat. Banii, valorile sau orice alte bunuri se restituie făptuitorilor dacă au fost date prin constângere sau după denunțul prevăzut de art. 290 alin 3 sau 292 alin. (2).

Elementul de noutate pe care îl aduce Codul penal adoptat prin Legea nr. 286/2009 este legat de momentul în care au fost date bunurile, banii sau valorile, aspect ce duce la concluzia că acest lucru s-a făcut sub supravegherea organelor judiciare, după ce fapta a fost denunțată, în caz contrar nefiind posibilă restituirea lor persoanei care le-a dat.

Concluzii

Considerăm că în noul Cod penal, partea generală, ar trebui reglementată, cu caracter de principiu, situația persoanelor care denunță autorităților participarea la comiterea unor fapte grave făcând posibilă identificarea altor autori sau complici, precum și a cauzelor de nepedepsire ori reducere a pedepselor. În această modalitate ar putea fi evitată multitudinea normelor cu caracter special, prevăzute în legi speciale care, așa cum s-a arătat, prevăd condiții diferite și uneori fac posibilă aplicarea concomitentă.

Această dispoziție este necesară și pentru a se asigura echilibrul și coerența care trebuie să existe între normele cu caracter general și cele speciale.

Referințe bibliografice

1. George Antoniu, Considerații asupra unor institutii de drept penal general: desistarea voluntară, participația, infracțiunea continuată, confiscarea specială, în „Revista română de drept” nr.11/1968

2. Gheorghe Biolan, Cauze de nepedepsire la infracțiunea de dare de mită și la infracțiunile de corupție prevăzute de Legea nr. 78/2000, în ”Dreptul”, nr.4/2009

3. Alexandru Boroii, Norel Neagu, Armonizarea legislației penale române cu legislația europeană în materie de corupție, în Dreptul”, nr. 4/2000

4. E. Cherciu, Corupția. Caracteristici și particularități în România, Editura Lumina lex, București, 2004

5. Culegere de decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1973.

6. Vasile Dobrinoiu, William Brânză, Drept penal, partea generală, curs universitar, Editura Lumina Lex, București, 2003

7. Vasile Dobrinoiu, Norel Neagu, Drept penal, Partea specială, Teorie și practică judiciară, Editura Wolters Kluwer, București, 2008¹

8. Vintilă Dongoroz, Drept penal (reeditarea ediției din 1939), Asociația Română de Științe Penale, București, 2000

9. S.Kahane, Infracțiuni de serviciu sau în legătură cu serviciul, în,, Explicații teoretice ale Codului penal roman de V. Dongoroz s.a., partea specială, vol.IV, Editura Academiei Române, Editura All Beck, București, 2003

10. Laura-Codruța Kovesi, Cauze de nepedepsire prevăzute în legi speciale din domeniul combaterii criminalității organizate, în „ Dreptul” nr. 5/2003

11. D. Ioan, D. Banciu, S.M.Rădulescu, Corupția în România. Actualitate și percepție socială, Editura Lumina Lex, București, 2005.

12. Tiberiu –Constantin Medeanu, Trafic de influență. Confiscare specială, în ”Revista de drept penal”, nr.1/2008. Ioan Moldovan și Victoria Minodora Popovici, Analiză comparativă a

limitelor de aplicabilitate ale art.19 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr.43/2002 și art. 19 din Legea nr. 682/2002, în "Dreptul", nr. 5/2005

13. E.Mădulărescu, Traficul de influență. Studiu de doctrină și jurisprudență, Editura Hamangiu, București, 2006.

14. Dorin Octavian, Propuneri „de lege ferenda” privind sancționarea infracțiunilor de serviciu și în legătură cu serviciul, „ Revista română de drept”, nr.11/1981

15. C. G. Rădescu, s.a. Codul penal adnotat, partea specială, vol.II, București, 1937

16. Camil Tănăsescu, Daniel Ispas, Opinie privind reglementarea diferențiată a modalităților de restituire și de confiscare a valorilor care au făcut obiectul unor infracțiuni de corupție, în „Dreptul” nr. 6/2006

THE EUROPEAN STANDARDS AND THE EXISTING TENDENCIES IN ROMANIA REGARDING THE EVOLUTION OF THE CUSTODIAL PUNISHMENT

IOAN CHIS*
ALEXANDRU BOGDAN CHIS**
CRISTINA DANIELA MUNTEANU***

Abstract

In a series of articles concerning the execution of criminal sentences, we pointed out that although different formulas for the modernization of the prison system and the application of the European Conventions and Recommendations are intended, we cannot speak about a real update to European standards of criminal enforcement policy, if the harmonization of the line standards is not a success, namely the criminal ones, criminal procedural and criminal enforcement. The creation of specialized codes in this domain have delayed a lot, so that European rules were modernized in the meantime, thus forcing the Romanian legislators to improve the projects, to adopt projects already outdated in European Union countries, or to quickly change the criminal enforcement rules, in order to adapt them to the European framework, most times without taking into account the still low level of implementation possibilities.

Keywords: rules, custodial, punishment, execution, detention

Introduction. Current trends of criminal-enforcement rules

The message currently¹ conveyed by the European Community in matters relating to the execution of criminal penalties is:

- Changing conception of detention as a last solution when applying custodial punishments
- Development of numerical and qualitative of criminal punishments with no imprisonment
- Creating multiple possibilities for transforming punishments involving short-term prison in punishments using a wide range of sanctions *extra muros*
- The existence of opportunities for shortening the time of punishment execution in prison by release on probation, pardoning and amnesty
- Initiating and implementing measures such as those related to productive activities, with the effect of considering as performed a number of days which is deducted from the penalty imposed
- The existence within the facilities and rewards for good conduct in prison of permission to get out of prison and annual leave
- The existence of certain regimes of execution of the penalty similar to the content of taking responsibilities of free life, such as semi-opened regime and opened regime, enabling all prisoners

* Professor, Ph.D., Faculty of Law, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: profchisioan@yahoo.com).

** Assistant, Ph. D. candidate, „Alexandru Ioan Cuza” Police Academy, Bucharest.

*** Assistant, Ph. D. candidate, Faculty of Law, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: av.munteanu_cristina@yahoo.com).

¹ Data obtained from Camelia Paun, Regional Manager of PRI and Silviu Dumitru, as following: Svensson, B. (1979) We can get by with 3.000 prisoners, Sveriges Exportrad Spraktjanst: 1 – 5; Platek, M. (1988) Underestimated Experiment – The Current State of Penitentiary Practice Towards Women in Poland, Xth International Congress in Criminology, 4 – 9 September 1988, Hamburg ; Christie, N. (1997) Straffens Geografi, Nordisk Tidsskrift For Kriminalvidenskab, Maj Nr. 2:89 – 103; Platek, M. (1991) Ruch abolicjonistyczny w Skandynawii – terazniejszosc czy wizja przyszłości, Studia Iuridica, XX / 1991 : 83 – 95; Christie, N. (1993) Crime Control as Industry, London, Routledge ; Rutherford, A. (1996) The problematic Relationships Between Crime and Imprisonment, Nordisk Tidsskrift For Kriminalvidenskab Maj 1996 Nr. 2: 105 – 110

to gain access to these schemes by meeting certain prison conformity conditions.

The message transmitted by the European Committee by the conception of existence criminal penalties without imprisonment relate to:

- The un-incrimination of certain conducts considered crimes at the end of last century, following the development of the content of human rights and freedoms, the widening of free conduct scope and unconstrained social rules and a rigid morality;

- Transformation of contravention type conduct in conduct without sanctions as well as the prohibition of contravention and police type prison;

- The existence of criminal sanctions such as suspension of the punishment execution, conditional suspension of punishment execution, postponement of the punishment execution, probation, penalty pardon, the waiting list for the sending to prison for the punishment execution, measures without imprisonment for children and youth;

- Warning, reprimand, supervision and institutionalized supervision, the use of probation agents and supervision officers to monitor discharged prisoners.

The criminal law in our country created the tools and rules that almost fully transpose these European concepts, already old in some states, new for the recent entrants into the European Union, and yet the application of alternatives to detention is carried out with fearfulness and reluctance. Existing prejudices in public opinion in our country, bringing on the forefront of the option to apply sanctions with imprisonment by the political class, citizens and organizations disturbed by the existence of a large number of criminals and crimes with daily reports.

The question arises whether there are more criminals in our country than in Europe, and if the number of offenders has higher amplitude than before 1989.

The situation of the imprisoned population in Romania in early 2009 was characterized by the existence of a weight factor of those who have committed violent crimes and against patrimony². If we make a comparison with some European countries, we see that in any European country there are not so many sentenced to confinement for acts of violence and against patrimony as in Romania. If in value we exceeded two or three times the number of persons convicted of violent crimes (murder, robbery and rape) or against patrimony (particularly theft), the percentage towards own prison population represents a relatively moderate situation, as follows:

- Murder: Albania - 48.1% Croatia – 30.2%, Estonia 17.4%, Iceland 16.7%, Italy – 15.9%, Moldavia 19.9%, Northern Ireland – 19.8 %, **Romania 16.5%**;

- Rape: France - 23.3%, England - 50%, Luxembourg – 14.6%, **Romania 4.9%**

- Theft: Estonia - 39.1%, Finland - 28.9%, Hungary 31.5%, Latvia 42.0%, **Romania 46.2%**

It is shown that European countries have developed more efficient alternative systems, a big part of the prison population sentences outside prison, unlike Romania, which still has many convicts in prison. Although in Romania only 4.9% of the prison population is punished for the crime of rape, in absolute figures that is 2578 people. If in Latvia 42.0% of the people in prison is convicted of crimes of theft, representing 2113 people, our rate of 46.2% represents 23,051 people convicted of theft.

We could consider that the analysis regarding the prison population differ so much from country to country that, although Romania is part of the European Community, however the rules on the prevention of crime, finding, investigation, trial and their execution does not follow the European rules and principles, for which we meet the case when the implementation of the new rules is left to chance or with no scientific correlation.

The new European rules, new for Romania, but already perfectible for the European developed prison systems, encounter the National Administration of Penitentiaries when facing

² Crimes against person: 9126 – 34.83%, Crimes against patrimony: 13801 – 52.65%, TOTAL = 26112 persons penal condemned – Source: Diagnostic analysis of A.N.P. (National Administration of Penitentiaries) for 2008

desperate approaches. The convicts are aware of the European prison rules, due to their popularization, presenting them their legal rights as long as they are in the state custody, rights that the state itself does not provide. The result is that more and more address ECHR to solve certain system problems, of Romanian rules enforcement that, due to the lack of resources, are not ensured.

In relation to alternatives to prison sentences, it must be said that in Romania since detention is the first option in the public consciousness, **sending to prison** is on everyone's lips when it comes to criminal punishment. Alternative measures, although more inexpensive, are not used to the extent that it would be possible especially in terms of sentencing women offenders, which often present a moderate risk, most times having the role of participant in crime, participant obliged by juncture or by entourage or family. If 3% is for many years the percentage of women in prison population, in Targșor prison being around 500 persons, we believe that detention of this category of convicts is not effective, the rules for women must be completely different, regimes and conditions application of disciplinary practices, rights, facilities, prohibitions and requirements to adapt to the prevailing risk free character of this category.

One can easily realize that between the number of committed crimes and the custody proceedings there is no link whatsoever, so as the Ministry of Justice should decide not to get in prison convicts over standard capacity. The waiting lists, used in other countries (Netherlands, Finland, Norway), have never endangered state of normality in the respective countries, and in terms of facilitating detention pending a suspension or even abandoning detention in relation to conduct while waiting for a place in prison is likely to limit the input syndrome emphasized in prison.

The penitentiary syndrome is explained by researchers³ as being **the moment when a person, penal punished with an imprisonment punishment**, manifests itself in his conduct as being affected by the failure and constraint specific conduct, a social animal with social problems adjusting to life after the penal punishment. The penitentiary syndrome occurs after **6 months** of the effective enforcement of a prison sentence, the most optimistic researchers stating that the period is 1 to 2 years. After this period the character and conduct of the person detained shall be subject to the impact of imprisonment, the mark being persistent in the subsequent social life, life in prison being the one that will influence the behavior, decisions, attitudes, and even the family life. Researcher Ulla Bondenson, in Swedish justice system, performed a research of imprisonment during 10 years, describing the negative effects of imprisonment on prisoners. It should be noted that Swedish prison system is one of the most liberal, humanitarian, actually a good example from other prison systems. However, the consequences of life in prison create a mark on the ex convict, and the society is unable to somehow mitigate this effect upon all people who passed through the prison.

The research in the Scandinavian countries, from Kazakhstan, Poland, has led to considerations about the abolition of the closed penitentiaries. We agree the current system inherited from the twentieth century is no longer appropriate, that its shortcomings cannot be exchanged or replaced with different institutions and rules that color the outside of the prisons, without changing a thing in their operation. Bars, armored doors with iron, cuffs and chains, restraint, video cameras located in places of extreme surveillance and removal of any privacy, standards regarding the program, work, organization of the prisoners time only perpetuate the rules of the same ancient institution - slave, feudal - exterminatory, capitalist - mafia, socialist - of brainwashing, where some are guarding others not to somehow get out before the time fixed from the places determined by the strong, no matter how legitimate the power is.

³ Dr. Monika Platek Law Faculty, Warsaw University – President of Polish Association for Legal Education – International and European Standards regarding Alternatives to Detention

It is time to intervene with radicalism and force to change this state of affairs in the prison system and the system of criminal punishment in particular. The Criminal Code provisions must start with the lightest punishments, not with life imprisonment; this is where it should begin, from the conception that the heaviest punishments are final and extreme solutions. The use of non-criminal sanctions **as rule**, use as rule in serious conflict situations of un-imprisonment criminal sanctions and the use of prison sentences *in extremis*, and imprisonment. The tendency must be from slightly and permissive to severely and imprisoned and not vice versa⁴.

The legal framework of improving the old system. Tokio rules. Europe Council Recommendation no. R (92) 16

The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners are already very obsolete, being adopted in 1955, and the improvement of the rules with the provisions of the Tokyo Rules adopted by the General Assembly as Resolution 45 / 110 December 14, 1990. European Prison Rules from 1973 are in the same situation in the United Nations Minimum Standard Rules for non-custodial measures, known and the Europe Council Recommendation No. R(92)16 of Committee of Ministers in the Member States upon the European Rules regarding community sanctions and measures. They were adopted by the Committee of Ministers on October 19, 1992, at the 482nd Session of deputy ministers of foreign affairs.

Probation and alternatives were considered before as part of suspended sentences or probation. We accept that this view was associated more with the severity of the custody and did not necessarily mean a lack of interest or neglect of community sanctions or measures. Both these measures are recommendations.

Recommendations are not laws, consequently they don't bind as laws do. They cannot form the basis for a single case. There is though a political and moral obligation of Member States to follow these recommendations. Recommendation itself can provide measures to control its implementation. United Nations minimum standards are taken seriously. The Tokyo rules do not include such provisions and yet are also considered as a basis for promoting non-custodial measures. Recommendation of the United Nations regards non-custodial measures. Europe Council Recommendation refers to community sanctions and measures. The focus here is not upon alternatives to detention but on the *sui generis* rule regarding penalties performed in freedom.

However, when the fundamental goals are discussed, the Tokyo Rules assumes the role of providing the use of non-custodial measures, as minimum protection for persons complied with alternatives to detention.

One of the problems discussed in theory relates to **the invention of new non-custodial criminal sanctions**. Imagination of many would go for the physical punishment of scourging in public, various types of dishonor, to pecuniary, economic penalties, or limitation of opportunities to get access to functions, degrees, business, trade, or to live, visit, cross, establish residence in certain localities, or to move closer, get in touch, or to watch a particular person designated as a victim. In one of the courts in Ohio, United States, a young man was found guilty for listening to rock music in his truck with high volume so that he violated public tranquility. He was sentenced to listen to 4 hours of polka music. This shows that sense of humor goes hand in hand with rational thinking and that both are possible in court. (PAP News - September 3, 2001).

The Tokyo rules offer a long list of provisions for possible verdicts, post-sentential measures and measures that can be applied before the process (rules 5 to 9). Such list is not included in Europe Council recommendation. However, precise information is included in the Europe Council Recommendation Rec (2000) 22 of the Committee of Ministers of the Member States regarding

⁴ Sykes, G. M. (1917) *The Society of Captives*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey

Bondenson, U. V. (1989) *Prisoners in Prison Societies*, Transaction Publisher, New Brunswick,

Posmakov, P. (2000) *Prisonisation Syndrome*, Lecture presented during OSCE seminars on International Prison Standards, August 2000 – Oskemen, Shicinsk (Kazakhstan)

the improving of the implementation of European rules on community sanctions and measures, adopted in November 2000 at the 731st meeting of deputy ministers.

Admitting the relevance of the recommendation R (92) 17 concerning consistency in sententious practice, no. R (97)12 concerning the staff involved in the sanctions and measures implementation, no. R (99)19 concerning mediation in criminal matters and no. R (99) 22 concerning prison overcrowding and prison population inflation, Recommendation Rec (2000) provides examples of 22 different community sanctions and measures.

The Tokyo Rules, in rule 8.2, mentions that the authorities giving verdicts can use the following means:

- (a) Verbal sanctions as admonition, warning;
- (b) Conditional cessation of criminal prosecution;
- (c) Penalties affecting the person status;
- (d) Economic and money sanctions such as fines;
- (e) Orders of confiscation and dispossession;
- (f) Orders of restitution or compensation to the victim;
- (g) Suspended or deferred sentences;
- (h) Judicial supervision by probation
- (i) Orders of community work;
- (j) Referral to a day center;
- (k) House arrest;
- (l) Any other forms of non-institutional treatment;
- (m) Combinations of the above mentioned measures.

In the post-sententious stage, the Tokyo rules recommend, in rule 9.2, provisions that may include:

- (a) Post-detention permissions and assistance centers for social reintegration;
- (b) Release for employment or education
- (c) Various forms of release on probation;
- (d) Reductions in sentences;
- (e) Grace

1. Europe Council Recommendation suggests, in Appendix to Rec (2000) 22, within the principles for achieving wider and more effective use of sanctions and measures, the following examples:

- Alternatives to custody such as order the alleged offender to reside at a specific address, to be supervised and assisted by an agency designated by a judicial authority;
- Probation as an independent sanction imposed without pronouncing a court sentence for sending to prison;
- Supervision of the implementation of court sentences in prison with certain conditions imposed;
- Community work (unpaid work for the community benefit);
- Compensation / repair made to the victim / offender and victim mediation;
- Order the treatment for offenders who abuse drugs or alcohol and for those suffering from mental disorders related to their criminal behavior;
- Intensive supervision for categories of crimes for which this measure is appropriate;
- Restriction of freedom of movement through means such as restriction orders or electronic monitoring program required by the rules 23 and 55 of the European Rules;
- Release on probation from prison, followed by post-release supervision.

2. To promote the use of non-custodial sanctions and measures and in particular where new laws are created, the legislator should consider indicating non-custodial sanctions and measures instead of imprisonment as a sanction of reference for certain crimes.

3. Reviewing and reducing formal provisions that prevent the use of community sanctions and measures for serious or repeated offenses should be considered.

4. Provisions for the introduction of evidence of new community sanctions and measures should be created.

5. Any process should be conducted in accordance with the spirit of European rules and should be monitored and evaluated carefully. Experimentation should be consistent with the ethical standards of the international community.

To implement those foreseen in the European and international regulatory acts, we submit to the attention of those operating in connection with criminal non-custodial measures or with criminal penalties that replace or suspend those with imprisonment, some of the measures arising from the practice of the last 20 years of the Romanian state, rule of law and democracy. Thus:

1. The standards regarding the application of criminal sanctions are changed every 10 years, and following the development of technology, of conducts freed by severe moral restrictions, changing standards will occur at times becoming shorter. New ideas on detention and alternative measures are put into circulation, are taken as recommendations, but also in these conditions they are applied by national legislators who review the legislation. Changes in the Penal Code, the Criminal Procedure Code, Law enforcement penalties, Probation law, are so many and frequent, that sometimes projects are not approved or implemented that are already modified, or changes to the amendments keep occurring. Diversity of situations that require special rules has the perverse effect of lack of generalization. Simple Law, applicable to all situations, few and rare exceptions, transforms the law into a reliable tool. Changes often lead to unimagined possibilities for criminals to slow processes by making exceptions and appeals to all sorts of situations that arise as a result of changes in regulatory acts, to the point that the law should no longer apply. The unenforceability of the law seems to be a good thing, as long as the regulations are obsolete or outside the EU framework, to which Romania is sentenced to the ECHR. Many times we are faced with explaining to students some changes in legislation, and we believe that not even the legislators understand them.

2. To prevent such situations, universities and judicial bodies should be used more intense in the drafting of impact studies upon legislation change, to ensure the frame of scientific information to authorities, the legislature, to those who decide upon the development of Governmental Decision, of Regulations and Ministerial Orders, to ensure knowledge of reality and all the implications. The research grants for the development of normative acts are underfunded, compared to the research in exact sciences or technical, although the laws have an impact throughout society.

3. One of our concerns about the prison and non-custodial measures is related to the interpretation of aggravating and mitigating circumstances. The facts may have the seriousness given by the criminal law, but the degree of risk of prisoners is very different if the personal circumstances that have led to the offense are taken into account. It is time for criminal science, criminal law, criminal procedural law, criminology, legal psychology, legal sociology to focus the concerted activity to create more objective tools to the causes, circumstances, main and conjuncture conditions, personal tangible circumstances that have led to the offense. In the century we live in today, more and more convicts are determined to commit crimes, of quite different reasons than the intimate desire to cause harm. That is why today the tools capable to measure the truth, the lies, the mental status and the will of the offense may be measured or assessed, the person of the offender can be evaluated with scientific rigor to apply the most appropriate measure to execute the sentence, to expiate guilt, recover damage, to satisfy the pain caused to the victim, to recover towards the society the effort consumed with finding the truth.

4. We believe that special attention should be directed to recover the value lost by the society to restore social stability affected by crime. Loss of life, impaired health, destruction of public tranquility, the loss of huge values should be in the attention of those who apply criminal

sanctions, by providing them the tools that do not lead to state economic bankruptcy. We believe that huge values are invested without ever being recovered from criminals, with the support of institutions, organizations, and technical systems, application of tactics and methods of work. Criminals that rob the state of special values, having leading positions allowing them to act using state resources for own purposes, even by issuing laws, by using mafia organizations, organized crime or by influencing decisions at the highest level, should bear with their entire goods, produced by such methods, or to work for the benefit of society a great number of years, to offset incurred losses. A criminal pursued for years for car theft, for example, produces damages not only to the victim, but to the use of state agents who are remunerated, they act, consume huge resources to uncover and put to justice's disposal the necessary evidence to his drawing on liability. Like this one, there are every year, according to the Romanian Police records, over 600 thousand of criminals, which rob the State, and lost values are recovered from honorable citizens, taxpayers, which is unfair. It is time for offenders to really **pay** the actual damages and to **compensate** the victim in a compensatory mean up to full satisfaction. Within the conditions where the current system will not recover the lost values from criminals, the state can go bankrupt or citizens to pay higher taxes than the benefit of an incapable state.

5. One of the most important issues regarding non-custodial criminal measures, or the execution of sentences of imprisonment with suspension on a large area, or in a form of release on probation, is the one concerning the community involvement in supervising the carrying out of such measures. Currently all of the measures applied on the release of prisoners for execution of such measures, is characterized by leaving more or less uncontrolled release of the offender. The community control is not really felt, although the community is mostly affected by criminals that "run about freely", most often committing minor antisocial acts, sometimes very serious, for which other measures to track, research, trial and punishment need to be taken. Within the conditions in which convicts are not seriously monitored, they can afford to have the same type of behavior, the same entourage, and the same concerns, sometimes more harmful; they have to hide from the vigilance of public authorities. The community involvement, with tens of thousands of volunteers on every street, every town, every community, means a very special organizational effort by the State which in the XXI century must change the ways of working, much in the favor of honest citizens, even if they defend the rights of prisoners as well.

A body such as the National Enforcement Administration of Community Punishment under the Ministry of Justice, or even a separate ministry with such activity, would lead to remediation of crime, prisoners monitoring in a specialized mode, at uniting the efforts of citizens, NGOs organizations, and all those interested to disappear once and for all the aggressive street behavior, violent crime, white collars crime.

It should be borne in mind that European rules - **Rule 48, organizations and community individuals participating in such activities**, show that citizens will monitor only within the limits established by law or defined by the responsible authority, for dictating or implementing community sanctions or measures, and **Rule 49 - The use of people within the community**, will not become a substitute for work which should be done by professional staff. The staff is vital, this is why the Europe Council gives us a separate recommendation no. R (97) of the Council of Ministers of the Member States on Personnel.

6. Political leaders and public involvement cannot be achieved without permission. The result is that public opinion, citizens and especially leaders must be permanently kept informed about the benefits of the reduced criminal punishment system, non-custodial, with supervision, or with means and possibilities of prisoners to get out of prison in a short time, under control. In order to do this, it should be officially established permanent channels of media communication, where to discuss the practice, the results and especially to generalize the experience, to comment upon mistakes in order to improve practice. Community measures should be accompanied by political will to be widely publicized through public relations campaigns and whenever possible to

analyze with the free participation of the concerned public, the national efficiency of these measures.

Conclusions

In order to more and more frequent replace in the judicial practice of criminal imprisonment penalties to criminal un-imprisonment penalties, we propose *de lege ferenda* the modification of the legislative framework by: creating a new legal framework, stable and improved in a reasonable period of time, adapted as possible to the European regulations; forming of more objective instruments regarding cases, specific personal circumstances that led to the offense for a better individualization of punishment and to actual establish imprisonment or un-imprisonment sentences, community involvement in drafting legal acts and surveillance of those who perform such criminal un-imprisonment actions; developing community measures which must be supported by political will, and by popularizing measures through extensive media campaigns to inform the citizens.

References

1. Government Decision no. 1239/29.11.2000 regarding the approval of the Application Regulation of *Government Ordinance no. 92/2000* regarding the organization and operation of offenders' social reintegration services and supervision of non-custodial penalties execution, published in Official Journal no. 651 of 13.12.2000, republished in Official Journal no. 844 of 16.12.2008. under Article II of the Government Decision no. 747/2008
2. Law 211/27.05.2004 regarding some measures to protect the victims of crime, published in Official Journal no. 505 of 04.06.2004
3. Law no. 104/1992 for the modification of the Criminal Code, the Criminal Procedure Code and other laws, as well as for the approval of Law no. 59/1968 and Decree no. 218/1977, published in the Official Journal of Romania, Part I, no. 244 of 01.10.1992
4. Law no. 123/2006 regarding the status of Probation Service staff was published in Official Journal no. 407 of 10.05.2006.
5. Law no. 140/1996, published in Official Journal no. 289 of 14.11.1996,
6. Government Decision no. 1897/2006 for the approval of the application regulation of Law no. 275/2006 regarding punishment enforcement and measures ordered by the judicial bodies during the criminal trial published in Official Journal no. 24 of 16.01.2007
7. DECISION no. 1897 of December 21, 2006 for approval of the application regulation of Law no. 275/2006 regarding the punishment enforcement and measures ordered by the judicial bodies during the criminal trial, Official Journal No. 24, January 16, 2007
8. ORDER No. 2794/C of October 8, 2004 for approval of the Code of Ethics for the personnel in prison management system Ministry of Justice in Official Journal No. 1098 of November 25, 2004

STANDARDELE EUROPENE SI DEZVOLTAREA TENDINTELOR NECUSTODIALE ALE PEDEPSELOR IN ROMANIA

IOAN CHIS*
ALEXANDRU BOGDAN CHIS**
CRISTINA DANIELA MUNTEANU***

Abstract

Într-o serie de articole despre executarea pedepselor penale, am atras atentia asupra faptului că desi se încearcă formule diferite pentru modernizarea sistemului penitenciar si aplicarea Conventiilor si Recomandărilor europene, nu se poate vorbi despre o adevărată aducere la standarde europene a politicii executional penale, dacă nu se reuseste armonizarea principalelor norme de linie si anume cel penale, procedural penale si executional penale. Realizarea unor coduri specializate în domeniu a întârziat foarte mult, astfel încât regulile europene s-au modernizat între timp, punând legislatorii români în situatia de a îmbunătăți proiectele, de a adopta proiecte deja depășite în țările Uniunii Europene, ori de a schimba în scurt timp normele executional penale, pentru a le adapta cadrului generos european, de cele mai multe ori fără a se tine seama de nivelul încă scăzut al posibilităților de implementare.

Cuvinte cheie: *regimul custodial, pedepse, regimul de executare, detenție*

Introducere. Tendințe actuale ale normelor execuțional-penale

Mesajul pe care îl transmite comunitatea europeană în prezent¹ în materia executării pedepselor penale este referitor la :

- Schimbarea concepiei cu privire la detinere ca solutie ultimă în cazul aplicării pedepselor custodiale,
- Dezvoltarea numerică si calitativă a pedepselor penale necarcerale,
- Crearea posibilităților multiple de transformare a pedepselor ce presupune închisoarea de scurtă durată în pedepse ce folosesc o paletă largă de sanctiuni *extra muros*,
- Existenta unor posibilități de scurtare a timpului de executare a pedepsei în penitenciar prin liberare conditionată, gratiere si amunisie,
- Inițierea si aplicarea unor măsuri cum sunt cele referitoare la activitățile productive ce au consecință considerarea ca executate un număr de zile care se compută din pedeapsa aplicată,
- Existenta în cadrul facilităților si recompenselor pentru conduită bună în penitenciar a permisiunii iesirii din penitenciar si a concediului anual.
- Existenta unor regimuri de executare a pedepsei apropiate în continutul asumării de responsabilități de viata liberă, cum sunt regimul semideschis si regimul deschis, posibilitatea

* Prof. univ. dr, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” București (e-mail: profchisioan@yahoo.com).

** Asis. univ. drd., Academia de Poliție „Alexandru Ioan Cuza”, București.

*** Asis. univ. drd., Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București (e-mail: av.munteanu_cristina@yahoo.com).

¹ Date obținute de la Camelia Păun, Director Regional al PRI si Silviu Dumitru, astfel : Svensson, B. (1979) We can get by with 3.000 prisoners, Sveriges Exportrad Spraktjänst: 1 – 5; Platek, M. (1988) Underestimated Experiment – The Current State of Penitentiary Practice Towards Women in Poland, Xth International Congress in Criminology, 4 – 9 September 1988, Hamburg ; Christie, N. (1997) Strafsens Geografi, Nordisk Tidsskrift For Kriminalvidenskab, Maj Nr. 2:89 – 103; Platek, M. (1991) Ruch abolicjonistyczny w Skandynawii – terazniejszosc czy wizja przyszlosci, Studia Iuridica, XX / 1991 : 83 – 95; Christie, N. (1993) Crime Control as Industry, London, Routledge ; Rutherford, A. (1996) The problematic Relationships Between Crime and Imprisonment, Nordisk Tidsskrift For Kriminalvidenskab Maj 1996 Nr. 2: 105 – 110

tuturor condamnatilor să acceadă spre aceste regimuri prin îndeplinirea unor conditii de conformitate penitenciară.

Mesajul pe care comunitatea europeană îl transmite prin concepția existenței pedepselor penale necarcerale se referă la:

- Dezincriminarea unor conduite considerate infractiuni, la sfârșitul secolului trecut, urmare a dezvoltării continutului drepturilor și libertăților omului, lărgirea cadrului conduitelor libere și neconstrânse de reguli sociale și o morală rigidă;

- Transformarea unor conduite contravenționale în conduite fără sancțiune, precum și interzicerea închisorii politienestii și contravenționale;

- Existența unor sancțiuni penale cum ar fi suspendarea executării pedepsei, suspendarea condiționată a executării pedepsei, amânarea executării pedepsei, termenul de încercare, iertarea de pedepasă, lista de așteptare pentru trimiterea la închisoare pentru executarea pedepsei, măsuri necarcerale pentru minori și tineri;

- Avertismentul, mustrea, supravegherea și supravegherea instituționalizată, folosirea agenților de probațiune și ofiterilor de supraveghere a liberatilor din penitenciare

Legislația penală din țara noastră a creat instrumente și norme care transpun aproape în totalitate aceste concepții europene, deja vechi pentru unele state, noi pentru recentele intrate în Uniunea Europeană, iar cu toate acestea aplicarea alternativelor la detenție se realizează cu timiditate și reținere datorită prejudecăților existente în opinia publică de la noi.

Se pune problema dacă sunt mai mulți infractori la noi decât în Europa, precum și dacă numărul infractorilor are o amplitudine mai mare decât înainte de anul 1989.

Situația populației carcerale din România la începutul anului 2009 era caracterizată prin existența unei ponderi a celor care au comis infractiuni cu violență și împotriva patrimoniului.² Dacă facem o comparație cu unele state europene, observăm că în nici o țară europeană nu sunt atâți condamnați cu pedepse privative de libertate pentru fapte de violență și împotriva patrimoniului ca în România. Dacă în număr absolut depășim de două sau chiar trei ori numărul persoanelor condamnate pentru infractiuni cu violență (omor, tâlhărie și viol) sau împotriva patrimoniului (mai ales furt), procentual față de propria populație penitenciară situația este relativ mai moderată astfel:

- Omor: Albania – 48,1%, Croatia – 30,2%, Estonia 17,4%, Islanda 16,7%, Italia – 15,9%, Moldova, 19,9%, Irlanda de Nord – 19,8%, **România 16,5%**;

- Viol: Franța - 23,3%, Anglia - 50%, Luxemburg – 14,6%, România 4,9%

- Furt: Estonia – 39,1%, Finlanda – 28,9%, Ungaria 31,5%, Letonia 42,0%, **România 46,2%**

Este demonstrat că țările europene au dezvoltat sisteme alternative mai eficiente, o mare parte a populației penitenciare execută pedepse în afara penitenciarelor, spre deosebire de România care are încă o mare parte din condamnați în penitenciare. Deși în România doar 4,9% din populația carcerală este pedepsită pentru infractiunea de viol, în cifre absolute reprezintă 2578 persoane. Dacă în Letonia 42,0% din populația penitenciară este condamnată pentru infractiuni de furt, reprezentând 2113 persoane, la noi procentul de 46,2% condamnați pentru furt reprezintă 23051 persoane.

Am putea considera că analizele cu privire la populația penitenciară diferă atât de mult de la țară la țară încât, chiar dacă România face parte din Comunitatea Europeană, totuși regulile cu privire la prevenirea infractiunilor, constatarea, instrumentarea, judecarea și executarea acestora nu urmează principiile și regulile europene, drept pentru care ne găsim în situația în care la reguli noi punerea în practică este lăsată la voia întâmplării ori fără o corelare științifică.

² Infractiuni contra persoanei: 9126 – 34,83%, Infractiuni contra patrimoniului: 13801 – 52,65%, TOTAL = 26112 persoane condamnate penal – Sursa : Analiza diagnostic a A.N.P. pentru 2008

Regulile noi europene, noi pentru România, dar deja perfectibile pentru sistemele penitenciare europene dezvoltate găsesc Administrația Națională a Penitenciarelor în fața abordărilor disperate. Condamnații cunosc regulile penitenciare europene, urmare a popularizării acestora, constientizându-i cu privire la drepturile legale ce le au pe timpul cât sunt în custodia statului, drepturi pe care chiar statul nu le asigură. Urmarea este că din ce în ce mai mulți se adresează CEDO pentru rezolvarea unor probleme de regim, de aplicare a normelor românești pe care din lipsa de resurse nu se asigură.

În legătură cu alternativele la pedepsele carcerale, trebuie spus că în România încă detenția este prima opțiune în conștiința publicului, **trimiterea la închisoare** fiind pe buzele tuturor când este vorba de pedepsire penală. Măsurile alternative, deși mai necostisitoare, nu sunt folosite în măsura în care ar fi posibil mai ales în ceea ce privește condamnarea femeilor infractoare, care prezintă de cele mai multe ori un grad de risc moderat, de cele mai multe ori având un rol de participant la infracțiune, participant obligat de conjunctură ori de către anturaj sau familie. Dacă 3% reprezintă de foarte mulți ani procentul femeilor din populația penitenciară, în penitenciarul Târgșor fiind în jur de 500 persoane, putem considera că detinerea acestei categorii de condamnați nu este eficientă, regulile pentru femei trebuind să fie cu totul altele, regimurile și condițiile de aplicare a practicii disciplinare, a drepturilor, facilităților, interdicțiilor și obligațiilor să se adapteze caracterului predominant lipsit de riscuri ale acestei categorii.

Se poate ușor realiza că între numărul infracțiunilor comise și procedurile custodiale nu există nici un fel de legătură, drept pentru care ar trebui decis de către Ministerul Justiției ca să nu fie permisiți în penitenciare condamnați peste capacitatea standard. Listele de așteptare, folosite în alte țări (Olanda, Finlanda, Norvegia), nu au periclitat niciodată starea de normalitate din țările respective, iar așteptarea detenției în condițiile facilitării unei suspendări ori chiar a renunțării la detenție în raport de conduita în timpul destinat așteptării în vederea liberării unui loc în penitenciar este de natură a limita sindromul intrărilor accentuate în penitenciare.

Sindromul penitenciar este explicat de cercetători³ ca fiind **momentul în care o persoană pedepsită penal cu o pedeapsă carcerală** se manifestă în conduita sa ca fiind afectată de disfuncțiuni și conduite specifice constrângerii, un animal social cu probleme de adaptare la viața socială post penală. Sindromul penitenciar se manifestă după **6 luni** de executare efectivă a unei pedepse carcerale, cei mai optimiști cercetători afirmând că perioada este de 1 – 2 ani. După această perioadă caracterul și conduita persoanei încarcerate se supune impactului cu închisoarea, amprenta fiind persistentă în viața socială ulterioară, viața din închisoare fiind cea care va influența modul de comportare, deciziile, atitudinile și chiar viața familială. Cercetătoarea Ulla Bondenson din sistemul justiției Suedeză a desfășurat o cercetare pe timp de 10 ani asupra detenției, descriind efectele negative ale detenției asupra condamnaților. Este de menționat că sistemul penitenciar suedez este unul dintre cele mai permissive, umane, chiar bun de luat ca exemplu de alte sisteme penitenciare. Cu toate acestea, consecințele vieții în penitenciar, își pun stigmatul pe fostul condamnat, iar societatea nu este capabilă de a estompa într-un fel acest efect produs asupra tuturor persoanelor ce au trecut prin închisoare.

Cercetările din țările scandinave, din Kazahstan, din Polonia, au dus la apariția unor considerente cu privire la abolirea penitenciarelor închise. Suntem de acord că actualul sistem moștenit din secolul XX – lea nu mai este bun de nimic, că lacunele sale nu pot fi schimbate ori înlocuite cu diferite instituții și norme ce dau culoare pe dinafară închisorilor, fără să schimbe nimic în modul lor de funcționare. Gratiile, usile blindate cu fier, cătușele și lanțurile, mijloacele de imobilizare, camerele de luat vederi amplasate în locurile de maximă supraveghere și eliminarea a oricărei intimități, standardele privitoare la program, muncă, organizarea timpului condamnaților nu fac decât să perpetueze regulile aceleiași instituții antice – sclavagiste, feudale –

³ Dr. Monika Platek Facultatea de Drept, Universitatea Varsovia - Președinta Asociației Poloneze de Educație Legală - Standarde Internaționale și Europene privind Alternativele la Detenție

exterminatoare, capitaliste – mafiote, socialiste – de spălare a creierelor, în care unii păzesc pe ceilalți să nu cumva să iasă înainte de termenul stabilit din locurile stabilite de cei puternici indiferent cât de legitimă le este puterea.

Este timpul ca să se intervină cu radicalism și forță pentru schimbarea acestei stări de lucruri din sistemul carceral și în sistemul pedepselor penale în special. Prevederile codului penal trebuie să înceapă cu pedepsele cele mai ușoare, nu cu detentiunea pe viață, de aici trebuie pornit, de la concepția că pedepsele cele mai grele sunt de ultimă și extremă soluție. Ar trebui folosite **ca regulă** în situații conflictuale grave pedepsele penale necarcerale, *in extremis* pedepsele carcerale, iar în mod excepțional detentiunea. Tendința trebuie să fie de la ușor și permisiv la aspru și încarcerat și nu invers⁴.

Cadrul legal al perfecționării vechiului sistem. Regulile de la Tokio. Recomandarea Consiliului Europei nr. R (92)16

Regulile Standard Minime ale Națiunilor Unite pentru Penitenciari sunt deja cu mult învechite, fiind adoptate în 1955, iar îmbunătățirea normelor cu prevederile Regulilor de la Tokyo adoptate de Adunarea Generală ca Rezoluția 45 / 110 în 14 decembrie 1990. Regulile Europene pentru Penitenciari din 1973 se află în aceeași situație în Regulile Standard Minime ale Națiunilor Unite pentru Măsurile Neprivative de Libertate, cunoscute și Recomandarea Consiliului Europei Nr. R (92) 16 a Comitetului de Miniștri ai Statelor Membre asupra Regulilor Europene privind Sancțiunile și Măsurile Comunitare. Acestea au fost adoptate de Comitetul de Miniștri pe 19 octombrie 1992, la cea de-a 482-a Sesiune a adjunctilor miniștrilor de externe.

Probativitatea și alternativele erau considerate înainte ca parte a sentințelor cu suspendare sau a eliberării condiționate. Putem accepta faptul că această perspectivă era asociată mai degrabă cu gravitatea privării de libertate și nu însemna neapărat o lipsă de interes sau neglijare a sancțiunilor sau măsurilor comunitare. Amândouă aceste acte sunt recomandări.

Recomandările nu sunt legi, deci nu au puterea unei legi. Ele nu pot constitui baza unică pentru o speță. Recomandarea însăși poate oferi măsuri pentru controlul aplicării sale. Există obligația politică și morală a statelor membre de a urma aceste recomandări. Standardele minime ale Națiunilor Unite sunt tratate cu seriozitate. Regulile de la Tokyo nu includ astfel de prevederi și cu toate acestea sunt de asemenea considerate ca bază pentru promovarea măsurilor neprivative de libertate. Recomandarea Națiunilor Unite privește măsurile neprivative de libertate. Recomandarea Consiliului Europei se referă la sancțiunile și măsurile comunitare. Nu se pune accentul aici pe alternative la detenție ci pe regula sui generis referitoare la pedepsele executate în libertate.

Totusi, când scopurile fundamentale sunt discutate, Regulile de la Tokyo își asumă rolul de a oferi utilizarea măsurilor neprivative de libertate, ca și protecție minimă pentru persoanele supuse alternativelor la detenție.

Una dintre problemele cele mai discutate în doctrină se referă la **inventarea unor noi sancțiuni** penale necarcerale. Imaginatia multora ar merge de la pedepsele fizice a biciuirii în public, dezonorarea în fel și chip, până la pedepse pecuniare, economice, ori de limitare a posibilităților de a accede spre funcții, grade, afaceri, meserii, ori de a locui, vizita, traversa, stabili reședința în anumite localități, ori de a se apropia, a lua legătura, ori de a privi o persoană anume desemnată ca victimă. Într-unul dintre tribunalele din Ohio, Statele Unite, un tânăr a fost găsit vinovat pentru că asculta în camionul său muzică rock cu volumul dat foarte tare astfel încât tulbură liniștea publică. A fost condamnat la 4 ore de ascultat polka. Aceasta arată că simțul umorului merge mână în mână cu gândirea rațională și că amândouă sunt posibile în tribunal. (PAP News – 3 septembrie 2001).

⁴ Sykes, G. M. (1917) *The Society of Captives*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey

Bondeson, U. V. (1989) *Prisoners in Prison Societies*, Transaction Publisher, New Brunswick,

Posmakov, P. (2000) *Prisonisation Syndrome*, Lecture presented during OSCE seminars on International Prison Standards, August 2000 – Oskemen, Shicinsk (Kazakhstan)

Regulile de la Tokyo oferă o lungă listă de dispozitii pentru posibile sentinte, măsuri postsententiale si măsuri care pot fi aplicate înaintea procesului (regulile 5 – 9). O astfel de listă nu este inclusă în recomandarea Consiliului Europei. Totusi, informatii precise sunt incluse în Recomandarea Consiliului Europei Rec (2000) 22 a Comitetului de Ministri ai Statelor Membre asupra îmbunătățirii implementării Regulilor Europene privind Sanctiunile si Măsurile Comunitare, adoptată în noiembrie 2000 la a 731-a întâlnire a adjunctilor ministrilor.

Recunoscând relevanta pentru recomandarea de mai sus a recomandărilor nr. R (92) 17 privind consecventa în practica sententială, nr. R (97) 12 asupra personalului implicat în implementarea sanctiunilor si a măsurilor, nr. R (99)19 asupra medierii în chestiunile penale si nr. R (99) 22 privind supraaglomerarea închisorilor si inflatia populatiei penitenciare, Recomandarea Rec (2000) 22 aduce exemple de diferite sanctiuni si măsuri comunitare.

Regulile de la Tokyo, în regula 8.2, mentionează că autoritățile care dau sentinte pot utiliza următoarele modalități:

- (a) Sanctiuni verbale ca admonestarea, attentionarea;
- (b) Încetarea conditionată a urmăririi penale;
- (c) Pedepse ce afectează statusul persoanei;
- (d) Sanctiuni economice si în bani cum ar fi amenzile;
- (e) Ordine de confiscare si deposedare;
- (f) Ordine de restituire către victimă sau de compensare;
- (g) Sentinte cu suspendare sau amânate;
- (h) Supraveghere judiciară si prin probatiune;
- (i) Ordine de muncă în folosul comunității;
- (j) Trimiterea către un centru de zi;
- (k) Arestul la domiciliu;
- (l) Orice alte forme de tratament non-institutional;
- (m) Combinatii ale măsurilor enumerate mai sus.

În etapa post-sententială Regulile de la Tokyo recomandă în regula 9.2 dispozitii care pot include:

- (a) Permisii si centre de asistentă postdetentie pentru reintegrarea socială;
- (b) Eliberarea pentru muncă sau educatie;
- (c) Diferite forme de eliberare conditionată
- (d) Reduceri ale pedepselor
- (e) Gratiere

Recomandarea Consiliului Europei sugerează, în apendicele la Rec (2000) 22, în cadrul principiilor pentru realizarea unei mai largi si mai eficiente utilizări a sanctiunilor si măsurilor comunitare, următoarele exemple:

- alternative la detentia preventivă cum ar fi obligarea presupusului infractor de a locui la o anumită adresă, de a fi supravegheat si asistat de o agentie desemnată de o autoritate judecătorească;

- probatiunea ca sanctiune independentă impusă fără pronuntarea unei sentinte de trimitere în închisoare;

- supravegherea aplicării unei sentinte de trimitere în închisoare cu anumite conditii impuse;

- munca în folosul comunității (muncă neplătită în beneficiul comunității);

- compensarea / reparatia adusă victimei / medierea între victimă si infractor;

- ordine de tratament pentru infractorii care fac abuz de droguri sau alcool si pentru cei care suferă de tulburări mintale legate de comportamentul lor infractorial;

- supravegherea intensă pentru categoriile de infractori pentru care această măsură este potrivită;

- restrângerea libertății de miscare prin mijloace cum ar fi ordine de restrictionare a programului sau monitorizarea electronică impusă cu respectarea regulilor 23 si 55ale Regulilor Europene;

- eliberarea condiționată din închisoare, urmată de supravegherea post-eliberare.

2. Pentru a promova utilizarea sancțiunilor și măsurilor neprivative de libertate, și în special acolo unde sunt create legi noi, legiuitorul ar trebui să ia în considerare indicarea unei sancțiuni sau măsurii neprivative de libertate în locul detenției ca sancțiune de referință pentru anumite infracțiuni.

3. Ar trebui luată în considerare revizuirea și reducerea prevederilor formale care împiedică folosirea sancțiunilor și măsurilor comunitare pentru infracțiuni grave sau repetate.

4. Ar trebui să fie create prevederi pentru introducerea de probă a unor noi sancțiuni și măsuri comunitare.

5. Orice proces ar trebui să se desfășoare în acord cu spiritul Regulilor Europene și să fie monitorizat și evaluat cu atenție. Experimentarea ar trebui să fie în acord cu standardele etice ale comunității internaționale.

Pentru a se pune în practică cele prevăzute în actele de reglementare europene și internaționale supunem atenției celor care desfășoară activități în legătură cu măsurile penale necarcerale ori cu sancțiuni penale ce înlocuiesc ori suspendă pe cele cu închisoarea câteva dintre măsurile ce derivă din practica ultimilor 20 de ani ai statului român, stat de drept și democratic. Astfel:

1. Standardele cu privire la aplicarea pedepselor penale se schimbă o dată la 10 ani, iar ca urmare a dezvoltării tehnologiei, a conduitelor liberate de restricții morale severe, schimbarea standardelor se va produce la perioade din ce în ce mai scurte. Ideile noi cu privire la detenție și măsuri alternative, sunt puse în circulație, sunt adoptate ca Recomandări, dar și în aceste condiții ele se aplică de către legiuitorii naționali care revizuiesc legislația. Modificările Codului Penal, Codului de Procedură penală, Legii executării pedepselor, Legii probațiunii, sunt atât de multe și de frecvente, încât uneori proiectele nici nu sunt aprobate ori puse în aplicare că deja sunt modificate, ori se fac modificări la modificări. Diversitatea situațiilor ce necesită reglementări noi, are efectul pervers al lipsei de generalizare. Legea simplă, aplicabilă la toate situațiile, excepțiile puține și rare, fac dintr-o lege un instrument fiabil. Modificările dese, duc la posibilități nebănuite ca infractorii să tergiverseze procesele prin formularea de excepții și căi de atac la tot felul de situații ce apar ca urmare a modificărilor actelor normative, până acolo încât legea să nu mai fie aplicabilă. Culmea este că neaplicabilitatea unor legi este de bun augur, atâta timp cât sunt reglementări desuete ori în afara cadrului european, pentru care România este condamnată la CEDO. De multe ori suntem puși în situația de a explica studentilor unele modificări ale legislației pe care nici legiuitorii credem că nu le înțeleg.

2. Pentru prevenirea unor astfel de situații, ar trebui folosite universitățile și organele judiciare mult mai intens în procesul de elaborare a unor studii de impact asupra modificării legislației, pentru a se asigura cadrul de informare științifică a autorităților, a legiuitorului, a celor care decid cu privire la elaborarea Hotărârilor de Guvern, a Regulamentelor și Ordinilor ministeriale, pentru a se asigura cunoașterea realității și a tuturor implicațiilor. Granturile de cercetare pentru elaborarea actelor normative sunt subfinanțate, față de cercetările în domeniul științelor exacte ori a tehnicii, deși legile au impact în întreaga societate.

3. Una dintre preocupările noastre cu privire la aplicarea măsurilor carcerale și necarcerale este în legătură cu interpretarea circumstanțelor agravante și atenuante. Faptele pot avea gravitatea dată de legea penală, dar gradul de risc al condamnatilor este cu totul diferit dacă se au în vedere circumstanțele personale care au dus la comiterea infracțiunii. Este timpul ca științele penale, dreptul penal, dreptul procesual penal, criminologia, psihologia judiciară, sociologia juridică să-și concretizeze activitatea concertată spre crearea unor instrumente mult mai obiective cu privire la cauzele, circumstanțele, condițiile principale și conjuncturale, circumstanțele concrete personale ce au dus la comiterea infracțiunii. În secolul în care trăim în prezent, din ce în ce mai mulți condamnați sunt determinați să comită infracțiuni, din cu totul alte motive decât dorința intimă de a produce un rău. Iată de ce astăzi când instrumentele de măsurare a adevărului, a minciunii, a

stării psihice și a voinței comiterii infracțiunii pot fi comensurate ori evaluate, persoana infractorului poate să fie evaluată cu rigoare științifică pentru a i se aplica măsura cea mai potrivită pentru a executa pedeapsa, a ispăși vina, a recupera prejudiciul, a satisface durerea pricinuită victimei, a recupera față de societate efortul ce este consumat cu aflarea adevărului.

4. O atenție specială considerăm că ar trebui să se direcționeze spre recuperarea valorii pierdute de societate pentru restabilirea echilibrului social afectat prin infracțiune. Pierderea de vieti omenesti, afectarea sănătății, distrugerea liniștii publice, pierderea de valori uriașe ar trebui să fie în atenția celor care aplică pedepse penale, prin punerea la dispoziția acestora de instrumente care să nu ducă la falimentul economic al statelor. Considerăm că valori uriașe sunt investite fără a mai fi recuperate niciodată de la infractori, cu susținerea unor institutii, organisme, sisteme tehnice, aplicarea de tactici și metode de lucru. Infractorii care devalizează statul de valori deosebite fiind în funcții care le permit să acționeze folosind pârgھیile statului în folos propriu, chiar prin emitere de acte normative, prin folosire de organizații mafioate, criminalitate organizată ori prin influențarea deciziilor la cel mai înalt nivel, ar trebui să suporte în totalitate cu averile lor, produse prin astfel de metode, ori să muncească în folosul societății un număr foarte mare de ani, pentru a compensa pierderile suferite. Un infractor urmărit ani de zile pentru furturi de mașini, spre exemplu, produce pagube nu numai cu privire la victima păgubită, dar și la folosirea agenților statului care sunt retribuiți, activează, consumă resurse imense pentru a descoperi și a pune la dispoziția justiției probele necesare tragerii la răspundere a acestuia. Ca acesta sunt anual, după datele Poliției Române peste 600 mii de infractori, care devalizează statul, iar valorile pierdute sunt recuperate de la cetățenii onorabili, contribuabili, ceea ce este nedrept. Este vremea ca infractorii să **plătească** în mod real pagubele produse și să **despăgubească** victima în mod compensatoriu până la limita satisfacției depline. În condițiile în care sistemul actual nu va recupera de la infractori valorile pierdute, statul poate ajunge falimentar ori cetățenii să plătească impozite mai mari decât beneficiul unui stat neputincios.

5. Una dintre problemele cele mai importante cu privire la aplicarea măsurilor penale necarcerale, ori a executării pedepselor cu închisoarea într-o bună parte cu suspendare, ori într-o formă de liberare condiționată este aceea cu privire la implicarea comunității în supravegherea celor care execută astfel de măsuri. În prezent toate măsurile aplicate cu privire la punerea în libertate a condamnatilor pentru executarea unei astfel de măsuri, este caracterizată prin lăsarea mai mult sau mai puțin a infractorului în libertate necontrolată. Controlul comunității nu se simte, deși comunitatea este afectată cel mai mult de infractorii ce „zburdă în voie”, de cele mai multe ori comitând acte antisociale minore, uneori deosebit de grave, pentru care trebuie întreprinse alte măsuri de urmărire, cercetare, judecare și pedepsire. În condițiile în care condamnatii nu sunt monitorizați în mod serios, aceștia își permit să aibă același tip de comportament, același anturaj, aceleași preocupări, uneori mult mai dăunătoare, pentru că trebuie să se ascundă de vigilența organelor de stat. Implicarea comunității, cu zeci de mii de oameni voluntari, pe fiecare stradă, fiecare localitate, fiecare comunitate, înseamnă un efort organizatoric cu totul deosebit din partea statului care în secolul XXI trebuie să-și schimbe modalitățile de lucru, mult în favoarea cetățenilor cinstiți, chiar dacă apără și drepturile condamnatilor.

Un organism de tipul Administrației Naționale a Aplicării Pedepselor Comunitare în subordinea Ministerului Justiției, ori chiar un ministru distinct cu un astfel de obiect de activitate, ar duce la recuperarea pagubelor infracțiunilor, la monitorizarea condamnatilor în mod specializat, la conjugarea eforturilor organizațiilor cetățenesti, neguvernamentale, precum și a tuturor celor interesați să dispară o dată pentru totdeauna conduita agresivă stradală, criminalitatea violentă, criminalitatea gulerelor albe.

Trebuie avut în vedere că regulile europene - **Regula 48, organizațiile și indivizii din comunitate care participă la astfel de activități**, arată că cetățenii vor face supraveghere doar în limitele stabilite de lege sau definite de autoritățile responsabile, pentru dictarea sau implementarea sancțiunilor sau măsurilor comunitare, iar **Regula 49 - Recurgerea la persoane**

din comunitate, nu va deveni un substitut pentru munca ce ar trebui făcută de personalul profesional. Personalul are o importanță vitală, iată de ce Consiliul Europei ne oferă o recomandare separată nr. R (97) a Consiliului de Miniștri ai Statelor Membre asupra Personalului

6. Implicarea liderilor politici și publicului nu se poate realiza în mod neavizat. Urmarea este că opinia publică, cetățenii și mai ales conducătorii trebuie să fie permanent informați cu privire la beneficiile sistemului de pedepse penale reduse, necarcerale, cu supraveghere, ori cu modalități și posibilități de ieșire din penitenciar în timp scurt, sub control a condamnaților. Pentru aceasta ar trebui în mod oficial să se creeze canale permanente de comunicare mass – media, unde să se discute practica, rezultatele și mai ales să se generalizeze experiența, să se comenteze greselile pentru îmbunătățirea practicii. Măsurile comunitare trebuie însoțite de voința politică de a fi larg popularizate prin campanii de relații publice și ori de câte ori este posibil să se analizeze cu participarea liberă a publicului avizat eficiența națională a acestor măsuri.

Concluzii

În vederea înlocuirii în practica judiciară tot mai frecvent a pedepselor penale carcerale cu pedepse penale necarcerale, propunem *de lege ferenda* modificarea cadrului legislativ prin: crearea unui cadru legislativ nou, stabil, îmbunătățit la un interval rezonabil de timp, adaptat pe cât posibil la reglementările europene; crearea unor instrumente mult mai obiective cu privire la cauzele, circumstanțele concrete personale ce au dus la comiterea infracțiunii pentru o mai bună individualizare a pedepselor și a stabilirii în concret a pedepselor carcerale sau necarcerale; implicarea comunității în elaborarea actelor normative și în supravegherea celor ce execută astfel de măsuri penale necarcerale; elaborarea unor măsuri comunitare ce trebuie susținute prin voința politică, precum și prin popularizarea măsurilor prin ample campanii mass-media de informare a cetățenilor.

Referințe bibliografice

1. Hotărârea Guvernului nr. 1239/29.11.2000 privind aprobarea Regulamentului de aplicare a dispozițiilor *Ordonanței Guvernului nr. 92/2000* privind organizarea și funcționarea serviciilor de reintegrare socială a infractorilor și de supraveghere a executării sancțiunilor neprivative de libertate, publicată în M.Of. nr. 651 din 13.12.2000, republicată în M.Of. nr. 844 din 16.12.2008 în temeiul art. II din Hotărârii Guvernului nr. 747/2008

2. Legea 211/27.05.2004 privind unele măsuri pentru asigurarea protecției victimelor infracțiunilor, publicată în M.Of. nr. 505 din 04.06.2004

3. Legea nr. 104/1992 pentru modificarea Codului penal, a Codului de procedură penală și a altor legi, precum și pentru aprobarea Legii nr. 59/1968 și a Decretului nr. 218/1977, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 244 din 01.10.1992

4. Legea nr. 123/2006 privind statutul personalului din serviciile de probațiune a fost publicată în M.Of. nr. 407 din 10.05.2006.

5. Legea nr. 140/1996, publicată în M.Of. nr. 289 din 14.11.1996,

6. Hotărârea Guvernului nr. 1897/2006 pentru aprobarea Regulamentului de aplicare a Legii nr. 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal publicat în M.Of. nr. 24 din 16.01.2007

7. Hotărârea nr. 1.897 din 21 decembrie 2006 pentru aprobarea Regulamentului de aplicare a Legii nr. 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, M.O. nr. 24 16 ian 2007

8. Ordinul nr. 2794/C din 8 octombrie 2004 pentru aprobarea Codului deontologic al personalului din sistemul administrației penitenciare M.J. în M.O. nr. 1098 din 25 nov 2004

ORGANIZED CRIME AND LEGISLATION AGAINST IT

ARBEN SHEHU*

Abstract

“Today, organized crime is affecting every segment of our society. It is a disease which infects everything that comes into contact with it. It is an insult added to every law-abiding citizen. It is high time our governments made a note and, moreover, took immediate action. Perhaps tomorrow will be late. Organized crime is a form of criminality manifestation, perhaps its most specific type. It is a phenomenon that causes horror as much as wonder about the way it works and, at the same time, a sort of lure for its mystery and the particular way of comprehension. For years and years it has inspired volumes of writing, plenty of which have become best-sellers, or have produced blockbusters, arousing amazing mass interest. That is because criminal organizations and their activity have been to society both a tangible everyday reality and a remote thing, beyond comprehension. Many authors have researched into organized crime and criminal organizations, pointing out their characteristics and specifics. They attribute such features to it as a perpetual connection of many people engaged in criminal activity, an organizational hierarchy with a great power of the leaders, the domination of rule and order, discipline and responsibility among the members, imposed solidarity, maintaining the secrecy of activity and of the organization, and the international character of their activity. But what means should we use in order to face organized crime today? Organized crime at a European level has drawn the attention of all countries. Each of the European countries has adopted its own individual specific strategies against the activity of criminal organisations. Economic crime has come to assume great importance as a form of organized crime. The implementation of the international and European right in the penal field is the most appropriate and fruitful way to achieve the objectives in this hard fight.

Keywords: *organized crime, criminality, illegal, transnational, organizations.*

Introduction

Unfortunately, there are a large number of worldwide notorious criminal organizations. Over time, they have been discovered and studied by various criminologists, who have managed to provide sufficient information on the specific features of each of them, the activities on which they focus and the territories in which they operate.

But what means should we use in order to face organized crime today?

It is necessary that differentiated strategies be studied according to the type of the mafia organization against which a concrete operation is to be launched. The strategy should also be coordinated not only in national level but also internationally, because the international character of organized crime is already an established fact.

The most important sources of international legislation against organized crime are the various conventions and bilateral or multilateral agreements between countries. In the framework of the community right, the directions, recommendations, and results issued by the General Assembly of the EC have played an important part.

Another way by which countries have expressed their resolve to combat organized crime is constituted by various declarations, which, even though without a normative character or part of the national legislation, yet offer explicit information as to the proposed strategies, as well as the main principles of international collaboration.¹

* LM, Faculty of Law, University of Tirana. (e-mail: arbenlshehu@yahoo.it).

¹ DrW.Gropp. Investigating Organized Crime (Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht 1993)

The manner in which different countries follow the agreements they adhere to depends on whether they apply a dual or a mono system. What is meant by a mono system, is the international right norm has direct power over national legislation, and that it can be turned to directly as a legal norm in this legislation. This option is, nevertheless, subject to two conditions:

a) In the case of an international convention, the international right norm should have been ratified and regularly publicized by the government authorities.

b) In addition to that, the international right norm should have a direct effect on the internal right subjects.²

Organized crime has traditionally been a national, juridical and procedural problem for every state.³ However, the inter-dependent development of countries, the rapid progress of means of transport and communication, the growth of international trade and the dramatic appearance of the global market have all changed the context in which organized crime operates. It is no coincidence that a similar deep change has happened in the nature of organized crime.⁴

It is precisely the countries' sovereignty that has hindered success in the war waged against organized crime.⁵ It would be impossible for the police of one country to act in another country's territory, for that would infringe the latter's sovereignty. The establishment of such a structure as INTERPOL was an appropriate in-between way out, which would save sovereignty, on the one side, and bring about satisfactory results in the war against international organized crime, on the other.

INTERPOL is an organism of international character, established in the framework of the United Nations Organization, different from EUROPOL, which operates at a regional, European level. Owing to the greater opportunities for exchange of information and collaboration between countries without the territory restrictions, the intensity and effectiveness of this organization is greater than that of EUROPOL.

International need to fight organized crime

Organized crime is a threat to society, especially for the worldwide economy. Without minimizing the risk or the importance of so called ordinary crime, but because of the nature, spread, wildness, level of organization, organized crime takes priority in every criminal or theoretical studies. So in methods of fighting and preventing from or the rehabilitation of persons who are victims.⁶

Organized crime should not be seen in detached or sporadic cases, or for a specific phenomenon and even in a targeted state. It may have roots in one, but "fruit" can be collected in several "areas" or in some places. Organized crime should be studied as a complex phenomenon. Organized crime has been and remains one of the phenomena that involves society and state. The need to combat organized crime has become necessary and it forced the states to take series of legislative measures. These measures needed to be effective and so they are not only national but also international.⁷

As a result they have brought implementation of new law, but also changed the legal nature the classic institutes. Organized crime is too various and dynamic. All definitions refer to some common elements. Likewise legislation of different countries have identified the types of criminal acts which are very closely linked with organized crime.

² Zaharia P. The Status of the European Charter (Albanian High Court) 2002

³ Sam Giancana. Mafia : the government's secret file on organized crime / United States Treasury Department, Bureau of Narcotics ; foreword. 2007

⁴ Shishani L. Competence and Organizational Structure of INTERPOL. World Conference on International Organized Criminality. 2005

⁵ Donald R. Liddick. Global underworld : transnational crime and the United States .2004

⁶ P. Corso, L. Stortoni "I reati in materia fiscale". Giurisprudenza sistematica, Torino, 1990

⁷ Frank Pearce and Michael Woodiwiss. Global crime connections : dynamics and control. 1993

Today the most widespread illegal activities are human beings trafficking, drugs, weapons or economic and financial crimes like money laundering, corruption, money counterfeiters as well as certain products. However it is not excluded the possibility of coming out of new forms of criminality, as we note the tendency of new electronic crime and environmental crime.⁸

Criminal organizations grown by smuggling arms, trafficking in illegal drugs and nuclear material, committing fraud on a global scale and laundering huge sums of money. Thriving on corruption they have also engaged in trafficking human beings, particularly women and children for economic slavery and prostitution, and in smuggling migrants.

Organized crime is characterized by high levels of organization and sustainability of the activities of criminal activity. Continuous illegal activity guarantees increased profits.

Albanian researcher In the fight against organized crime found that there some reasons of increasing this illegal activity like:

- Establishment of contacts between Albanian criminal elements with those of neighboring countries, taking their experience and forms of development of this crime;
- Awareness of community little dangerousness and consequences of organized crime;
- Maximum gain provided by organized crime for a very short period of time;
- High level of poverty in almost all the country;
- The country's geographical position at the crossroads between east and west;
- Low level of response of state institutions to face, hit and stop birth and development of organized crime forms in ;
- Lack of necessary legal instruments in the fight against organized crime;
- Increase of corruption, especially in the structures of law enforcement, court, prosecutor and police.

Due to these factors, as well as other causes, within a short period of time, Albania began to note that the organized crime could not be defeated alone.

It is important to emphasize that the fight against organized crime requires vision, determination and resources, necessary objectives and skills to deal with this phenomenon. This needs new methods and models in the management of the resources and capabilities involved in the fight against this phenomenon.

For years the reaction to this criminal situation has been poor, and reinforced by other factors such as pressure, corruption, fear of uncertainty, etc.

It was great the pressure from international organizations and community that made possible institutional steps in the fight against organized crime in Albania and some forms of his appearance - the fight against human trafficking, women and children, combating arms trafficking , the war against car traffic, narcotics trafficking and against cultivation of narcotic plants.

The goal of implementing this measures is "building a society without threats from organized crime, in peace and improvement of quality of citizens' life, giving in this way the image of a peaceful country and the standard high security.

This vision is closely connected with determination of the responsibilities of each institution, building full legal infrastructure, building of technical capacity and professional skills, qualitative implementation of legal measures and tasks set forth in the action plans of other strategies related to , increasing inter institutional and international activities.

Faced with a surge in transnational crime in an era of globalization, countries are now set to find ways that will provide governments with a powerful new legal instrument.⁹

The globalization of economic systems, and developments in transportation and communications technologies have created enormous opportunities for human communication and

⁸ "La Criminalita Economica", Quaderni dell'Ufficio Studi, Ricerche e Documentazioni, Roma, 1998.

⁹ Robert Fitch. Solidarity for sale : how corruption destroyed the labor movement and undermined America's promise. 2006

economic development, but they have also created significant new opportunities for organized crime.

Efforts of the international community to develop international instruments against transnational organized crime arise from the recognition that the problem has become much more serious

The fight against organized crime at a European level

Organized crime at a European level has drawn the attention of all countries. Each of the European countries has adopted its own individual specific strategies against the activity of criminal organizations. Economic crime has come to assume great importance as a form of organized crime.

Has Europe's war against organized crime known a progress or regress?

The General Assembly, based on Resolution 1147 (1998) and Europe's war against economic crime, has been authorized 'to regularly observe the work of the Council of Europe against economic crime' and expresses their opinion that the situation, described as critical in that Resolution, has deteriorated still more. European democracy, justice, as well as the very political and economic stability of Europe have been placed in jeopardy in such a situation.

Economic crime, in all the variety of its forms, has become ever more internationalised, more complex in structure and activity, technologically sophisticated, economically powerful, and now ready to get infiltrated into the democratic institutions. By the time all this has been transformed into a political influence, Europe's political ability, and willingness, to fight the phenomenon will only be modest, and the battle will, unfortunately, be lost.

The Council of Europe, moulded out of the member counties' will, and based on frequently mentioned principles, has a key role to play in this battle, in collaboration with other organisations such as OECD (the Organization for Economic Cooperation and Development), World Bank, EUROPOL, etc.

The Assembly welcomed the signing of the Convention against Trans-national Organized Crime and the additional protocols by 124 countries, 41 of which are members of the Council of Europe. It calls upon all the members of the CE to ratify these instruments as soon as possible. It also greeted the inclusion into these instruments of a clause prohibiting the reservations of the signing countries. This clause is based on recommendation 15, addressed to the Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF), in July 1999¹⁰.

Decisions of this kind, taken at such a level as the Council of Europe, are essential for an effective fight against all forms of crime, which are, in fact, countless and may include:

- The traffic of human beings for such purposes as illegal emigration, exploitation of their labour, begging, sexual exploitation, or to support criminal activity like illegal transportation of arms, drug, etc.;¹¹
- Corruption, bribery and commercial influence: in this context, the Council of Europe, namely the Assembly, has issued the Convention of the Penal Law on Corruption (ETS 173), signed by 39 countries and ratified by 9, as well as Convention of the Civil Law on Corruption (EST 174), signed by 27 countries and ratified by 3;
- Money laundry, a phenomenon that may undermine the integrity of national economy and democratic systems; illegal drug production and dealing, which are causing severe consequences on European youth and on the future of the continent simultaneously;
- Smuggling of goods, especially arms, works of art, alcoholic drinks and cigarettes;

¹⁰ As a requirement of EU membership, member states must implement the EU's entire body of laws and regulations, the *aquis-communitare*, and agree through treaty provisions that the requirements of the *aquis-communitare* supersede those of national law.

¹¹Michael D. Lyman. Gangland : drug trafficking by organized criminals. 1989

- Turning out fake and pirate products, helped by modern technology, which go to the detriment of the patent or copyright holder and also bring about great problems for the consumer;
- Environmental crime, causing irretrievable damage to ecosystems and public health, especially as environmental pollution takes no notice of such things as national borders;
- Cyber-crime, which, by accessing and manipulating nets or systems, can cause considerable damage to the respective right-holders, but also dramatically increase stealing and fraud. The European countries need to come to agreement and be based on common legal principles and sanction, and also take part in collaboration, sharing of information, and other forms of mutual support, with a prospect of reaching a special convention on this particular form of illegal activity.

- Tax evasion continues to assault the economic resources of different countries in Europe. A fiscal paradise is not only attractive to frauds for the fiscal system they prefer, but it is even more luring to them because international legal assistance has always been lacking in this field.

Combating organized crime and illegal trafficking is one of the priority areas for the Albanian Government as well as a very important element in the framework of Albania's integration into the European Union.

The EU required commitment to promote regional cooperation and good neighborly relations for the development of projects of common interest, on matters relating to the fight against organized crime, illegal migration and trafficking, including in particular that of human beings, smuggling, illegal trafficking of weapons and vehicles, etc/

It requires measures related to:

- Carrying out investigations in order to complete the destruction of criminal networks, criminal organizations or structured groups, for all forms of crime trends.
- Partnership as one of the main policies of these structures.
- Identify experiences of advanced countries in the fight against organized crime.
- Increased punishment to persons or groups involved in these activities.
- To reduce and destabilize the offer market of drugs by minimizing its use.
- Elimination of corruption cases in the field of economic and financial crimes.
- Increasing awareness of citizens about the effects of organized crime in society and the economy.¹²
- Minimizing the traffic of human beings and other trafficking.
- Realization of preventing money laundering in the country.

Each European country must take measures to show it's will to combat organized crime and fulfill these duties.¹³

The fight against organized crime at a international level

United Nations conferences bring together into a single forum a wide variety of participants such as state delegations, inter-governmental and non-governmental organizations representatives, UN specialized agencies and entities, as well as specialized experts in the field of penal justice.

From 1955 onward, its congresses have been in different countries of the world held every five years, tackling a wide range of issues. They have exerted a powerful influence on both national policies and the professional practice, all the time promoting the pooling and sharing of knowledge and experience in particular fields; formulating international strategic courses of action, facilitating collaboration between countries and the professionals in disciplines and sectors related to justice and criminality; they have encouraged new, efficient approaches that can update and improve the existing systems; they have the support of public opinion, finally finding the most efficient ways. The continuity and persistence of these guidelines is particularly important since

¹² Clelia Battista, "La consegna controllata di sostanze stupefacenti". Roma Italy. 2003.

¹³ "La Criminalita Economica", Quaderni dell'Ufficio Studi, Ricerche e Documentazioni page.43

they lay stress on public security and effective justice.¹⁴

The globalization of most of present-day problems, criminality included, has made international collaboration an indispensable instrument, particularly in the war against organized crime.

That is why these congresses serve as catalysers stimulating worldwide exchange of information and concrete proposals. The formal channels, as well as the informal networks, that such events put to action, lie at the foundation of strengthening international collaboration against the growth of criminality.¹⁵

The European Community has assisted bringing into force very important international instruments like the UN Convention against international organised crime, the Protocol for the prevention and punishment of human beings traffic, of women and children in particular, the Protocol against the exploitation of illegal emigration via land, sea or air, and has also made strenuous efforts to accomplish the framework of community European legislation.

The Convention against international organised crime has been compiled in accordance with Resolution A/RES/55/25, passed on 15 November 2000 during the 50th and 55th sessions of the UN General Assembly.

The UN Convention against international organised crime constitutes, at a world level, the fullest and most important reference in the war against trans-national organised crime and its forms of expression. Although efforts to clear a path towards a multi-lateral international collaboration in various areas of criminal activity had been made before (as the 1988 Convention of Vienna on the narcotic and psychotropic substances), there is no doubt that the Palermo Convention marks a real change in the history of world action against trans-national organised crime. The term very 'trans-national', used to signify criminal organisations activity which is carried out in more than one country, as different from the term 'international', originates from that convention.¹⁶

The goal of boosting cooperation in this area constitutes an essential value for the entire Convention. The materialization of such an aim is possible through planning steps to strengthen judicial and police collaboration, in order to improve their ability to prevent trans-national organised crime.

The Convention has a remarkable contribution in the efforts to put forward definitions for which the adhering countries have adopted common terms of reference, such as the definition of organised crime, or the specification of the trans-national character, which constitutes the goal of that international commitment. The Convention also previews a series of measures in the material and procedural aspects, like the obligation of the Convention member nations relating incrimination, criminal sanctions criteria, measures in witnesses defence and assistance to organised crime victims, collaboration with the police, modern investigation techniques as infiltrated agent, forms of electronic observation, and procedures of judicial assistance between member countries.

In the framework of the great efforts on the part of the adopting countries of this convention, in which the processing of various natures instruments is accompanied by the improvement of collaboration level, reaching common definitions on the term 'serious crime' assume special interest, with respect to the countries' obligation to establish a common standard against organised crime. The classical way of judicial assistance given by one country to another on request, used to be limited within the bi-literal relations between those two countries, and related to certain procedural issues. The insufficiency of a single approach, of that sort of traditional common

¹⁴ Jay S. Albanese. *Organizational offenders : understanding corporate crime*.1987

¹⁵ Begeja S. *The Mediterranean: the Sea of Organised Crime*.Tirana.2000

¹⁶ F.Miller, R.Dawson, G.Dix, R.Parnas,"Undercover investigations. Criminal Justice Administration, cases and materials" Third Editions, The foundation Press, Inc.1986.

action, in face of the sophistication and perfecting of modern crime, led to the achievement of a political consensus to adopt a convention, irrespective of the existing variance between the national judicial regulations on issues concerning organised crime. That was a consensus, which could not fail to recognize the concrete hardships in the judicial solutions implemented by each of the countries. The convention had to be close to the traditions and systems of the member countries, bringing them to a common denominator.

Among the normative standards previewed by the convention, the one connected with suing criminal organisations is of particular interest. This document provides a judicial basis which is in a position to overcome the theoretical difficulties met in tackling with the problem in question. The crowning of the efforts to define participation in a criminal organisation, for example, came as an intertwining of two bodies of thought. For one, it is important that the danger of the criminal organisation be evidenced; for the other, it is the criminal behaviour and acts that the member countries should punish.

The main aim of each criminal organisation remains making illegal material profit, a thing which remains of primary interest in the agreement made between the members of the organisation; it is precisely to achieve their aim in the most profitable way that they join their energies and strategies into a common criminal activity. Thus, this kind of pooling of illegal acts comes to produce such results that, considering the time in which they are produced and the amount in which they are produced, they could not be achieved by a single person, or, less likely, through legal activity.¹⁷

The connection between organised crime and illegal profit is so close that, for a very long time, it has conditioned the debate on the notion of organised crime and its frequent identification with economic crime.

It is important to avoid confusing phenomena that have points of contact but also key differences (the methods of organised crime are terror, systematically used violence, etc.). However, a strategy of fighting organised crime would be of no avail, if it failed to address the connections with the material gain arising from this sort of activity. Particular attention should be paid not only to the direct profits made through illegal activities, but, above all, to seemingly legal activities, which are, in fact, funded by organised crime activity.¹⁸

The Palermo Convention laid special emphasis on member countries straightforward combating illegal profits and the properties gained through them, by both sequestering or confiscating them and by punishing money laundry.

Conclusion

For a long time, Europe, and the Balkans in particular, have been regarded as bases of organised crime. The Balkans, with its known social, political and economic problems, has offered a favourable ground for the growth of criminality. European officials of the highest level for security issues have drawn attention that the Balkans has turned into 'one of the gates of crime to Europe'.¹⁹

The participants of a conference held by the British government, 60 delegations from EC and Southeast Europe, consisting of internal affairs ministers and other high officials for the security issues, observed that organised crime has turned into a very profitable activity for the smuggling of drugs, arms, cigarettes and the traffic of illegal emigrants, as well as for prostitution. Where there is penury, there prospers crime.

This is a fact that we are all witnessing. Unfortunately, Albania too has recently started to be mentioned ever more frequently for its criminal organisations, for the rising level of organised

¹⁷ www.fondacionefalcone.it

¹⁸ Paolo Poletti, "Attribuzione e organizzazione della Guardia di Finanza". Roma Italy 1994.

¹⁹ www.oservatorioballcani.it

crime and the sophistication of its means and ways of operating.

The existence of organised crime in Albania has been ignored for years, for all kinds of reasons that are not hard to divine. Maybe because of ignoring the phenomenon, or because of the belief that Albanians would be unable to get organised in such criminal formations, Albanian policy makers kept the existence of Albanian criminal groups in shadow for a long time.

The reality is different. According to the reports of Albanian Prosecution, not only does organised crime in Albania exist, but it has also come to have its own special characteristics.²⁰

Thus, the subjects of organised crime in Albania are, as a rule, of a relatively young age. We should also emphasise that organised crime in our country is distinguished by such features of its participants as violence, high mobility, pragmatism in their decision taking; they are also know how to make good use of the handicaps in our legislative and executive systems. Another of its features is that its inner organisation is often based on blood or clan relations, but without high hierarchical levels.

There are reasonable suspicions of close links between criminal organisations and politics, as is commonly the case in the world of organised crime. If this is true, the situation is virtually grave.

Various reports and articles hint that the influence of Albanian criminal organisations is quite important in other European countries too. For example, it appears that the Albanian mafia in Slovenia has faced the Russian criminal groups' rivalry and has established its own hegemony. It remains to be seen.²¹

However exaggerated this phenomenon might be, it remains the Achilles' heel concerning the process of Albania's integration into the EC. As long as Albania remains under the influence of criminal activity, as long as the state machine risks being influenced by the criminals' interests and shows to be weak in face of their pressure, our way towards that aim will be long and painful.

The only way to successfully and effectively combat this extremely sophisticated and dangerous criminal illegal activity is through regional and international collaboration.

The implementation of the international and European right in the penal field is the most appropriate and fruitful way to achieve the objectives in this hard fight, especially for country as Albania, whose experience in making anti-criminal policies is lacking and problematic.

References

1. DrW.Gropp, Investigating Organized Crime (Max Planck Institut fur Auslandsches und Internationals Strafrecht 1993)
2. Zaharia P., The Status of the European Charter (Albanian High Court) 2002
3. Sam Giancana, Mafia : the government's secret file on organized crime / United States Treasury Department, Bureau of Narcotics ; foreword.2007
4. Shishani L., Competence and Organizational Structure of INTERPOL. World Conference on International Organized Criminality.2005
5. Donald R., Liddick. Global underworld : transnational crime and the United States .2004
6. P.Corso, L.Stortoni“, I reati in materia fiscale”. Giurisprudenza sistematica, Torino, 1990
7. Frank Pearce and Michael Woodiwiss, Global crime connections : dynamics and control.1993
8. “La Criminalita Economica”, Quaderni dell’Ufficio Studi, Ricerche e Documentazioni, Roma, 1998
9. Robert Fitch. Solidarity for sale : how corruption destroyed the labor movement and

²⁰ Sollaku Th. Developments of Organised Crime in Albania. Forms and Tendencies. The State of Organised Crime in Kosovo, Monte Negro, Macedonia, and the Problems Associated with it. Tirana. March 2003.

²¹ G.Mellilo.: “La nozione di agente provocatore nell’evoluzione normative”, Frascati 1998.

undermined America's promise. 2006

10. Michael D. Lyman. *Gangland : drug trafficking by organized criminals*. 1989
11. Clelia Battista, "La consegna controllata di sostanze stupefacenti". Roma Italy. 2003.
12. "La Criminalita Economica", Quaderni dell'Ufficio Studi, Ricerche e Documentazioni page.43
13. Jay S. Albanese. *Organizational offenders : understanding corporate crime*.1987
14. Begeja S. *The Mediterranean: the Sea of Organised Crime*.Tirana.2000
15. F.Miller, R.Dawson, G.Dix, R.Parnas,"Undercover investigations. Criminal Justice Administration, cases and materials" Third Editions, The foundation Press, Inc.1986.
16. Sollaku Th.*Developments of Organised Crime in Albania. Forms and Tendencies. The State of Organised Crime in Kosovo, Monte Negro, Macedonia, and the Problems Associated with it*.Tirana.March 2003.
17. G.Mellilo.:"La nozione di agente provocatore nell 'evoluzione normative", Frascati 1998.

SOME PRACTICAL ASPECTS REGARDING INDIVIDUALIZATION OF PUNISHMENTS

ALEXANDRA CRISTINA JIPA *

Abstract

In the content of this article we have tried to analyze the relationship between the general criteria of individualization of punishments and the methodology of their enforcement to a concrete case. The main problem that we have approached is if any of these criteria may have a disproportioned weight in report to the others and what exactly could justify this thing. If there exists any obligativity of any kind in applying equivalently these criteria, the question is what exactly generates it and, subsequently, what happens when one of them is missing, how is this aspect reflected in the individualization process?

Keywords: *general criteria, individualization, punishments, circumstances, practice.*

Introduction

It is known that the term circumstance is used to denominate different developments, that is conditions, situations, qualities, happenings or other data of reality, that stay outside the essential content of infraction, but which, being related either to the committed deed, or to the person of the law breaker, increase or decrease the degree of social danger of the deed or the dangerousness of the law breaker, being able to determine, due to this influence, either an aggravation, or an attenuation of the concrete punishment¹.

What we considered to deserve to be studied thoroughly by the present article is exactly the report between these circumstances and other elements with impact in practice, and the extent to which these are held by the court and their intrinsic value in the individualization process. To an equal extent there present importance the report between the general circumstances and the special ones, but also the common errors that are produced in practice on the occasion of their enforcement.

Paper content

The notion of circumstances is differentiated by the constitutive elements of the infraction, that is by those elements by which the lawmaker describes in the incrimination norm the content of the infraction. The lack of one of these features removes the existence of the respective infraction either in the sense that the deed could constitute another infraction, or in the sense that the deed would be situated outside the penal illegality being able to constitute eventually another form of illegality (extrapenal illegality), or to become a legal deed. Unlike the constitutive elements of the infraction, the circumstances do not influence the existence of the infraction (in the basic variant), their lack does not draw the non-existence of the infraction under the typical form, but removes the aggravating or attenuating character of the infraction. In other words, the circumstances influence only the quality and quantity of the punishment that could be enforced in a determined case, not the existence of the typical form of the infraction as well.

Circumstances are also not mistaken with the punishment modifying causes, such as the punishment aggravating conditions or attenuating or differentiating conditions. It is true that these

* Assistant, Ph.D., Faculty of Law, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: alexandrajipa@gmail.com).

¹ V. Dongoroz, „Drept penal. Tratat”, p. 683; V. Dongoroz *et alii*, „Explicații teoretice...” vol. II, p. 138; G. Antoniu, C. Bulai, Gh. Chivulescu, „Dicționar juridic penal”, Scientific and Encyclopedic Publishing House, Bucharest, 1976, pages 58-59; C. Bulai, „Manual de drept penal. Partea generală”, p. 364.

conditions, situations, exactly as the circumstances, do not contribute to the characterization as an infraction of the deed and as a law breaker of the person who committed the deed, although they reflect upon the person of the law breaker; they are relevant for his social dangerousness and implicitly are probating with regard to the degree of social danger of the committed deed but, unlike the circumstances, the aggravating or attenuating conditions exercise these influences in an autonomous independent mode, as independent institutions created by the lawmaker in report to its objectives of penal policy. These influence the deed gravity and the person of the performer without a direct link to the concrete deed and to the person of the performer.

Unlike the aggravating or attenuating conditions, circumstances are related to the committed deed, influence the punishment following some conditions, situations, developments that accompany the deed accomplished and that contribute to the determination of its seriousness, and of the law breaker situation. In this understanding, the influence of circumstances upon the punishments may be added to the influence that is exercised upon the punishment the aggravating conditions, the attenuating conditions or the differentiation ones that we mentioned above².

If, in technical sense, by circumstances we understand only those developments of fact that modify the special limits of punishment of a determined infraction, we must admit that in this area there cannot enter the causes that remove the penal character of the deed, first because these do not act but indirectly upon the punishment; directly, these causes remove the existence of the infraction and following this influence, remove the penal liability and consequently remove the punishment. Second, these causes, even when, indirectly, act upon the punishment, do not modify its limits, but remove the punishment integrally. For the same reasons, neither the causes that remove penal liability, nor those that remove the punishment (unpunishment causes), have a character of circumstance, in the technical sense, even if they influence the punishment³.

The concept of circumstances must also be distinguished, under certain aspects, by that of circumstantial element, although there is a close connection between the two concepts.

The circumstantial element is also a circumstance, but it is singularized by this by two qualities that differentiate them. First, there are univocal circumstances, that means that only those circumstances that proved to be susceptible of a single significance (either in attenuating sense, or in aggravating sense), could become circumstantial elements.

Second, these univocal circumstances must appear as a constitutive element of the aggravated or attenuated content of a determined infraction. Sometimes this content (more frequently aggravated) acquires an own denomination as it is in case of qualified murder or extremely serious murder or of qualified destroy etc. Other times it does not appear with such a denomination, but from the content of incrimination there results that the deed appears as incriminated not only in a standard variant, but also in an aggravated or attenuated normative variant; in this case aggravation or attenuation is determined by a certain circumstantial element.

Although the analyzed concepts differ in the mode shown by the notion of circumstances in the proper sense, in the area of concern of our paper also come the circumstantial elements because, as shown, these are, too, in essence circumstances even if they also present some particulars that differ them from the proper circumstances.

The notion of circumstance must be also differed from the general or special criteria for punishment individualization. As it is known, the general criteria for punishment individualization constitute some mandatory orientations for the judicial courts upon the mode they have to proceed or the directions they must draw in order to identify individualization elements⁴. On the observance of these orientations depends the righteous enforcement of punishment. These criteria provided by art. 72 Penal Code have a general character, being mandatory to take them into

² V. Dongoroz *et alii*, „Explicații teoretice...”, vol. II, p. 139.

³ F. Mantovani, „Diritto penale, Parte generale”, Padova, 1992, p. 398.

⁴ V. Dongoroz *et alii*, „Explicații teoretice...”, vol. II, p. 128;

account in relation to any punishment, unlike the special criteria for punishment individualization, that operate only in relation to certain punishments.

Among the general criteria of individualization, the lawmaker also registered the developments that attenuate and aggravate penal liability.

The term „developments” used in art. 72 Penal Code presents both the situations, conditions, qualities that accompany the performance of the deed or concern the person of the law breaker in relation to the infractional manifestation known in penal law as circumstances, and the conditions, situations that, without being directly linked to the performance of the deed are of nature to characterize its degree of social danger or the social dangerousness of the law breaker (the aggravation conditions or attenuating conditions and differentiation causes)⁵. This way, the circumstances appear only as a part of the general criteria of individualization and at the same time as a part of the developments that attenuate or aggravate penal liability, developments that form the substance of the last general individualization criterion.

Circumstances are classified, according to certain elements that differentiate them, under the following categories⁶:

1. In relation to the object it refers to (deed or person committing the deed), circumstances are classified as real circumstances and personal circumstances.

Real circumstances are the developments (conditions, situations, qualities etc.) that stand around the deed involving a relation from the deed to its environment, by this putting into evidence the concrete conditions in which the penal deed is performed, conditions that influence the way the deed is perceived, and also its seriousness.

Circumstances regarding the deed, also denominated as real or objective, are exterior to the person of the participants and have in view the object and the objective side of the deed provided by the penal law. There constitute real circumstances, for example, those regarding the means to perform the infraction, at the place and time of its performance, for the situation or condition of the person against which the deed is committed, etc.

According to art. 28 para. 2 Penal Code, the circumstances regarding the deed are neglected upon the participants only to the extent in which these knew them or foresaw them. If the participant did not know a real circumstance, this is not applicable to him (for example, the performance of the theft by several doers, among which one, without having a prior understanding with the others, acts with violence to the person that tries to hold him, while the other participants were were drawing far from the place of deed; in this case the deed constitutes the infraction of robbery only for the one that used violence for ensuring his escape, not for the others as well, if these did not know and did not foresee the mode of behaviour of one of them. These participants will be liable only for the infraction of qualified theft)⁷.

Knowledge or provision will be deducted from the complex of the factual data that put into light the material and moral content of the contribution of each participant; some of this data will be able to lead to the finding that the participant surely knew the existence of real circumstances; others will be able to show that the participant did not effectively have the possibility to know and to foresee the existence or the occurrence of the respective circumstance.

In case of error in personam, if the author hit or killed another person than that being under his representation, or in case of aberratio ictus, when the author hit or killed another person by action deviation, the instigator and the accomplice will be liable in relation with the deed committed by the author, as the error or the mistake of the author in these cases not having an

⁵ V. Dongoroz *et alii*, „Explicații teoretice...”, vol. II, p. 137;

⁶ V. Dongoroz *et alii*, „Explicații teoretice...”, p. 140; C. Bulai, „Manual de drept penal”, p. 365; C. Mitrache, „Drept penal român. Partea generală”, 2nd edition, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2003, p. 362; V. Dobrinou *et alii*, op. cit., p. 430; M. Basarab, „Drept penal. Partea generală”, vol. II, p. 177-178; M. Zolyneac, M. I. Michinici, „Drept penal, Partea generală”, Chemarea Foundation Publishing House, Iași, 1999, p. 388.

⁷ C.S.J., pen. s., dec. no. 2062/2003, unpublished;

essential character, does not influence the juridical regime applicable to it, being also valid for the participants⁸.

According to art. 28 para. 1 Penal Code, the circumstances regarding the person of a participant do not reflect upon the others, in the sense that they do not either attenuate, or aggravate their situation. Therefore, when the punishment for each participant is established, there are taken into account the personal circumstances of each of them, abstraction being made of the personal circumstances of the other participants. In relation to the nature of the incident (aggravating or attenuating) personal circumstances there will be established the punishment of the participant; aggravation or attenuation of the punishment for a participant will not influence the punishments of the other participants.

Personal circumstances are conditions, situations, qualities, features etc. that refer to the doer, to his person, characterizing him under the report of his dangerousness.

Personal circumstances are therefore developments that regard the person of the participant and comprise both the subjective personal circumstances, and the individualization personal circumstances.

Subjective personal circumstances concern the relationship between the participant and his psychic attitude in the performance of the contributive acts to the doing of the deed provisioned by penal law. Among these circumstances we mention: form of guilt that the participant acted under (intention, culp, praeterintention), the followed purpose, the mobile that determined it, manifestation of desire to desistation, active penitence and other such attitudes and behaviours relevant for the social dangerousness of the doer.

Individualization personal concern the particulars of the person participating in the commission of an infraction, and refer to: qualities of participant (employer, military, Romanian citizen, educator etc), his marital status (married, widower, divorced etc), criminal history (condemned, subsequent offender, amnistiated, assoiled etc), his relationships with the victim (spouse, close relative, friend, enemy etc.) and any other data susceptible to contribute to the individualization of the person (example: way of life, reputation, social merits, decorations etc).

In judicial practice there was decided that the state of turmoil of the mother caused on birth constitutes a personal circumstance for her and thus it is not transmitted to the participants. Instigators and accomplices to baby killing will be liable for instigation or complicity in the infraction of qualified murder⁹.

Also, there constitutes a personal circumstance the withdrawal of the lying testimony by the author¹⁰ or reconciliation of the parties¹¹.

Sometimes, a personal circumstance may be common only to some of the participants, such as, for example, in case of several co-authors, among which only some commit the deed together with a minor. In this case, the aggravating circumstance provided by art. 75 let. c Penal Code will be incident only for those who acted together with the minor and knew the fact that this is minor, and not for all of the participants.

In case of the deeds provided by the penal law to which the author is qualified (employee, manager, doctor, military), the quality required for the author is not relevant anymore as a personal circumstance, but as a constitutive element of the infraction, representing a condition required by the law for its accomplishment; the fulfillment of this condition to the author produces effects to all the other participants (for example, the deed of a manager to appropriate goods from its management constitutes the infraction of embezzlement; this juridical framework will be reflected upon all the participants that acted in the quality of accomplices to the embezzlement).

⁸ I. Ionescu, în G. Antoniu *et alii*, „Noul Cod penal”, vol. I, Ed. C.H. Beck, Bucharest, 2006, p. 448-449.

⁹ Supreme Court, guiding dec. no. 2/1976, in C.D. 1976, p. 44;

¹⁰ Supreme Court, pen. s., dec. no. 1877/1976, in C.D. 1976, p. 362;

¹¹ Supreme Court, pen. s., dec. no. 248/1978, in C.D. 1978, p. 191;

There are situations when a circumstance, by its personal nature, may acquire an objective aspect and may be converted into a real circumstance, being reflected upon all the participants to the extent these knew about it or foresaw it. Thus, premeditation, being a psychic manifestation, represents a personal circumstance; but it is transformed into a real circumstance and will be reflected upon the participants, if they contributed to the preparatory deeds for the performance of the infraction with other persons that knew the purpose of the preparation¹².

Such a conversion takes also place in case of the infraction provided by art. 270 Penal Code (ease of prison breaking); from personal circumstance, the quality of the person that had the obligation to ensure guard, becomes real circumstance and is reflected upon those who determined or helped the respective person to perform the ease of prison breaking.

Also, preordained drunkenness (when the person caused himself on purpose the state of drunkenness in order to have the courage to commit an infraction) is an aggravating circumstance with personal character (art. 75 let. e Penal Code); but it may be converted into a real circumstance when it is known by the participants that appropriate the followed purpose by causing the drunkenness condition¹³.

Personal circumstances are not mistaken for incrimination conditions regarding personal qualities or conditions; the latter concern the internal structure of the infraction, while personal circumstances are situated, as we have shown, outside the basic content of the infraction, being extrinsic to this. Incrimination conditions determine the existence itself of infraction, while the presence of circumstances does not determine but the concrete degree of social danger of the deed, having consequences with regard to punishment individualization¹⁴.

In the doctrine there was admitted that there are considered too as subjective circumstances the causes that remove the penal character of the deed (physical constraint, moral constraint, fortuite case, minority of the doer, irresponsibility and error), due to the influence they produce upon the psychic of a person; the latter is constrained to act under their urge and to do unjustifyingly or without guilt deeds provided by the penal law. On the contrary, justifying causes (legal defense, state of necessity, order of law and command of legal authority, consent of the victim) are real circumstances and as such they are transmitted among the participants¹⁵.

In relation to the effects they produce upon the person, circumstances are classified in attenuating or aggravating circumstances, as they draw an ease or a hardening of the punishing treatment. This characterization of circumstances comes either from the nature itself of the circumstances, or from the significance it has in relation to the complex of developments in which the deed was performed¹⁶. When the attenuating or aggravating character of a circumstance results from the nature itself of the circumstance, this has an absolute character and is univocal; on the contrary, the circumstance has a relative character and is equivocal when it results from the development in which the deed was committed.

There have absolute and univocal character such attenuating circumstances such as performance of deed by a person with diminished psychic and physical responsibility or they have an absolute character, for example, the performance of deed during night, or by two or more persons together. On the contrary, there have relative and equivocal character such attenuating circumstances as occasional drunkenness, or there have aggravating relative and equivocal character chronic drunkenness that became a habit or preordained drunkenness.

The relative and equivocal character of the circumstance may also result from the content of the deed; for example, theft of medicines to help a seriously ill relative will constitute an

¹² V. Dongoroz *and collab.*, „Explicații teoretice...”, vol. I, p. 222;

¹³ C. Bulai, „Manual de drept penal”, p. 381-382;

¹⁴ V. Dongoroz *et alii*, „Explicații teoretice...”, vol. II, p. 140;

¹⁵ A. Boroș, „Circumstanțele atenuante și agravante legale și judiciare”, în G. Antoniu *et alii*, „Noul Cod penal”, p. 205.

¹⁶ Ibidem.

attenuating circumstance, while in relation to other infractions (for example, in relation to an infraction against the state security), the development may not have an attenuating character, but be indifferent.

The Romanian Penal Code in force adopted the system of listing into the law the circumstances that constitute attenuating circumstances and aggravating circumstances.

Thus, in art. 73 Penal Code are listed the attenuating circumstances, and in art. 75 Penal Code are listed the aggravating circumstances.

Both the attenuating circumstances, and the aggravating ones may be divided in legal (aggravating or attenuating) circumstances and judicial (attenuating or aggravating) circumstances. In the first category are those circumstances whose attenuating or aggravating character is determined by the law, the court not having any possibility to modify this character. On the contrary, in case of judicial circumstances, the attenuating or aggravating character is assessed by the judicial body.

In art. 73 Penal Code are listed the legal attenuating circumstances, and in art. 74 are shown the judicial attenuating circumstances; in art. 75 para. 1 are listed the legal aggravating circumstances, and in art. 75 para. 2 referral is made to aggravating judicial circumstances.

According to art. 73 Penal Code, there constitute legal attenuating circumstances the following developments: overrunning of the legal defense limits or of necessity conditions (lit. a); performance of the infraction under the state of a strong turmoil or emotion, determined by an instigation from the part of the injured person (lit. b).

According to art. 75 Penal Code, there constitute legal aggravating circumstances the following developments: performance of the deed by three or more persons together (lit. a); performance of the infraction by acts of cruelty, by violences upon the family members or by methods or means that present public danger (lit. b); performance of the infraction by a mature law breaker, if it was committed together with a minor (lit. c); performance of the infraction on the grounds of race, nationality, ethnicity, language, religion, gender, sexual orientation, opinion, political belonging, beliefs, wealth, social origin, age, disability, non-contagious chronic disease of HIV/AIDS infection (lit. c1); performance of the infraction for ignoble reasons (lit. d); performance of the infraction under a drunkenness state caused on purpose for the performance of the deed (lit. e); performance of the infraction by a person that took advantage of the situation caused by a calamity (lit. f).

According to art. 74 Penal Code the following developments may be considered judicial attenuating circumstances: good conduct of law breaker before the performance of the infraction (lit. a); insistence submitted by the law breaker to remove the result of the infraction or to repair the damage caused (lit. b); attitude of law breaker after the performance of the infraction resulting from his presentation in front of the authority, sincere behaviour during the trial, help to discover or arrest the participants (lit. c).

Related to the judicial aggravating circumstances, art. 75 final para. does not even exemplify them, providing that the court may hold as aggravating circumstances other developments as well that give the deed a serious character.

Another classification of the circumstances is that in relation to the moment or time interval when the infraction was committed; circumstances may be classified in previous, concomitant or subsequent.

Any of the circumstances, be they real, personal, attenuating or aggravating, may come into one of the above categories (previous, concomitant or subsequent) as each of them may have a certain position in relation to the moment or interval when the deed was committed.

There are previous circumstances premeditation, prior understanding, organization, instigation, law breaker history etc; there are concomitant the circumstances related to the place, time, mode of performing the infraction (public place, night time, war time, by getting over, house breaking, with the help of weapons etc.); among the subsequent circumstances we mention:

presentation of good will to the penal investigation bodies and admittance of guilt, circumvention of penal investigation, attitude of law breaker to the victim, repair of good will of the prejudice etc.¹⁷

In relation to the possibility of the subject to know the circumstances he acts under, these are divided in known and unknown circumstances.

There are considered as being known to the law breaker the circumstances whose existence he was aware of or whose occurrence must have been foreseen by him at the moment of the deed performance. Also, there are considered as being known to the law breaker those circumstances he did not foresee, but he unreasonably considered they would not occur and that is why he did not take the necessary measures for their avoidance.

The difference between the known and unknown circumstances to the law breaker presents interest with regard to the effects of the aggravating circumstances in case of factual error. According to art. 51 para. 2 Penal Code, error upon a circumstance removes the aggravating character of the respective development. Therefore there is not put in the charge of the defendant an aggravating circumstance he did not know (for example, the defendant did not know that the victim is his father).

Also, the above classification presents interest in relation to the content of art. 28 para. 2 Penal Code, that provides that real circumstances are reflected upon the participants only to the extent they knew or foresaw them or could have foreseen them.

Finally, in case of third degree infractions, the unknown aggravating circumstances do not produce effects but in case the ignorance is the result of the guilt.

In case of attenuating circumstances, these always produce attenuating effect, irrespective if they were or not known by the law breaker (for example, the law breaker may take benefit of the judicial attenuating circumstance regarding the minimal value of the stolen good).

In relation to their area of coverage, circumstances are classified in general circumstances and special circumstances.

There are considered as general the circumstances provided by the general part of the Penal Code, respectively by Title III, Chapter V, Section II, with reference to attenuating and aggravating circumstances.

Thus, the developments mentioned in art. 73 and art. 74 Penal Code are considered as general attenuating circumstances, and the developments mentioned in art. 75 Penal Code are considered as general aggravating circumstances.

Special circumstances are found in the special part of the Penal Code and are provided for certain infractions determining either their aggravating forms (for example, condition and number of victims in case of the infraction provided by art. 176 Penal Code, the extremely serious consequences of the deed in case of the infraction provided by art. 2481 Penal Code or art. 215 Penal Code), or attenuating forms (for example, withdraw of lying testimony under certain conditions - art. 260 para. 3 Penal Code).

It is possible that the same development would appear both as an aggravating or attenuating general circumstance, and as a special circumstance. For example, committing an infraction of murder under the conditions of the special aggravating „for material interest” provided by art. 175 let. b Penal Code also falls under the incidence of the general aggravating provided by art. 75 let. d Penal Code (committing an infraction for ignoble reasons). In case of concomitance between a general aggravating and a special aggravating circumstance with the same significance, these will not be applied concomitantly, not being possible to value two times the same development in the charge of the law breaker; therefore, the special aggravating circumstance will have priority¹⁸.

¹⁷ V. Dongoroz, „Drept penal. Tratat”, p. 537; I. Tanoviceanu, „Tratat de drept și procedură penală”; Curierul judiciar, 1925, vol. II, p. 163-219; V. Dongoroz *et alii*, „Explicații teoretice...”, vol. II, p. 141.

¹⁸ T. Vasiliu *et alii*, op. cit., p. 427.

In case a deed is performed both under the conditions of a special aggravating, and under the conditions of a general aggravating (each having yet another significance), the latter influences the legal limits of punishment which are reached, taking into account first the held special circumstance.

For example, theft during night (special aggravating) performed under a state of preordinary drunkenness (general aggravating) will impose the enforcement of the special aggravating (art. 209 let. g), but also of the general aggravating (art. 75 let. e). This latter aggravating will be enforced in relation to the punishment limits provided by the law for the qualified theft infraction (theft committed under the conditions of a special aggravating), under the conditions of art. 78 Penal Code.

In the example we intend to present further, by the indictment of the Prosecution Office from the T.B. no. 455/P/D/2006 as of 23.09.2008 there were sent to trial under state of preventive arrest the defendant G.P. for the performance of the infraction of attempt of qualified murder, in the modality prov. by art. 20 rep. to art. 174-175 let. i Penal Code, with enforc. of art. 75 para. 1 let. a Penal Code, art. 74 para. 1 let. c and art. 37 para. 1 let. b Penal Code, M.S. for the performance of the infraction of attempt of qualified murder, in the modality prov. by art. 20 rep. to art. 174-175 let. i Penal Code, with enforc. of disp. of art. 75 para. 1 let. a Penal Code, art. 74 para. 1 let. c and art. 37 para. 1 let. a Penal Code, S.C. for the performance of the infraction of attempt of qualified murder, in the modality prov. by art. 20 Penal Code rep. to art. 174-175 let. i Penal Code, with enforc. of disp. of art. 75 para. 1 let. a Penal Code, art. 74 para. 1 let. c, and art. 37 para. 1 let. b Penal Code.

The court held the following factual situation:

Heard by the court at the term of 24.10.2008, the defendant G.P. admitted in part the infraction on his charge showing that during the month of September 2005, the said B.V. that is also his cousin, requested him to go and beat P.V. as a revenge, as previously the latter together with other 3 persons, had beaten B.V., the defendant declaring that the latter would have told him in case he did not agree to his proposal, he would take his girl and would pour gasoline over her, initially the defendant G.P. refusing the offer, but subsequently he accepted it. The defendant also showed that the same approaches were also made to the defendant C.C. (for which there was disposed the disjunction of the case, the latter being arrested lacking and circumventing from the penal investigation) and this finally conceding to the approaches of B.V.

On the date of 21.06.2008, the defendant C.C. came to the defendant G.P., next, the two of them met the defendants S.C. and M.S., consuming together with the brother of the defendant G.P. three bottles of wine, so that around 16.00 o'clock, the five of them decided to go to the house of C.C. in the Pantelimon com. in order to go on there with the fun. As none of them had a driving licence, they called for the services of the said S.I. that, driving a motor car Dacia 1310, all the 6 men going to the Pantelimon com. The defendant G.P. also showed that during the trip, the defendant C.C. was called by phone by the defendant B.V. that threatened him that if he does not go with the others to beat the injured party, that was on their way to the Pantelimon com., he would have to suffer. Confronted with this „new threat”, the four decided to go and beat P.V., requested to the driver to park the car on a side street, the four defendants took off the car, took from the trunk a bat each and went to the shop property of P.V. When the latter came on the sidewalk, the defendant C.C. hit him with the bat in the head, the injured party being then hit by the other three defendants, too, a fact that determined his falling, all the defendants continuing to hit him on the body for another 2 minutes, until the defendant G.P. requested the others to stop, considering that the applied hits were sufficient and that B.V. would hear about the correction applied to the injured party and would stop to threaten him.

The defendant also declared that only the defendant C.C. hit the injured party in the head area, once, (and he quarrelled C.C. for the hit area) showing that they had in no moment the intention to kill the injured party, the hits being applied only on the rest of the body, hands, legs,

back (without aiming at the head area) and, therefore, there cannot be the talk about the performance of the infraction of attempted murder.

Defendant M.S. and defendant S.C. maintained their statements given during the penal investigation, that are in the same sense with those declared by defendant G.P. They also showed that when they left the incident place, the injured party was conscious and the bats were in the car that was borrowed from the sister of Broască, so they must have been put there, probably, by B.V.

Related to the judicial framework of the facts, the representative of the Public Ministry requested the change of the judicial framework, in the sense of removing the attenuating circumstance prov. by art. 74 para. 1, let. c Penal Code that was held in the benefit of the three defendants, showing that the attenuating circumstances prov. by art. 74 Penal Code are judicial circumstances that may be held only by the judge, not by the prosecutor, to hold judicial attenuating circumstances being exclusively for the judge to decide, as he/she has a more wide, complete vision, both on the penal investigation phase, and on the judgment phase, the prosecutor from penal investigation being able at most to recommend to hold attenuating circumstances in the benefit of a defendant.

The lawyers of the defendants requested on the grounds of art. 334 Code of Penal Procedure, the change of the judicial framework of the penal deeds held in the charge of the three defendants, from the infraction of attempt of qualified murder, in the infraction of serious body injury prov. by art. 182 para. 2 Penal Code, showing, in essence, that the intention of the three defendants was to apply „a correction” to the injured party, not to kill him.

The court rejected the request for the change of judicial framework formulated by the lawyers of the three defendants, admitting the request for the change of judicial framework of the Prosecution’s representative.

The court condemned the defendant G.P. to a punishment of 9 years in prison, and on the basis of art. 65 Penal Code interdicted him to exercise the rights prov. by art. 64 let. a thesis II a and let. b Penal Code, on a duration of 5 years after the execution of punishment, enforced art. 71, 64 let. a thesis II a and let. b Penal Code.

The court also applied a punishment of 9 years in prison to the defendant S.C. and a similar punishment was also applied to defendant M.S. who, though, on the basis of art. 83 Penal Code and art. 7 of Law no. 543/2002, was also revoked the conditioned suspension, respectively the conditioned assilment of the execution of 10 months in prison punishment applied to him by the pen. sen. no. 85/19.03.2003 of the Lehtiu Gară Court of Law, the resulting punishment being of 9 years and 10 months in prison.

(pen. sen. no. 1524/19.02.2008 of T.B. 2nd Penal Section, remained final by pen. dec. no. 1367/13.04.2009 of H.C.C.J by which there were rejected the appeals of the defendants, after, previously C.A.B. too had rejected their appeals by pen. dec. no. 47/A/27.02.2009 – unpublished)

We consider that the solution of the court was an illegal one, and this assertion is based on the following circumstances: there is no text of law that would institute an interdiction for the penal investigation body with regard to the holding of judicial attenuating circumstances; the denomination of these circumstances (respectively that of „judicial”) does not come from practice, nor from the denomination of the article in Penal Code that talks about them, but from the doctrine. This thing does not entitle the court to eliminate them only because apparently the prosecutor would not have been entitled to hold them. The court has, of course, the freedom to change the judicial framework and to hold those circumstances it considers incidental in the case, but this thing must be motivated (in our example, the court should have offered an explanation with regard to the elimination of the circumstance prov. by art. 74 let. c Penal Code that had been held by the deed of accusation). In the present situation, we think there would have imposed the holding of attenuating and aggravating concomitant circumstances, being enforced art. 80 Penal Code.

In order to be able to hold this circumstance there must be met certain special time and place conditions for the participants in the law breaking activity. A clarifying example is constituted by the following case.

There was established that on 25th May 2007, the defendant M.F. was contacted by phone by H.S., that told him that, during the same day, he would send a foreign citizen by train from Bucharest to Timișoara, following that the defendant, according to the established plan, help him to illegally cross the border. The defendant M.F. went by car to Timișoara where he had established to meet the defendant – foreign citizen – M.A., whom he followed to recognize by the features transmitted by phone by the said H.S.

The defendant M.F. transported the foreign citizen the defendant M.A., in exchange of the amount of 500 €, by his car, from Timișoara up in the neighbourhood of the locality Lovrin, where he was to be taken over by the defendant C.D.

On the basis of this understanding, in the evening of the day of 25th May 2007, the defendant M.F. arrived with the foreign citizen near the locality Lovrin, where he was waited for by the defendant C.D. that took over the defendant M.A. in his car, near the border checkpoint. The defendant C.D. introduced the latter in the trunk of his car, so as to help him in this manner to illegally cross the border.

At the moment the defendant C.D., being dressed in the outfit of border police agent, arrived at the border checkpoint, he was caught in the act while he was trying to illegally get out of the country the defendant M.A.

Also, the penal investigation bodies held the defendant M.F. as well to whom there was discovered a note of 500 €, the money he had received from the defendant M.A.

The court also held that on the date of 29th of March 2007, the same defendants, also through the said H.S., in the same manner, organized and succeeded in getting out of the country the foreign citizen J.A., that was found by the Hungarian authorities having on him false Romanian identification documents.

The aggravating circumstance provided by art. 75 para. 1, let. a Penal Code, related to the performance of the deed by three or more persons together, supposes that the doers would act together, under the same place and time conditions, as only in this case the deed presents an increased danger, because the doers help each other, and cooperation for the performance of the deed increases their action force and creates them conditions of nature to harden the finding of the deed and their identification. Consequently, this aggravating circumstance cannot be held in case the accused persons for the performance of the infraction of immigrant traffic did not act together, but separately, in different places and time periods.

The infraction provided by art. 7 para. 1 of Law no. 39/2003, related to the constitution of an organized criminal group, involves an action for the constitution of the group, the criminal activity being naturally extended until the moment when a contrary action that interrupts it occurs, without being necessary a decision for the extension of the criminal activity and, therefore, it takes the form of a continuous infraction.

(H.C.C.J., Penal Section, Dec. no. 1981 as of 3rd of June 2008¹⁹)

Conclusions

The facts typology which have a definitive effect regarding the affiliation of punishment represent a subject of great importance; if these classifications can be slightly understand, the mechanism that stands behind their function, the order in which they prove their efficiency and their effects on punishment are the main part which regards the translation into practice of a theoretical system. The way of extracting the legal and/or judicial circumstances, the priority of

¹⁹ High Court of Cassation and Justice, Bulletin of Jurisprudence. Corpus of decisions for the year 2008, C.H.Beck Publishing House, p. 717-720.

the legal ones above the judicial ones and the pattern of concurrence's treatment between mitigating and aggravating circumstances are just a few questions which make the core of this article. It's certain that the theme has a complex value; the judicial practice is in a perpetual change, new laws are enacted everyday or the old ones are due to modifications so, at least from the perspective of criminal responsibility, meaning that mitigation and aggravating special causes represent the main target in this framework. The subject is clearly one of great importance and remains open on the area of systems coexistence- meaning the special laws and the criminal code which are enacting similar items on different ways.

References

- 1.V. Dongoroz, „Drept penal. Tratat”, The House of Tempus Society and The Romanian Association Română of Criminal Sciences, Bucharest, 2000;
- 2.V. Dongoroz and collab., „Explicații teoretice ale Codului Penal Român”, Academia Română Publishing House, Bucharest, 2003;
- 3.G. Antoniu, C. Bulai, Gh. Chivulescu, „Dicționar juridic penal”, Științifică și Enciclopedică Publishing House, Bucharest, 1976;
- 4.C. Bulai, „Manual de drept penal. Partea generală”, ALL Educațional Publishing House, Bucharest, 1997;
- 5.F. Mantovani, „Diritto penale, Parte generale”, Padova, 1992, p. 398;
- 6.C. Mitrache, „Drept penal român. Partea generală”, Second Edition, Universul Juridic Publishing house, Bucharest, 2003;
- 7.V. Dobrinioiu și colab.”Drept Penal. Partea Generală”, Europa Nova Publishing House, Bucharest, 1997;
- 8.M. Basarab, „Drept penal. Partea generală”, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 1997;
- 9.M. Zolyneac, M. I. Michinici, „Drept penal, Partea generală”, Fundația Chemarea publishing House, Iași, 1999;
10. I. Ionescu, în G. Antoniu și colab., „Noul Cod penal”, vol. I, C.H. Beck Publishing House, Bucharest, 2006;
11. T. Vasiliu și colab.” Codul penal român comentat și adnotat”, Științifică Publishing House, București, 1977;
12. Înalta Curte de Casație și Justiție, Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2008, C.H.Beck Publishing House.

CÂTEVA ASPECTE PRACTICE PRIVIND INDIVIDUALIZAREA PEDEPSELOR

ALEXANDRA CRISTINA JIPA*

Abstract

În cuprinsul acestui articol am încercat să analizez relația dintre criteriile generale de individualizare a pedepselor și metodologia aplicării acestora la un caz concret. Principala problemă pe care am abordat-o este dacă vreunul din aceste criterii poate avea o pondere disproporționată în raport cu celelalte și ce anume ar putea justifica acest lucru. Dacă există o obligativitate de orice fel în a aplica echivalent aceste criterii, întrebarea este ce anume o generează și, subsecvent, ce se întâmplă când unul din ele lipsește, cum se reflectă acest aspect în procesul de individualizare?

Cuvinte-cheie: criterii generale, individualizare, pedepse, circumstanțe, practică.

Introducere

Se știe că termenul de circumstanță este folosit pentru a denumi diferite împrejurări adică stări, situații, calități, întâmplări sau alte date ale realității, care stau în afara conținutului esențial al infracțiunii, dar care, având legătură fie cu fapta săvârșită, fie cu persoana infractorului sporesc sau atenuază gradul de pericol social al faptei ori pericolozitatea infractorului, putând determina, datorită acestei influențe, fie o agravare, fie o atenuare a pedepsei concrete¹.

Ce am considerat că merită aprofundat prin articolul de față este exact raportul dintre aceste circumstanțe și alte elemente cu impact în practică, precum și măsura în care acestea se rețin de către instanță și valoarea lor intrinsecă în procesul de individualizare. În egală măsură prezintă importanță și raportul dintre circumstanțele generale și cele speciale dar și erorile comune care se produc în practică cu ocazia aplicării acestora.

Conținut

Noțiunea de circumstanțe se deosebește de elementele constitutive ale infracțiunii, adică de acele elemente prin care legiuitorul descrie în norma de incriminare conținutul infracțiunii. Lipsa uneia dintre aceste trăsături înlătură existența infracțiunii respective fie în sensul că fapta ar putea să constituie o altă infracțiune, fie în sensul că fapta s-ar situa în afara ilicitului penal putând constitui eventual o altă formă de ilicit (ilicit extrapenal), sau să devină o faptă licită. Spre deosebire de elementele constitutive ale infracțiunii, circumstanțele nu influențează existența infracțiunii (în varianta de bază), lipsa lor nu atrage inexistența infracțiunii în forma tipică, ci înlătură caracterul agravat sau atenuat al infracțiunii. Altfel spus, circumstanțele influențează numai calitatea și cantitatea pedepsei care ar putea fi aplicată într-o cauză determinată, nu și existența formei tipice a infracțiunii.

Circumstanțele nu se confundă nici cu cauzele modificatoare ale pedepsei, cum ar fi stările de agravare sau stările de atenuare ori de diferențiere a pedepsei. Este adevărat că aceste stări, situații, întocmai ca și circumstanțele, nu contribuie la caracterizarea ca infracțiune a faptei și ca infractor a persoanei făptuitorului, deși se răsfrâng asupra persoanei infractorului; ele sunt relevante pentru pericolozitatea socială a acestuia și implicit sunt edificatoare cu privire la gradul

* Asist.univ.dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București (e-mail: alexandrajipa@gmail.com).

¹ V. Dongoroz, „Drept penal. Tratat”, p. 683; V. Dongoroz *et alii*, „Explicații teoretice...” vol. II, p. 138; G. Antoniu, C. Bulai, Gh. Chivulescu, „Dicționar juridic penal”, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1976, pag. 58-59; C. Bulai, „Manual de drept penal. Partea generală”, p. 364.

de pericol social al faptei săvârșite dar, spre deosebire de circumstanțe, stările de agravare sau de atenuare își exercită aceste influențe în mod autonom de sine stătător, ca instituții independente create de legiuitor în raport cu obiectivele sale de politică penală. Acestea influențează gravitatea faptei și persoana făptuitorului fără o legătură nemijlocită cu fapta concretă și cu persoana făptuitorului.

Spre deosebire de stările de agravare sau de atenuare, circumstanțele sunt legate de fapta comisă, influențează pedeapsa ca urmare a unor stări, situații, împrejurări care însoțesc fapta săvârșită și care contribuie la determinarea gravității acesteia, precum și a situației infractorului. În acest înțeles, influența circumstanțelor asupra pedepselor se poate adăuga influenței pe care o exercită asupra pedepsei stările de agravare, stările de atenuare ori cele de diferențiere pe care le-am menționat².

Dacă, în sens tehnic, înțelegem prin circumstanțe numai acele împrejurări de fapt care modifică limitele speciale de pedeapsă ale unei infracțiuni determinate, trebuie să admitem că în această sferă nu pot intra cauzele care înlătură caracterul penal al faptei, în primul rând pentru că acestea nu acționează decât indirect asupra pedepsei; în mod direct, aceste cauze înlătură existența infracțiunii și ca urmare a acestei influențe, înlătură răspunderea penală și pe cale de consecință, înlătură pedeapsa. În al doilea rând, aceste cauze chiar și atunci când, indirect, acționează asupra pedepsei, nu modifică limitele acesteia, ci înlătură integral pedeapsa. Din aceleași motive, nici cauzele care înlătură răspunderea penală sau cele care înlătură pedeapsa (cauze de nepedepsire), nu au caracter de circumstanță, în sens tehnic, chiar dacă influențează pedeapsa³.

Conceptul de circumstanțe trebuie deosebit, sub anumite aspecte, și de acela de element circumstanțial, deși există o strânsă legătură între cele două concepte.

Elementul circumstanțial este tot o circumstanță, însă se particularizează de aceasta prin două calități care le deosebesc. Mai întâi, sunt circumstanțe univoce, ceea ce înseamnă că numai acele circumstanțe care s-au dovedit a fi susceptibile de o singură semnificație (fie în sens atenuant, fie în sens agravant), ar putea deveni elemente circumstanțiale.

În al doilea rând, trebuie ca aceste circumstanțe univoce să apară ca element constitutiv al conținutului agravat sau atenuat al unei infracțiuni determinate. Uneori acest conținut (mai frecvent agravat) capătă o denumire proprie cum este în cazul omorului calificat sau a omorului deosebit de grav ori a distrugerii calificate etc. Alteori nu apare cu o asemenea denumire, însă din conținutul incriminării rezultă că fapta apare ca incriminată nu numai într-o variantă tip, ci și într-o variantă normativă agravată sau atenuată; în acest caz agravarea sau atenuarea este determinată de un anumit element circumstanțial.

Deși conceptele analizate se deosebesc în modul arătat de noțiunea de circumstanțe în sens propriu, în sfera de preocupare a lucrării noastre intră și elementele circumstanțiale deoarece, așa după cum s-a arătat, și acestea sunt în esență circumstanțe chiar dacă prezintă și unele particularități care le deosebesc de circumstanțele propriu-zise.

Noțiunea de circumstanță trebuie deosebită și de criteriile generale sau speciale de individualizare a pedepsei. După cum se cunoaște, criteriile generale de individualizare a pedepsei constituie anumite orientări obligatorii pentru instanțele de judecată asupra modului în care trebuie să procedeze ori direcțiile în care trebuie să se îndrepte pentru a identifica elemente de individualizare⁴. De respectarea acestor orientări depinde justa aplicare a pedepsei. Aceste criterii prevăzute în art. 72 C. pen. au caracter general, fiind obligatoriu a fi ținute în seamă în raport cu orice pedeapsă, spre deosebire de criteriile speciale de individualizare a pedepsei, care operează numai în raport cu anumite pedepse.

² V. Dongoroz *et alii*, „Explicații teoretice...”, vol. II, p. 139.

³ F. Mantovani, „Diritto penale, Parte generale”, Padova, 1992, p. 398.

⁴ V. Dongoroz *et alii*, *op. cit.*, p. 128.

În rândul criteriilor generale de individualizare, legiuitorul a înscris și împrejurările care atenuază și agravează răspunderea penală.

Termenul de „împrejurări” folosit în art. 72 C. pen. înfățișează atât situațiile, stările, calitățile care însoțesc săvârșirea faptei sau privesc persoana infractorului în legătură cu manifestarea infracțională cunoscute în dreptul penal sub denumirea de circumstanțe, cât și stările, situațiile care fără a fi direct legate de săvârșirea faptei sunt de natură să caracterizeze gradul de pericol social al acesteia sau pericolozitatea socială a infractorului (stările de agravare sau stările de atenuare și cauzele de diferențiere)⁵. În felul acesta, circumstanțele apar numai ca o parte din criteriile generale de individualizare și totodată ca o parte a împrejurărilor care atenuază sau agravează răspunderea penală, împrejurări care formează substanța ultimului criteriu general de individualizare.

Circumstanțele se clasifică, în funcție de anumite elemente care le diferențiază, în următoarele categorii⁶:

1. În raport de obiectul la care se referă (faptă sau făptuitor), circumstanțele se împart în circumstanțe reale și circumstanțe personale.

Circumstanțele reale sunt împrejurările (stări, situații, calități etc.) care stau în jurul faptei implicând o relație de la faptă către ambianța acesteia, evidențiind prin aceasta condițiile concrete în care se săvârșește fapta penală, condiții care influențează modul în care se înfățișează fapta, ca și gravitatea acesteia.

Circumstanțele privitoare la faptă, denumite și reale sau obiective, sunt exterioare persoanei participanților și au în vedere obiectul și latura obiectivă a faptei prevăzute de legea penală. Constituie circumstanțe reale, de exemplu, cele privitoare la mijloacele de săvârșire a infracțiunii, la locul și timpul comiterii acesteia, la situația sau starea persoanei împotriva căreia se săvârșește fapta, etc.

Potrivit art. 28 alin. 2 C. pen., circumstanțele privitoare la faptă se răsfrâng asupra participanților numai în măsura în care aceștia le-au cunoscut sau le-au prevăzut. Dacă participantul nu a cunoscut o circumstanță reală, aceasta nu îi este aplicabilă (de exemplu, săvârșirea furtului de către mai mulți făptuitori, dintre care unul, fără a avea o înțelegere prealabilă cu ceilalți, acționează cu violență față de persoana care încercă să-l rețină, în timp ce ceilalți participanții se îndepărtau de la locul faptei; în acest caz fapta constituie infracțiunea de tâlhărie numai pentru cel care a întreprins violența spre a-și asigura scăparea, nu și pentru ceilalți, dacă aceștia n-au cunoscut și nici nu au prevăzut modul de comportare al unuia dintre ei. Acești participanți vor răspunde numai pentru infracțiunea de furt calificat)⁷.

Cunoașterea sau prevederea va fi dedusă din complexul datelor de fapt care pun în lumină conținutul material și moral al contribuției fiecărui participant; unele dintre aceste date vor putea conduce la constatarea că participantul a cunoscut în mod sigur existența circumstanțelor reale; altele vor putea releva că participantul nu a avut efectiv posibilitatea să cunoască și să prevadă existența sau ivirea circumstanței respective.

În caz de error in personam, dacă autorul a lovit sau a ucis o altă persoană decât cea aflată în reprezentarea sa, sau în caz de aberratio ictus, când autorul a lovit sau ucis o altă persoană prin devierea acțiunii, instigatorul și complicele vor răspunde în raport cu fapta comisă de autor, întrucât eroarea sau greșeala autorului în aceste cazuri neavând caracter esențial, nu influențează regimul juridic aplicabil acestuia, soluția fiind valabilă și pentru participanți⁸.

⁵ V. Dongoroz *et alii*, *op. cit.*, p. 137.

⁶ V. Dongoroz *et alii*, *op. cit.*, p. 140; C. Bulai, „Manual de drept penal”, p. 365; C. Mitrache, „Drept penal român. Partea generală”, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2003, p. 362; V. Dobrinou și colab., *op. cit.*, p. 430; M. Basarab, „Drept penal. Partea generală”, vol. II, p. 177-178; M. Zolyneac, M. I. Nichinivici, „Drept penal. Partea generală”, Ed. Fundației Chemarea, Iași, 1999, p. 388.

⁷ C.S.J., s. pen., dec. nr. 2062/2003, nepublicată;

⁸ I. Ionescu, în G. Antoniu și colab., „Noul Cod penal”, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 448-449;

Potrivit art. 28 alin. 1 C. pen., circumstanțele privitoare la persoana unui participant nu se răsfrâng asupra celorlalți, în sensul că nici nu le atenuează, nici nu le agravează situația. Așadar, când se stabilește pedeapsa pentru fiecare participant, se ține seama de circumstanțele personale ale fiecăruia, făcându-se abstracție de circumstanțele personale ale celorlalți participanți. În raport de natura circumstanțelor personale incidente (agravante sau atenuante) se va stabili pedeapsa participantului; agravarea sau atenuarea pedepsei pentru un participant nu va influența pedepsele celorlalți participanți.

Circumstanțele personale sunt stări, situații, calități, însușiri etc. care se referă la făptuitor, la persoana acestuia, caracterizându-l sub raportul pericolozității sale.

Circumstanțele personale sunt deci împrejurări care privesc persoana participantului și cuprind atât circumstanțele personale subiective, cât și circumstanțele personale de individualizare.

Circumstanțele personale subiective privesc legătura dintre participant și atitudinea sa psihică în efectuarea actelor contributive la săvârșirea faptei prevăzute de legea penală. Dintre aceste circumstanțe menționăm: forma de vinovăție cu care a acționat participantul (intenție, culpă, praeterintenție), scopul urmărit, mobilul care l-a determinat, manifestarea dorinței de a se desista, căința activă și alte asemenea atitudini și comportări relevante pentru pericolul social al făptuitorului.

Circumstanțele personale de individualizare privesc particularitățile persoanei participantului la săvârșirea unei infracțiuni, și se referă la: calitățile participantului (funcționar, militar, cetățean român, educator etc), starea civilă a acestuia (căsătorit, văduv, divorțat etc), antecedentele penale (condamnat, recidivist, amnistiat, grațiat etc), raporturile sale cu victima (soț, rudă apropiată, prieten, dușman etc.) și orice alte date susceptibile să contribuie la individualizarea persoanei (exemplu: felul de viață, reputația, merite sociale, decorații etc).

În practica judiciară s-a hotărât că starea de tulburare a mamei pricinuită de naștere constituie o circumstanță personală a acesteia și deci nu se transmite participanților. Instigatorii și complicii la pruncucidere vor răspunde pentru instigare sau complicitate la infracțiunea de omor calificat⁹.

De asemenea, constituie circumstanță personală retragerea mărturiei mincinoase de către autor¹⁰ sau împăcarea părinților¹¹.

Uneori, o circumstanță personală poate fi comună numai unora dintre participanți, ca de exemplu, în cazul mai multor coautori, dintre care numai unii săvârșesc fapta împreună cu un minor. În acest caz, agravanta prevăzută de art. 75 lit. c C. pen. va fi incidență numai pentru cei care au acționat împreună cu minorul și au cunoscut faptul că acesta este minor, iar nu pentru toți participanții.

În cazul faptelor prevăzute de legea penală la care autorul este calificat (funcționar, gestionar, medic, militar), calitatea cerută pentru autor nu mai este relevantă ca circumstanță personală, ci ca element constitutiv al infracțiunii, reprezentând o condiție cerută de lege pentru realizarea acesteia; îndeplinirea acestei condiții față de autor produce efecte față de toți ceilalți participanți (de exemplu, fapta unui gestionar de a însuși bunuri din gestiune constituie infracțiunea de delapidare; această încadrare juridică se va răsfrânge asupra tuturor participanților care au acționat în calitate de complici la delapidare).

Sunt situații în care o circumstanță, prin natura ei personală, poate căpăta un aspect obiectiv și se poate converti în circumstanță reală, răsfrângându-se asupra participanților în măsura în care aceștia au cunoscut-o ori au prevăzut-o. Astfel, premeditarea, fiind o manifestare psihică, reprezintă o circumstanță personală; însă aceasta se transformă în circumstanță reală și se răsfrânge asupra participanților, dacă aceștia au contribuit la actele preparatorii în vederea săvârșirii infracțiunii cu alte persoane care au cunoscut scopul pregătirii¹².

⁹ Trib. Suprem, dec. de îndrumare nr. 2/1976, în C.D. 1976, p. 44;

¹⁰ Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 1877/1976, în C.D. 1976, p. 362.

¹¹ Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 248/1978, în C.D. 1978, p. 191.

¹² V. Dongoroz *et alii*, *op. cit.*, p. 222.

O asemenea convertire are loc și în cazul infracțiunii prevăzută în art. 270 C. pen. (înlesnirea evadării); din circumstanță personală, calitatea persoanei care avea obligația de a asigura paza, devine circumstanță reală și se răsfrânge asupra celor care au determinat sau au ajutat persoana respectivă să săvârșească înlesnirea evadării.

De asemenea, beția preordinată (când persoana și-a provocat anume starea de beție spre a avea curajul să comită o infracțiune) este o circumstanță agravantă cu caracter personal (art. 75 lit. e C. pen.); însă se poate converti în circumstanță reală atunci când este cunoscută de participanți care își însușesc scopul urmărit prin provocarea stării de beție¹³.

Circumstanțele personale nu se confundă cu condițiile de incriminare privind calități sau stări personale; acestea din urmă țin de structura internă a infracțiunii, în timp ce circumstanțele personale se situează, așa cum am mai arătat, în afara conținutului de bază al infracțiunii, fiind extrinseci acesteia. Condițiile de incriminare determină însăși existența infracțiunii, în timp ce prezența circumstanțelor nu determină decât gradul concret de pericol social al faptei, având consecințe în ce privește individualizarea pedepsei¹⁴.

În doctrină s-a admis că sunt considerate circumstanțe subiective și cauzele care înlătură caracterul penal al faptei (constrângerea fizică, constrângerea morală, cazul fortuit, minoritatea făptuitorului, iresponsabilitatea și eroarea), datorită influenței pe care o produc asupra psihicului persoanei; aceasta este constrânsă să acționeze sub imperiul lor și să săvârșească nejustificat sau fără vinovăție fapte prevăzute de legea penală. Dimpotrivă, cauzele justificative (legitima apărare, starea de necesitate, ordinul legii și comanda autorității legitime, consimțământul victimei) sunt circumstanțe reale și ca atare se transmit între participanți¹⁵.

În raport de efectele pe care le produc asupra persoanei, circumstanțele se clasifică în circumstanțe atenuante și agravante, după cum atrag o ușurare sau o înăsprire a tratamentului sancționator. Această caracterizare a circumstanțelor decurge fie din însăși natura circumstanței, fie din semnificația pe care o are în raport cu complexul împrejurărilor în care fapta a fost săvârșită¹⁶. Atunci când caracterul atenuant sau agravant al unei circumstanțe rezultă din însăși natura circumstanței, aceasta are caracter absolut și este univocă; dimpotrivă, circumstanța are caracter relativ și este echivocă când rezultă din împrejurarea în care fapta a fost comisă.

Au caracter absolut și univoc asemenea circumstanțe atenuante cum ar fi săvârșirea faptei de o persoană cu responsabilitate psiho-fizică diminuată ori au caracter absolut, de pildă, săvârșirea faptei în timpul nopții, ori de două sau mai multe persoane împreună. Dimpotrivă, au caracter relativ și echivoc asemenea circumstanțe atenuante ca beția ocazională, ori au caracter relativ și echivoc agravant, beția cronică devenită obișnuință ori beția preordinată.

Caracterul relativ și echivoc al circumstanței poate să rezulte și din conținutul faptei; de pildă, sustragerea de medicamente pentru a ajuta o rudă grav bolnavă va constitui o circumstanță atenuantă, în timp ce în raport cu alte infracțiuni (de pildă, în raport cu o infracțiune contra siguranței statului), împrejurarea poate să nu aibă un caracter atenuant, ci să fie indiferentă.

Codul penal român în vigoare a adoptat sistemul enumerării în lege a împrejurărilor care constituie circumstanțe atenuante și circumstanțe agravante.

Astfel, în art. 73 C. pen. sunt enumerate circumstanțele atenuante, iar în art. 75 C. pen. sunt enumerate circumstanțele agravante.

Atât circumstanțele atenuante, cât și cele agravante pot fi divizate în circumstanțe legale (atenuante sau agravante) și circumstanțe judiciare (atenuante sau agravante). Din prima categoric fac parte acele circumstanțe al căror caracter atenuant sau agravant este determinat de lege, instanța neavând nicio posibilitate să modifice acest caracter. Dimpotrivă, în cazul circumstanțelor

¹³ C. Bulai, „Manual de drept penal”, p. 381-382.

¹⁴ V. Dongoroz *et alii*, *op. cit.*, p. 140.

¹⁵ A. Boroi, „Circumstanțele atenuante și agravante legale și judiciare”, în G. Antoniu și colab., „Noul Cod penal”, p. 205.

¹⁶ *Ibidem*.

judiciare, caracterul atenuant sau agravant este evaluat de organul judiciar.

În art. 73 C. pen. sunt enumerate circumstanțele atenuante legale, iar în art. 74 sunt arătate circumstanțele atenuante judiciare; în art. 75 alin. 1 sunt enumerate circumstanțele agravante legale, iar în art. 75 alin. 2 se face referire la circumstanțe judiciare agravante.

Potrivit art. 73 C. pen., constituie circumstanțe atenuante legale următoarele împrejurări: depășirea limitelor legitimei apărări sau a stării de necesitate (lit. a); săvârșirea infracțiunii sub stăpânirea unei puternice tulburări sau emoții, determinată de o provocare din partea persoanei vătămate (lit. b).

Potrivit art. 75 C. pen., constituie circumstanțe agravante legale următoarele împrejurări: săvârșirea faptei de trei sau mai multe persoane împreună (lit. a); săvârșirea infracțiunii prin acte de cruzime, prin violențe asupra membrilor familiei ori prin metode sau mijloace care prezintă pericol public (lit. b); săvârșirea infracțiunii de către un infractor major, dacă aceasta a fost comisă împreună cu un minor (lit. c); săvârșirea infracțiunii pe teme de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, gen, orientare sexuală, opinie, apartenență politică, convingeri, avere, origine socială, vârstă, dizabilitate, boală cronică necontagioasă sau infecție HIV/SIDA (lit. c1); săvârșirea infracțiunii din motive josnice (lit. d); săvârșirea infracțiunii în stare de beție anume provocată în vederea comiterii faptei (lit. e); săvârșirea infracțiunii de către o persoană care a profitat de situația prilejuită de o calamitate (lit. f).

Potrivit art. 74 C. pen. următoarele împrejurări pot fi considerate circumstanțe atenuante judiciare: conduita bună a infractorului înainte de săvârșirea infracțiunii (lit. a); stăruința depusă de infractor pentru a înlătura rezultatul infracțiunii sau a repara paguba pricinuită (lit. b); atitudinea infractorului după săvârșirea infracțiunii rezultând din prezentarea sa în fața autorității, comportarea sinceră în cursul procesului, înlesnirea descoperirii ori arestării participanților (lit. c).

Referitor la circumstanțele agravante judiciare, art. 75 alin. final nici nu le exemplifică, prevăzând că instanța poate reține ca circumstanțe agravante și alte împrejurări care imprimă faptei un caracter grav.

O altă clasificare a circumstanțelor este aceea în raport cu momentul sau intervalul de timp în care a fost săvârșită infracțiunea; circumstanțele se pot clasifica în anterioare, concomitente sau subsecvente.

Oricare dintre circumstanțe, fie reale, personale, atenuante sau agravante, poate intra într-una din categoriile de mai sus (anterioare, concomitente sau posterioare) deoarece flecare dintre ele poate avea o anumită poziție în raport cu momentul sau intervalul în care fapta a fost săvârșită.

Sunt circumstanțe anterioare premeditarea, înțelegerea prealabilă, organizarea, provocarea, antecedentele infractorului etc; sunt concomitente circumstanțele privitoare la locul, timpul, modul de săvârșire a infracțiunii (loc public, în timpul nopții, în timp de război, prin escaladare, efracție, cu ajutorul armelor etc.); dintre circumstanțele ulterioare menționăm: prezentarea de bună-voie la organele de urmărire penală și recunoașterea vinovăției, sustragerea de la urmărire penală, atitudinea infractorului față de victimă, repararea de bună-voie a prejudiciului etc.¹⁷

În raport de posibilitatea subiectului de a cunoaște circumstanțele în care acționează, acestea se împart în circumstanțe cunoscute și necunoscute.

Sunt considerate ca fiind cunoscute infractorului circumstanțele a căror existență o cunoștea sau a căror ivire trebuia să o prevadă în momentul săvârșirii faptei. De asemenea, sunt considerate ca fiind cunoscute infractorului acele circumstanțe pe care el le-a prevăzut, dar a considerat în mod neîntemeiat că nu se vor ivi și de aceea nu a luat măsurile necesare de preîntâmpinare.

Deosebirea dintre circumstanțele cunoscute și cele necunoscute infractorului prezintă interes în ce privește efectele circumstanțelor agravante în cazul erorii de fapt. Potrivit art. 51 alin. 2 C. pen., eroarea asupra unei circumstanțe înlătură caracterul agravant al împrejurării respective. Ca

¹⁷ V. Dongoroz, „Drept penal. Tratat”, p. 537; I. Tanoviceanu, „Tratat de drept și procedură penală”; Curierul judiciar, 1925, vol. II, p. 163-219; V. Dongoroz *et alii*, *op. cit.*, p. 141.

urmare nu se pune în sarcina inculpatului o circumstanță agravantă pe care acesta nu a cunoscut-o (de pildă, inculpatul nu a știut că victima este chiar tatăl său).

De asemenea, clasificarea de mai sus prezintă interes în legătură cu conținutul art. 28 alin. 2 C. pen., care prevede că circumstanțele reale se răsfrâng asupra participanților numai în măsura în care aceștia le-au cunoscut sau prevăzut ori ar fi putut să le prevadă.

În sfârșit, în cazul infracțiunilor din culpă, circumstanțele agravante necunoscute nu produc efecte decât în cazul când necunoașterea este rezultatul culpei.

În cazul circumstanțelor atenuante, acestea produc întotdeauna efect atenuant, indiferent dacă au fost sau nu cunoscute de infractor (de pildă, infractorul poate beneficia de circumstanța atenuantă judiciară privind valoarea minimă a bunului furat).

În raport cu sfera lor de cuprindere, circumstanțele se clasifică în circumstanțe generale și circumstanțe speciale.

Sunt considerate generale circumstanțele prevăzute în partea generală a Codului penal, respectiv în Titlul III, Capitolul V, Secțiunea a II-a, cu referire la circumstanțele atenuante și agravante.

Astfel, împrejurările menționate în art. 73 și art. 74 C. pen. sunt considerate circumstanțe atenuante generale, iar împrejurările menționate în art. 75 C. pen. sunt considerate circumstanțe agravante generale.

Circumstanțele speciale se regăsesc în partea specială a Codului penal și sunt prevăzute la anumite infracțiuni determinând fie forme agravate ale acestora (de exemplu, starea și numărul victimelor în cazul infracțiunii prevăzute în art. 176 C. pen., consecințele deosebit de grave ale faptei în cazul infracțiunii prevăzute în art. 2481 C. pen. sau art. 215 C. pen.), fie forme atenuante (de exemplu, retragerea mărturiei mincinoase în anumite condiții - art. 260 alin. 3 C. pen.).

Este posibil ca aceeași împrejurare să apară atât ca o circumstanță generală de agravare sau atenuare, cât și ca o circumstanță specială. De exemplu, săvârșirea unei infracțiuni de omor în condițiile agravantei speciale „din interes material” prevăzute în art. 175 lit. b C. pen. cade și sub incidența agravantei generale prevăzute în art. 75 lit. d C. pen. (săvârșirea unei infracțiuni din motive josnice). În caz de concurs între o agravantă generală și o agravantă specială cu aceeași semnificație, acestea nu vor fi aplicate concomitent, neputându-se valorifica de două ori aceeași împrejurare în sarcina infractorului; ca urmare, va avea prioritate circumstanța agravantă specială¹⁸.

În cazul în care o faptă este săvârșită atât în condițiile unei agravante speciale, cât și în condițiile unei agravante generale (fiecare având însă o altă semnificație), aceasta din urmă influențează limitele legale de pedeapsă la care se ajunge, ținându-se seama mai întâi de circumstanța specială reținută.

De exemplu, furtul în timpul nopții (agravantă specială) săvârșit în stare de beție preordinată (agravantă generală) va impune aplicarea agravantei speciale (art. 209 lit. g), dar și a agravantei generale (art. 75 lit. e). Această ultimă agravantă se va aplica în raport cu limitele de pedeapsă prevăzute de lege pentru infracțiunea de furt calificat (furtul comis în condițiile unei agravante speciale), în condițiile art. 78 C. pen.

În exemplul pe care intenționez să-l prezint în continuare, prin rechizitoriul Parchetului de pe lângă T.B. nr. 455/P/D/2006 din 23.09.2008 au fost trimiși în judecată în stare de arest preventiv inculpatul G.P. pentru săvârșirea infracțiunii de tentativă de omor calificat, în modalitatea prev. de art. 20 rap. la art. 174-175 lit. i C. penal, cu apl. art. 75 al. 1 lit. a C. penal, art. 74 al. 1 lit. c și art. 37 al. 1 lit. b C. penal, M.S. pentru săvârșirea infracțiunii de tentativă de omor calificat, în modalitatea prev. de art. 20 rap. la art. 174-175 lit. i C. penal, cu apl. disp. art. 75 al. 1 lit. a C. penal, art. 74 al. 1 lit. c și art. 37 al. 1 lit. a c. penal, S.C. pentru săvârșirea infracțiunii de tentativă de omor calificat, în modalitatea prev. de art. 20 C. penal rap. la art. 174-175 lit. i C. penal, cu apl.

¹⁸ T. Vasiliu *et alii*, op. cit., p. 427.

disp. art. 75 al. 1 lit. a C. penal, art. 74 al. 1 lit. c, și art. 37 al. 1 lit. b C. penal.

Instanța a reținut următoarea situație de fapt:

Audiat de către instanță la termenul de judecată din 24.10.2008, inculpatul G.P. a recunoscut în parte infracțiunea pusă pe seama sa arătând că în cursul lunii septembrie 2005, numitul B.V. care-i este și văr, i-a solicitat să meargă să-l bată pe P.V. drept răzbunare, întrucât anterior acesta din urmă împreună cu alte 3 persoane, îl bătuseră pe B.V., inculpatul declarând că acesta din urmă i-ar fi spus că dacă nu va fi de acord cu propunerea lui, îi va lua fata și va turna benzină pe ea, inițial inculpatul G.P. refuzând oferta, pentru ca ulterior să o accepte. Inculpatul a mai arătat că aceleași demersuri au avut loc și față de inculpatul C.C. (față de care s-a dispus disjungerea cauzei, acesta fiind arestat în lipsă și sustrăgându-se urmării penale) și acesta cedând până la urmă demersurilor lui B.V.

În data de 21.06.2008, inculpatul C.C. a venit la inculpatul G.P., pentru ca apoi cei doi să se întâlnească și cu inculpații S.C. și M.S., consumând împreună cu fratele inculpatului G.P. trei sticle de vin., pentru ca în jurul orelor 16.00, cei cinci să se hotărască să meargă la locuința lui C.C. din com. Pantelimon pentru a continua acolo distracția. Întrucât niciunul dintre ei nu aveau permis de conducere, au apelat la serviciile numitului S.I. care, la volanul unui autoturism marca Dacia 1310, toți cei 6 bărbați deplasându-se spre com. Pantelimon. Inculpatul G.P. a mai arătat că pe parcursul călătoriei, inculpatul C.C. a fost apelat telefonic de inculpatul B.V. care l-a amenințat că dacă nu merge împreună cu ceilalți să-l bată pe partea vătămată, care era în drumul lor spre com. Pantelimon, va avea de suferit. În fața acestei „noi amenințări”, cei patru au luat hotărârea să meargă să-l bată pe P.V., au solicitat șoferului să parcheze autoturismul pe o străduță lăturalnică, cei patru inculpați au coborât din mașină, au luat din portbagaj câte o bătă și s-au deplasat spre magazinul proprietatea lui P.V. La ieșirea acestuia pe trotuar, inculpatul C.C. l-a lovit cu bâta în cap, partea vătămată fiind apoi lovită și de ceilalți trei inculpați, fapt ce i-a determinat căderea, toți inculpații continuând să-i lovească corpul timp de încă 2 minute, până când inculpatul G.P. le-a solicitat celorlalți să se oprească, considerând că loviturile aplicate au fost suficiente și că B.V. va auzi de corecția aplicată părții vătămate și va înceta să-l amenințe.

Inculpatul a mai declarat că numai inculpatul C.C. l-a lovit pe partea vătămată în zona capului, o singură dată, (el certându-l pe C.C. pentru zona lovită) arătând că nu au avut niciun moment intenția să-l omoare pe partea vătămată, loviturile fiind aplicate numai pe restul corpului, mâini, picioare, spate (fără a viza zona capului) și, prin urmare, nu poate fi vorba de săvârșirea infracțiunii de tentativă de omor.

Inculpatul M.S. și inculpatul S.C. și-au menținut declarațiile date în faza de U.P., care sunt în același sens cu cele declarate de inculpatul G.P. Ei au mai arătat că la părăsirea locului incidentului, partea vătămată era conștientă și că bâtele se găseau în mașina care era împrumutată de la sora lui Broască, așa că fusese puse acolo, probabil, de către B.V.

Referitor la încadrarea juridică a faptelor, reprezentantul Ministerului Public a solicitat schimbarea încadrării juridice, în sensul înlăturării circumstanței atenuante prev. de art. 74 al. 1, lit. c C. penal care a fost reținută în beneficiul celor trei inculpați, arătând că circumstanțele atenuante prev. de art. 74 C. penal sunt circumstanțe judiciare care pot fi reținute numai de către judecător, nu și de către procuror, reținerea de circumstanțe atenuante judiciare fiind exclusiv la latitudinea judecătorului care are o viziune amplă, completă, atât asupra fazei de urmărire penală, cât și a fazei de judecată, procurorul de la urmărire penală putând cel mult recomanda reținerea de circumstanțe atenuante în beneficiul unui inc.

Apărătorii inculpaților au solicitat în temeiul art. 334 C. proc. penală, schimbarea încadrării juridice a faptelor penale reținute în sarcina celor trei inculpați, din infracțiunea de tentativă la omor calificat, în infracțiunea de vătămare corporală gravă prev. de art. 182 al. 2 C. penal, arătându-se în esență că intenția celor trei inculpați a fost de a aplica „o corecție” părții vătămate, nu de a o omorî.

Tribunalul a respins cererea de schimbare a încadrării juridice formulată de apărătorii celor trei inculpați, admitând cererea de schimbarea încadrării juridice a reprezentantului Parchetului.

Instanța l-a condamnat pe inculpatul G.P. la o pedeapsă de 9 ani închisoare, iar în baza art. 65 C. penal i-a interzis exercitarea drepturilor prev. de art. 64 lit. a teza a II a și lit. b C. penal, pe o durată de 5 ani după executarea pedepsei, a făcut aplicarea art. 71, 64 lit. a teza a II a și lit. b C. penal.

Instanța a aplicat tot o pedeapsă de 9 ani închisoare inculpatului S.C. și o pedeapsă similară i-a fost aplicată și inculpatului M.S. căruia însă, în baza art. 83 C. penal și art. 7 din Lg. nr. 543/2002, i s-a revocat și suspendarea condiționată, respectiv grațierea condiționată a executării pedepsei de 10 luni închisoare aplicată acestuia prin sen. pen. nr. 85/19.03.2003 a Judecătoriei Lehliu Gară, pedeapsa rezultantă fiind de 9 ani și 10 luni închisoare.

(sen. pen. nr. 1524/19.02.2008 a T.B. Secția a II a Penală, rămasă definitivă prin dec. pen. nr. 1367/13.04.2009 a Î.C.C.J prin care s-au respins recursurile inc., după ce anterior și C.A.B. respinsese apelurile acestora prin dec. pen. nr. 47/A/27.02.2009 – nepublicată)

Consider că soluția instanței a fost una nelegală, iar această afirmație se bazează pe următoarele împrejurări: nu există niciun text de lege care să instituie o interdicție pentru organul de urmărire penală în ceea ce privește reținerea de circumstanțe atenuante judiciare; denumirea acestor circumstanțe (respectiv aceea de „judiciare”) provine nu din practică, nici din denumirea articolului din C. penal care face vorbire despre ele, ci din doctrină. Acest lucru nu îndreptățește instanța să le elimine doar pentru că aparent procurorul nu ar fi fost îndreptățit să le rețină. Instanța are desigur libertatea de a schimba încadrarea juridică și de a reține acele circumstanțe pe care le consideră incidente în cauză, dar acest lucru trebuie motivat (în exemplul nostru, instanța ar fi trebuit să ofere o explicație în ceea ce privește eliminarea circumstanței prev. de art. 74 lit. c C. penal care fusese reținută prin actul de inculpare). În situația de față, cred că se impunea reținerea de circumstanțe atenuante și agravante în concurs, făcându-se aplicarea art. 80 C. penal.

Pentru a se putea reține această circumstanță trebuie întrunite anumite condiții speciale de timp și loc pentru participanții la activitatea infracțională. Un exemplu edificator îl constituie următoarea speță.

S-a stabilit că la 25 mai 2007, inculpatul M.F. a fost contactat telefonic de către H.S., care i-a comunicat că, în cursul aceleiași zile, va trimite un cetățean străin cu trenul de la București la Timișoara, urmând ca inculpatul, potrivit planului stabilit, să-i înlesnească trecerea frauduloasă a frontierei. Inculpatul M.F. s-a deplasat cu autoturismul la Timișoara unde avea stabilit să se întâlnească cu inculpatul – cetățean străin – M.A., pe care urma să-l recunoască după semnalmentele transmise telefonic de către numitul H.S.

Inculpatul M.F. l-a transportat pe cetățeanul străin inculpatul M.A., în schimbul sumei de 500 €, cu autoturismul său, din Timișoara până în apropierea localității Lovrin, unde urma să fie preluat de către inculpatul C.D.

Pe baza acestei înțelegerii, în seara zilei de 25 mai 2007, inculpatul M.F. a ajuns cu cetățeanul străin în apropiere de localitatea Lovrin, unde a fost așteptat de inculpatul C.D. care l-a preluat pe inculpatul M.A. în autoturismul său, în apropiere de punctul de frontieră. Inculpatul C.D. l-a introdus pe acesta în portbagajul autoturismului, pentru a-i mijloci astfel trecerea frauduloasă a frontierei.

În momentul în care inculpatul C.D., fiind îmbrăcat în uniforma de agent de poliție de frontieră, a ajuns la punctul de trecere a frontierei, a fost prins în flagrant în timp ce încerca să-l scoată ilegal din țară pe inculpatul M.A.

De asemenea, organele de urmărire penală l-au reținut și pe inculpatul M.F. asupra căruia s-a descoperit o bancnotă de 500 €, bani pe care-i primise de la inculpatul M.A.

Instanța a reținut și că la data de 29 martie 2007, aceeași inculpați, tot prin intermediul numitului H.S., în aceeași modalitate, au organizat și reușit scoaterea ilegală din țară a cetățeanului străin J.A., care a fost descoperit de autoritățile ungare având asupra sa acte de identitate

românești false.

Circumstanța agravantă prevăzută de art. 75 al. 1, lit. a C. penal, referitoare la săvârșirea faptei de trei sau mai multe persoane împreună, presupune ca făptuitorii să acționeze împreună, în aceleași condiții de loc și de timp, întrucât numai în acest caz fapta prezintă o pericolozitate sporită, pentru că făptuitorii se ajută reciproc, iar cooperarea la săvârșirea faptei le mărește forța de acțiune și le creează condiții de natură să îngreuneze descoperirea faptei și identificarea lor. În consecință, această circumstanță agravantă nu poate fi reținută în cazul în care persoanele inculpate pentru săvârșirea infracțiunii de trafic de migrați nu au acționat împreună, ci separat, în locuri și perioade de timp diferite.

Infracțiunea prevăzută în art. 7 al. 1 din Lg. nr 39/2003, referitoare la constituirea unui grup infracțional organizat, implică o acțiune de constituire a grupului, activitatea infracțională prelungindu-se în mod natural până în momentul intervenției unei acțiuni contrare care o întrerupe, fără a fi necesară o hotărâre pentru prelungirea activității infracționale și, prin urmare, îmbracă forma unei infracțiuni continue (Î.C.C.J., Secția Penală, Dec. nr. 1981 din 3 iunie 2008¹⁹).

Concluzii

Tipologia împrejurărilor care au un efect definitoriu asupra stabilirii sancțiunii reprezintă o problemă de cea mai mare importanță; dacă aceste clasificări pot fi însușite cu ușurință, mecanismul care asigură funcționarea lor, ordinea în care acestea devin eficiente și efectele pe care le au asupra pedepsei, constituie aceea parte ce ține de punerea în practică a sistemului teoretic. Modalitatea de reținere a circumstanțelor legale și/sau judiciare, prioritatea reținerii anumitor circumstanțe speciale față de cele generale, cum se reține și cum se tratează un concurs de circumstanțe atenuante și agravante, sunt doar câteva din problemele tratate în acest articol.

Desigur că tema prin valențele sale este una inepuizabilă; practica instanțelor este în permanentă schimbare, în fiecare zi apar noi legi speciale sau cele deja existente sunt supuse unor modificări astfel că, cel puțin din perspectiva circumstanțelor speciale și a cauzelor speciale de atenuare sau agravare a răspunderii penale, dar și a coexistenței acestor sisteme cu cel prevăzut în Codul penal, subiectul este în mod inechivoc unul deschis.

Referințe bibliografice

- 1.V. Dongoroz, „Drept penal. Tratat”, Editura Societății Tempus și Asociația Română de Științe Penale, București, 2000;
2. V. Dongoroz și colab., „Explicații teoretice ale Codului Penal Român”, Editura Academiei Române, București, 2003;
- 3.G. Antoniu, C. Bulai, Gh. Chivulescu, „Dicționar juridic penal”, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1976;
- 4.C. Bulai, „Manual de drept penal. Partea generală”, Editura ALL Educațional, București, 1997
- 5.F. Mantovani, „Diritto penale, Parte generale”, Padova, 1992, p. 398
- 6.C. Mitrache, „Drept penal român. Partea generală”, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2003
- 7.V. Dobrinoiu și colab.”Drept Penal. Partea Generală”, Editura Europa Nova, București, 1997
- 8.M. Basarab, „Drept penal. Partea generală”, Editura Lumina Lex, București, 1997
- 9.M. Zolyneac, M. I. Michinici, „Drept penal, Partea generală”, Ed. Fundației Chemarea, Iași, 1999

¹⁹ Înalta Curte de Casație și Justiție, Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2008, Ed. C.H.Beck, p. 717-720.

10. I. Ionescu, în G. Antoniu și colab., „Noul Cod penal”, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2006
11. T. Vasiliu și colab.” Codul penal român comentat și adnotat”, Editura Științifică, București, 1977
12. Înalta Curte de Casație și Justiție, Buletinul Jurisprudenței.Culegere de decizii pe anul 2008, Ed. C.H.Beck.

RE-EDUCATION OF CONVICTS – A CONCEPT IN CHANGE. PROPOSALS FOR THE MODIFICATION OF LAW NO. 275/2006

IOAN CHIS*
ALEXANDRU BOGDAN CHIS**
CRISTINA DANIELA MUNTEANU***

Abstract

In this project we intend to examine the concept of the rehabilitation of convicts in prison, for their reintroduction into society after serving the custodial sentence. In modern view, the custodial sentence cannot have another goal than to impose the respect of the law to its recipients (general deterrence) and coercion and re-education of the offender through its application (special prevention). Socio-educational activity is defined as a component of the education and rehabilitation process of prisoners, which aims to social reintegration of persons sentenced to deprivation of liberty, issues that we intend to discuss during this paperwork. Current prison regime has an ample content and has means for correcting, influencing and transformation of prisoners' attitudes and behavior, for their social recovery. The bitter truth is that prison environment could not and cannot abide with re-socialization.

Key words: re-education, prison system, convicts, constraints, changes

Introduction

Criminal law is structured around three basic institutions: crime, criminal liability and punishment. These institutions are closely connected and conditioned, meaning that the institution of the offense determines the existence and operation of the other two¹. This means that without a crime there can be no criminal liability, and in its lack, any imposition of a sentence² can not be conceived.

Article 52. par. 1 in the Penal Code clearly states that **“punishment is to prevent the performance of new crimes”**. By execution of imprisonment punishment - to prevent the performance of crimes - made by both the constraint function and the rehabilitation function, the latter function being related to the conviction and convict will³. To achieve this objective, the **punishment should be fair, retributive and also educational for the convict**⁴.

The prevention of the performance of new crimes, as punishment purpose, involves two sides:

- **general prevention**, indeterminately targeting all members of the social body which, for one reason or another, might violate the criminal law and

* Professor, Ph.D., Faculty of Law, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: profchisioan@yahoo.com).

** Assistant, Ph. D. candidate, „Alexandru Ioan Cuza” Police Academy, Bucharest.

*** Assistant, Ph. D. candidate, Faculty of Law, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: av.munteanu_cristina@yahoo.com).

¹ Nicolae Anghel Nicolae – “*Criminal Law. General Part*”, Vol II, " Titu Maiorescu" Publishing house, Bucharest, 2005, C. Mitrache, “*Romanian Criminal Law. General part*” “Sansa” SRL publishing house and press, Bucharest, 1997, p. 145 ff.

² Vasile Păvăleanu, “*Criminal Law. General part. Criminal law and crime*”, Lumina Lex Publishing house, Bucharest, 2003, p. 103; Matei Basarab, “*Criminal Law. General Part*”, Volume I, Lumina Lex Publishing house, Bucharest, 2001, p. 124.

³ Giuliano Vassali, *La fonction reeducative de la peine et la liberation conditionnelle*, Studies in Penology, The Hague, Martinus, Nijhoff, 1964, p. 220 et seq.

⁴ Ioan Chis, Razvan Dragos Nita, “*Penal Execution Law*”, ANI Publishing house, Bucharest, 2005.

▪ **special prevention**, which is exercised towards determined persons, towards already convicted criminals, to prevent them from relapse.

General prevention involves community influence through the threat of punishment under the criminal standard. “*Ante delictum*”, general prevention is achieved by mere description of the offense charged and the penalty provision in the rule of criminality. “*Post delictum*”, general prevention is realized in two distinct moments: time penalty by the court and the moment of penalty execution.

The direct purpose of the sentence imposed is special prevention, meaning prevention of crimes committed by the condemned.

Threat of punishment, with all the suffering involved, is primarily addressed to people with a latent crime, morally unsteady or whose conscience is refractory to the requirements of criminal law, acting toward them as a mean of intimidation, as an inhibitor before possible criminal events; but, this threat - as outlined in the legal literature⁵ - can be felt by crime victims as well, pre-empting them to perform self justice and cause a new disturbance of public order, as well as other members of the social group which, in the absence of prompt and fair enforcement of anti-social events, could feel aggrieved as their sense of justice, seeking to respond by themselves by committing crimes.

In achieving the purpose of preventive punishment, its two main functions - coercion and re-education - act differently, as referred to specific prevention or general deterrence, as follows:

- Special prevention order if the sentence is reached by the action of both duties.

Correctional function of penalty shall proceed to modeling the behavior of the condemned from the moment of conviction, when the offender, taking note of the constraints he will have to sustain due to the crime committed, becomes aware of the need to respect the rules of social conduct, to be honest and disciplined. But the penalty exercises the rehabilitation function especially after the conviction was enforced, at all stages of its execution.

During this time, the prisoner is subject to obligations relating to employment, order and discipline, to rewards and sanctions - in relation to his conduct while in custody - is integrated into a training system for training or elevation - if necessary - of his cultural level, is set to learn a trade or to complete training. All these - taking into account the elements of coercion that are necessarily involved by the execution of sentence - are designed to positively influence awareness, the character and skills of the condemned, to lead him to meet social ordinances, so that when the penalty will be enforced, he can be recovered and reintegrated into society - having a different lifestyle, qualitatively different from above - in the social group to which he belongs. Art. 52 par. (2) Penal Code expressly provides that by the performance of the penalty the forming of a correct attitude towards work should be taken into account, towards the rule of law and to rules of social life. In this respect, the work of the specialized staff inside prison should focus, since the first days of detention, to the re-education and the reintroduction into society of the convicted person.

To the rehabilitation function, - in the realization of special prevention - the penalty function intimidation is assigned. The intimidating force of punishment - generically manifested ever since the penalty was provided in the law - acts, this time, against a determined individual and during actual execution of sentence. The inherent suffering of the execution of any punishment does not disappear from the consciousness of the condemned together with the end of execution; its threat - with all its deprivations and frustrations continues to exist, acting as an inhibiting force in the way of new violations of the criminal law.

▪ for the general prevention, the punishment target is carried out, exclusively, by the action of the intimidation function which, in this context, manifests itself in two distinct moments.

⁵ Ion Oancea, “*Penal Execution Law*” All Publishing house, Bucharest, 1998, p. 138

Through punishment collective power of intimidation can be felt by the very entry into force of the law where it is provided, becoming aware of the consequences of coercive nature that would be attracted by the disregard of the prohibitions provided by the criminal law, most of the people likely to become potential offenders shall refrain to overcome, by their acts of behavior, the boundary between legitimate and criminal illicit.

Custodial sentence involves a constraint, which consists in bringing injury to the social and individual values, which is freedom, involving detentions in prisons, isolation from family, work, lack of intimacy manifested both by observation and continuous surveillance, and by sharing detention room with others deprived of their liberty with different interests and different behavioral conduct, from different social backgrounds. Having lost the movement freedom and reaching a prison, the convict bears a special constraint, which consists in detention and is abode with physical and mental suffering.

Therefore, the specific features of custodial sentences are the following:

- represents measures of constraint

Custodial sentences, by their punitive nature, attract over those who commit an antisocial act, an evil, a suffering, as a reward for his reprehensible act.

- represents a means of rehabilitation.

In addition to the measure of constraint, custodial sentence is a measure of rehabilitation. The penalty is sought primarily through individual correction punished so as, by criminal punishment, the offender should be helped to understand that laws must be complied with⁶. The offender must never be regarded as unrecoverable and therefore he will participate in the education process, and penalty is a means of effective development.

- shall apply to prevent the perpetration of crime.

With this feature, custodial sentence realizes the offender prevention for committing other criminal offenses under the law, prompting him to change his attitude toward social values protected by law. However, the offender will be warned regarding the consequences he has to bear if in future he will show carelessness and disrespect for the law by committing new crimes.

In the modern view, custodial sentence cannot have as target other than to impose the respect of law to its recipients (general prevention) and offender re-education through coercion and its application (special prevention).

Socio-educational activity is defined as one component of prisoners' education and rehabilitation process, which aims to social reintegration of persons sentenced to deprivation of liberty - Art. 64 Law 275 / 2006.

Education can be defined as a form of social activity, a social process, which consists of straightening and moral and psycho-social training of man as a good member of the society in which he lives and operates⁷. The education means the training, nursing or caring for a person by another person, to self assimilate psychosocial and moral traits, and the rules of behavior for the integration or adaptation to family, professional life, to social life.

Current prison regime has an ample content and has means for correcting, influencing and transforming the attitudes and behavior of prisoners, for their social recovery. In this way the idea that criminals, even the most embittered, have not permanently lost the chance to straighten and that they have resources for professional reintegration in society is materialized. Difference is that if the juvenile prisoners or primary detainees can be submitted to rehabilitation, to recidivist offenders, adults with a criminal record, reeducation respectively construction of new psycho-moral structures and new social habits can be done only after they are "purged" of old behavioral traits. Law no. 275 of October 18, 2006 regarding penalties execution and measures ordered by the

⁶ T. Dima, "*Criminal law. General part*", Vol II, Lumina Lex Publishing house, Bucharest, 2001, p. 70

⁷ V. Tircovnicu, *General Pedagogy*, Flacara Publishing house, Timisoara, 1975, p 8 and ff

judiciary bodies in criminal proceedings⁸ falls within the general context of European unification of criminal law and especially in the European and Euro-Atlantic integration of Romania. By this legislation act, a reform of punishment execution system was enforced, the regulation being superior in content to Law. 294 / 2004 on penalties execution and measures ordered by the judiciary bodies in criminal proceedings, representing a modern and effective tool in fighting crime.

According to Art. 64 of Law no. 275/2006, educational, cultural, therapeutic counseling and social work activities⁹ are held in each prison and are designed for social reintegration of persons convicted to custodial sentences.

It can be observed that the law puts an emphasis on education inside prison that must create the conditions for obtaining a job at the time of release from prison, conditions for the resumption of family ties, solving family problems, etc..

According to Art.174 par. (1) of Law 275/2006 implementing Regulation, “education activity and psychosocial intervention is done based on the planning and execution of the sentence and is intended to support social reintegration of detainees. It covers the following areas:

- a. adaptation to deprivation of liberty conditions;
- b. school education and training;
- c. educational and recreational activities;
- d. social assistance;
- e. psychological support;
- f. religious support;
- g. preparation for release”.

In order to educate young offenders and adult re-education, the fact that these concepts are forms of social activity that occurs within a complex social process must be kept in mind, defined by the following features¹⁰:

- reeducation represents a training, by which a convict is helped by a group or person, in order to assimilate psychological and moral characteristics and rules of conduct, necessary for the coexistence in society, family, in an occupational field;
- reeducation is addressed to different aged people, life experience, gender, environment of origin, cultural background, level of education and training, with convictions for various durations;
- educators, people specialized in this process, teachers, professors, instructors, foremen, masters and specialized personnel of the penitentiary as: educators, psychologists, social workers, social and educational workers, officers responsible for organizing and implementing the life rules of prisoners, participate as “*active subjects*” to the actions and education programs in which prisoners have the role of “*passive subject*”;
- re-education process involves establishing a relatively stable relationships and greater trust between the “*re-educated*” and “*teacher*”;
- re-education process is a long and continuous process, gradually taking the idea on the “*small steps*” theory of “*educator*” – “*educated*” relationship, which must be built step by step, day by day, month after month, sometimes years in a row to uproot some traits and behaviors that have settled in convict’s conscience during long periods of time. Insistence and intensity of individual actions with the convict may lead to beneficial results, even in programs included in sentences of short period.
- re-education is a conscious process, which seeks a purpose and performs some activities with the intention to produce certain effects. Awareness should be made especially regarding the condemned, especially to receive positive behaviors and comply with the law. The expected result

⁸ Law no. 275 of October 18, 2006 regarding penalties execution and measures ordered by the judiciary bodies in criminal proceedings was published in the Official Journal, Part I no. 627 of July 20, 2006.

⁹ Chapter VI – “Educational, cultural, therapeutic counseling and social work activities” in Law no 275/2006

¹⁰ Ioan Chis, Bogdan Alexandru Chis, “Execution of Custodial punishments. Penal Execution Law” Danlex Press Publishing house, Bucharest, 2008, p. 206 and ff.

can be achieved only if the convicted, from a subjective, evolutionary point of view, is willing and contributes to his rehabilitation aims. The opposite situation, compliance with moral norms imposed within the prison, is only a feature of the perverse nature of the system, the prisoner complying only to obtain facilities for the entire period of detention or even for release on probation and not due to his improvement, following that together with the release from prison, his criminal behavior to manifest itself again;

- re-education must be made according to models in conformity to the society's expectations, models that do not lead to uniformity in that "*new man*", so much advertised during communism; models are ideals pursued during rehabilitation, the sum of the positive traits of conduct, whose result is the respect for the provisions of law;

- education as a process of socio-moral development, is trying to implement in the convict's consciousness the emotions, beliefs, habits, feelings, ideas, rules of conduct that are learned by the condemned as being his own;

- reeducation involves creating a moral will, as well as character strengthening by inhibiting behaviors and negative features ingrained over the years by criminal conduct, replacing and removing old negative physical or moral structures and building new positive ones.

These principles have been long found in international documents dealing with the problem of reeducation of prisoners, as follows:

- Universal Declaration of Human Rights, adopted by the UN¹¹;
- European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms¹²;
- Recommendations in this respect by the Committee of Ministers of the Council of Europe, in particular Recommendation (2006) 2 of January 11, 2006 regarding the European Prison Rules, Recommendation. R (87) 3 of year 1987 regarding European Prison Rules, Recommendation (80) 11 in 1980 on preventive detention, Recommendation no. 1245 (1994) regarding detention of persons on trial, Recommendation (92) 16 regarding the European rules on implementing community sanctions and measures, Recommendation (97) 12 regarding staff responsible for implementation of community sanctions and measures, Recommendation (89) 12 regarding education in prisons, Recommendation (98) 7 concerning the ethical and health aspects in prisons;

- Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners¹³ adopted through Resolution 6630 (XXIV) of July 31, 1957 by the Economic and Social Council of the United Nations.

The rules generally accepted in the world regarding educational cultural activities performed with the prisoners determine that they constitute a fundamental part of prison life. Thus, the "Basic Principles for Treatment of Prisoners" establish that: "All prisoners should have the right to take part in cultural and educational activities aiming full development of human personality" (Principle 6).

Among the aims of the re-educative development activities, the following are mentioned:

- adaptation to detention conditions;
- achievement of education and vocational training;
- moral support;
- improved behavior;
- strengthening of self-esteem; the development of means of expression and the ability to communicate with others (Article 100 of Reg. apl. L.ex.p. - project).

¹¹ December 10, 1948 is an historic period, due to the fact that it marks the birth moment of the modern law of human rights, the Universal Declaration of Human Rights being proclaimed by the UN General Assembly at that date.

¹² The Convention was signed in Rome on November 4, 1950 and entered into force on September 3, 1953. Subsequently, the text has been revised through several protocols.

¹³ He resumed the Resolution of the United Nations First Congress on the prevention of homicide and treatment of juvenile - August 30, 1955 - Ioan Chis, Razvan Dragos Nita, "*Penal Execution Law*", ANI Publishing house, Bucharest, 2005, p. 35.

By adopting a “*Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*”, a set of principles and rules on good organization of prisons was held. The document contains two parts: the first contains general rules on registration, separation of categories, rooms for detention, personal hygiene, clothing, bedding, feeding, discipline and punishment, restraints, right to information and contact with the outside world, administration staff and inspection; and the second part contains rules for special categories of prisoners.

To the same extent, the “*European Prison Rules*”, adopted through Recommendation no. R (87) 3 by the Committee of Ministers of Council of Europe on February 12, 1987, represent a revised version of European Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners and, at its issuance, the progress recorded in the society development as well as the emergence of non-custodial alternatives were taken into account. In this recommendation numerous provisions are found, relating to: fundamental principles, penitentiary administration, staff, treatment goals and detention procedures, rules applying to different categories of prisoners.

These regulations provide that any prison system should¹⁴:

- ensure that detainees can develop skills and aptitudes to improve their prospects for a successful reintegration after release;
 - to ensure all remedial, educational, moral, spiritual and other resources that are at hand and to be used in accordance with treating the needs of prisoners individually;
 - ensure living conditions compatible with human dignity and in accordance with community standards;
 - minimize the effects of hard imprisonment and the differences between life in prison and life in freedom, which lead to reduction of self respect and sense of personal responsibility for prisoners;
 - support and strengthen ties with relatives and the outside community to promote the best interests of prisoners and their families¹⁵.

European Rules 2006 (2) Art. 7 set, within the education process of convicts, the following:

- All prisons should provide detainees’ access to educational programs as comprehensive, responsive to individual needs, taking into account their aspirations.
- Priority should be given to prisoners who cannot read or count, and to those who have not attended elementary school or training.
- Special attention will be given to education of young prisoners and those with special needs.
 - In terms of the prison system, education must be as important as work, and prisoners should not be penalized financially or otherwise, for participation in educational activities.
 - Every prison should have a library for all prisoners, which has sufficient various resources, of recreational or educational type, books and other supporting material.
 - Where possible, the prison library should be organized with a public library.
 - To the possible extent, education of prisoners must:
 - a. be integrated into national education and training so that after release, they can continue their education and training;
 - b. be conducted under the auspices of outside educational institutions.

Art. 104 of European rules in 2006 (2) provides the following rules regarding the sentenced prisoners’ education: “1. A systematic education program, with the objective of maintaining knowledge, improvement of the general level of education of prisoners and the perspectives to lead a responsible life, with no crimes, will be a key part in the treatment of convicted prisoners. 2. All sentenced prisoners will be encouraged to participate in educational and training programs.

¹⁴ Petrache Zidaru, “*Penal Execution Law*”, All Beck Publishing house, Bucharest, 2001

¹⁵ Nicolae Anghel Nicolae – “*Execution of sentence and prevention measures criminal law*” “Titu Maiorescu” Publishing house, Bucharest, 2006

3. Sentenced prisoners' educational programs must be adapted to the imprisonment period."

All prison systems in any country seek to improve the human condition of prisoners, providing them with knowledge, treating their different physical and mental disorders, developing their skills useful for an honest living after release. Consequently, programs offered by a prison administration can be classified as education programs, training programs (training, mainly) and therapy programs. The aim of these programs is common: to help the prisoners to think and behave in a socially acceptable manner so as not to relapse.

Educational valences of the penalty lies in how it is conducted (with fundamental principles of law, respecting the person convicted), by doing useful work activities with labor rights and rewarding¹⁶, can create conditions for prisoners to easy readjust to free life, honest and fair work within the society.

All these factors can contribute to social reintegration of the individual, but also the prevention of new crimes committed by those sentenced that executed a punishment.

The sentenced very often have strong educational deficiencies, so their re-education cannot be limited to one program, but to a complexity of socio-educational activities which have to satisfy basic needs and skills. Suburban language, the habit of pronouncing insults and slander, lack of knowledge of language, reading and writing, the civilized and respectful behavior, poor professional training or lack thereof, ignorance of legal provisions in many areas, reduced opportunities to address to institutions or state bodies, deficiencies relating to health care, organization of privacy, food, habit of drinking or smoking, resolving conflicts between family or family members by violence, here are some of the convicts' issues that are routinely objectives of rehabilitation work, which come to show how many shortcomings must be corrected, while getting the convict used to civic discipline, creating conscience by an honest living and acquiring those they aspire to, by lawful means¹⁷.

Imprisonment regime is based on convicts' obligation to provide a useful work if they are suited for this, the educational activity which must be carried out towards prisoners, their respect for the work discipline and internal order, for the places of detention as well as for the stimulation and reward of those persevering in work, disciplined and who give solid evidence for referral¹⁸. All these means should be used so as to lead to education of the prisoners. In fact, it constitutes the general scheme of penalty execution¹⁹, as defined by our legislation.

Similarly, socio-educative work is one component of education and rehabilitation process of prisoners, whose goals represents the correction of the convicted persons' behavior, teaching the respect for self and the community, their school education and training, as well as social reintegration of the persons sentenced to custodial sentences.

In conclusion, essential for the purpose of correction in European prison administrations are considered: work, useful from a social²⁰ point of view, general education and vocational training, various cultural activities, sports and recreation, religious education, etc.

Social reintegration is a prerequisite of success enforcement of custodial sentences. Deprivation of liberty in the prison environment is a special situation, with wide resonance in the way of life of any person serving a custodial sentence, during the entire period of

¹⁶ Regarding work in prisons, it should be seen as a positive element in treatment, training and institutional management. To this extent, prisoners will work according to their physical and mental status determined by medical consult.

¹⁷ Recommendation no. R(89) 12 of Committee of Ministers of the Council of Europe, adopted in October 13, 1989, Strasbourg, itme 1.8.

¹⁸ Nicolae Anghel Nicolae – *"Law for the execution of criminal sentences"* "Titu Maiorescu" University Publishing house, Bucharest, 2002

¹⁹ In the broad sense the penitentiary system means the way life is organized and the convict's activity in prison during the sentence execution, for his re-education and prevention of committing new crimes

²⁰ Aurel Teodor Moldovan, *"Work of the sentenced persons"*, "Monitorul Oficial" Publishing house, Bucharest, 1999

detention, and then in freedom.

Preparation of prisoners for release must be done since the first days of detention, this representing the finality of all steps taken, as for socio-educative work, the foundation of cultural - educational activities held in prison, aiming to a single objective: to show prisoners possible ways in increasing their capacity of social reintegration²¹.

During the entire period of sentence execution, the objective of socio-educational department staff, in touch with other interveners (visitors, volunteer members of various NGOs, psychologists, sociologists, teachers) is to facilitate, where possible, the rehabilitation of prisoner to life in freedom, to a life of conformity and respect towards the society values.

In this respect, pre-release individual or collective action should be performed, always taking into account the risk of relapse for those “targeted”, as well as their evolution during the whole period of detention.

Activities undertaken at the prison must, if possible, be assisted by trained foreign partners as well, who can intervene on issues regarding: jobs outside the prison, welfare, unemployment, vocational and civic training, housing and accommodation options, health, social insurance, hospitalization, etc.

Special attention should be given to the development of relations between the prisoner and his family, if they are to the prisoner’s benefit. The prisoner must also be supported and encouraged to maintain relationships with the environment, with people and outside organizations, which can promote social rehabilitation.

The programs that are performed for the prisoners in most cases aim the following:

- knowing the personality of the condemned and the assessment of the socio-educational needs;
- school training of illiterate persons, completing gymnasia education, high school or university studies in relation to the prisoner will, age and the organizational possibilities of the penitentiary;
- training, by organizing skills, retraining, training at workplace, development of the habit to work in accordance with qualifications provided by the state organs;
- acquiring the rules of behavior in society, in the family environment, attitude required in dealing with the state, with other official institutions, achieving enlightening in the limit of the standards of people likewise and personal needs, sports education and participation in such actions;
- establishing and diversification of connections with community, uprooting negative entourages and cultivation of social ties in compliance with ethics rules and laws.

The programs contained in socio – educative activity are, in terms of criminal execution law, a new approach of the method of performance of punishment, from its beginning until the release. It is the so called planning of punishment which is realized as a conscious act of fulfilling the crime execution report between prisoner and prison management.

The sentence planning is done early from the beginning of the execution and includes a convict awareness regarding the covering of all stages, from learning the rules of order, discipline, behavior inside the prison, continuing with the fulfillment for passing from a stricter regime to a lighter one, while getting used to assuming more and more responsibilities and more complex, leading to changes in consciousness and how to approach personal issues²². Once compiled the

²¹ G. S. Barbu, A. Serban, “*Penal Execution Law*”, All Beck Publishing house, Bucharest, 2005

²² A sentence planning sheet basically contains the following: the period of quarantine (inurement to the rules, medical visits, early knowledge), allocation to a particular regime (maximum security, imprisoned, half-free, free), allocation to work, allocation to a certain program of education or vocational training, establishing by principle the data when the transition to a lighter system can be analyzed, determining the period during which the convict becomes up for release on probation, the timing at which the penalty can be reduced, when assents and

plan for the punishment execution, the convict can follow step by step the conditions that lead him to release, as: obtaining responsibilities, qualifications or vocational achievement, completion of school education or improvement of education through training programs, obtaining as many rewards and achievement of a conduct to keep him away from penalties, closely observation of the transition to a lighter regime and obtaining as many facilities as possible to converge prison life to life in freedom, preparation in order to convince the commission for release on probation that is worth obtaining this position, as well as to achieve such behavior to convince the prison management that he deserves to receive assents, "prison leave" and sentence reductions.

The conscientious continuance of the sentence execution plan by the defendant creates permanent responsibilities, a positive conduct and consistent with the legal requirements, finally leading to his habitualness to legal behavior and abandonment of deviant behaviors. It is necessary for the socio-educational responsible factors to follow this plan, not to produce some distortions, the convict to be helped during his hard times of sentences execution, moments that could lead to abandonment of positive behavior and accepting an attitude of rebelliousness or passivity, resignation and resumption of criminal conceptions.

Execution penal doctrine emphasizes that the effort for supporting the reintegration of prisoners into society should not stop at the prison gate, but must be extended after release, materialized as giving post-penal assistance.

In Romania, the problem of post-penal assistance is not institutionalized and, as a consequence, no state institution has as main attribution prisoners' adaptation after release, in view of their reintegration into society.

However, the National Administration of Prisons said that²³ prisoners' social reintegration program stops "at the prison gate", facing the following problems: insufficient numbers of qualified personnel, lack of attractiveness of training programs, a cause being the lack of a coherent reintegration policy, adapted to the needs of prison population and the external environment, the domain of social reintegration standardization is in an early stage, requiring updating of specific procedures, defining system performance indicators, as well as quality standards, financial and material resources involved in the field of social reintegration are insufficient in terms of carrying out specific activities, the quality and quantity of results being highly dependent on their level of use.

From a total of 27,000 prisoners existing in the prison system in 2008, only 22.60% of them have participated in programs of psychological assistance, 28.74% in social assistance programs, an average of 41.24% attending to social counseling activities.

In the educational area, for the supplementing component of schooling level, a growing of the proportion of general education beneficiaries (from 7% in 2006 before application of Law no. 275/2006, to 11% in 2009) is to be mentioned, increase due to additional motivation of participants by providing financial rewards and days considered as executed²⁴.

We can not help thinking if this increase also created an awareness of prisoners, thing that will lead in future to a reduction of recidivism, or only represents an educational activity marked in the directories is the National Prison Administration, with an effective rate of 0.29% as shown in the balance sheet for 2008 of NAP.

The bitter truth - the truth that the prison environment cannot be reconciled with re-socialization - came out long ago. At all time, the bankruptcy of the re-education activity organized upon navigable signal of statements uncovered by clear opposite arguments was obvious, because: you can not inoculate socially conceptual passions into an alarming reality, audacious hatred and hidden at the level of a colorful desert where convicts live together; was not

"prison leave" may be granted, as well as preparing for release and social reintegration period, through increased contact with community activities, etc.

²³ Balance sheet of National Prison Administration during 2008, the Ministry of Justice and civil liberties

²⁴ Balance sheet of National Prison Administration during 2009, Ministry of Justice and Civil liberties

considered in images dependent on possible surroundings; it imprinted to the entire work and practice a real confusion over estate categories loudly consolidated over jurisprudence barriers. According to imperative options of entering the game of practices without a solid foundation, for psychologists, sociologists and social workers, in fact for those who want to link the perception of prison environmental representation with socialization, the bankruptcy of educational work is absolutely obvious²⁵.

In terms of general psychological assistance, it aims to strengthen behaviors learned through specific psychosocial support programs, and develop pro-social skills and attitudes: training and practice support skills, self-awareness and personal growth, reducing the risk of vulnerability, occupational therapy, marital relationships and family.

The social work efforts to restore / facilitate / improve relationships between the deprived of liberty and support environment, identify available resources (family, home), that can support efforts to reintegrate the convicted person after serving the punishment, and increasing a social support network.

Issues covered in this area has as target group - unvisited persons deprived of their liberty, the homeless, those who, due to confinement, have children or relatives who benefit from social protection measures (placement, institutionalization), as well as those who are in conflict with family members, etc.

We get to the almost living unknown target – professional reintegration - not in the sense of returning the ex-convict to his rights or in a position formerly owned, but to facilitate the power so that in the relations of social cohabitation to be able to rise above his own experience, to be able to benefit the favor of a chance.

Once escaped from the “hell” of prison, full of constraints and deprivation, hell within its materiality, the prisoners feel cornered by freedom, by society, by the daily obstacles they are forced to pass in order to lead further existence. At this critical point, the prisoner is tempted to follow the organic impulse to act against law and against law order. Only when the temptation is overcome and will succeed to reintegrate into society by carrying out an honest work, fair, when he is able to found a family and can overcome the natural reluctance of a society, we can say that he is re-educated. Increasing the level of education, school education, vocational training, creating a straight attitude towards work and society, can help the prisoner to more easily pass the daily “inherent problems” in freedom life.

Conclusions

We consider necessary the elaboration and implementation of a uniform system of evaluation and intervention, focusing on education and psychosocial assistance needs of individuals in custody, but also on the community's expectations, of an appropriate regulatory framework and an interactive inter-institutional system, articulated and functionally assumed at national level by all institutions with a role in post-penal assistance, that could hereby lead to increasing the possibility of reintroduction into society of persons who have been convicted by deprivation of liberty.

References

1. Nicolae Anghel Nicolae – “*Criminal Law. General Part*”, Vol II, “Titu Maiorescu” Publishing house, Bucharest, 2005, C. MITRACHE, “*Romanian Criminal Law. General part*”, “Sansa” SRL publishing house and press, Bucharest, 1997, p. 145 ff.
2. Vasile Păvăleanu, “*Criminal Law. General part. Criminal law and crime*”, Lumina Lex Publishing house, Bucharest, 2003, p. 103; Matei Basarab, “*Criminal Law. General Part*”, Volume

²⁵ Petrace Zidaru, “*Law no. 275/2006 on execution of punishments and the measures ordered by the judiciary bodies in criminal proceedings. Comments*”, Hamangiu Publishing house, 2008, p. 258 ff.

I, Lumina Lex Publishing house, Bucharest, 2001, p. 124

3. Giuliano Vassali, *La fonction reeducative de la peine et la liberation conditionnelle*, Studies in Penology, The Hague, Martinus, Nijhoff, 1964, p. 220 et seq.

4. Ioan Chis, Razvan Dragos Nita, "*Penal Execution Law*", ANI Publishing house, Bucharest, 2005.

5. Ioan Chis, Bogdan Alexandru Chis, "Execution of Custodial punishments. Penal Execution Law" Danlex Press Publishing house, Bucharest, 2008, p. 206 and ff.

6. Ion Oancea, "*Penal Execution Law*" All Publishing house, Bucharest, 1998, p. 138

7. T. Dima, *Criminal law. General part*, Vol II, Lumina Lex Publishing house, Bucharest, 2001, p. 70

8. V. Tircovnicu, *General Pedagogy*, Flacara Publishing house, Timisoara, 1975, p 8 and ff

9. Petrache Zidaru, "*Penal Execution Law*", All Beck Publishing house, Bucharest, 2001

10. Nicolae Anghel Nicolae – "*Execution of sentence and prevention measures criminal law*" "Titu Maiorescu" Publishing house, Bucharest, 2006

11. Nicolae Anghel Nicolae – "*Law for the execution of criminal sentences*" "Titu Maiorescu" University Publishing house, Bucharest, 2002

12. Aurel Teodor Moldovan, "*Work of the sentenced persons*", "Monitorul Oficial" Publishing house, Bucharest, 1999

13. G. S. Barbu, A. Serban, "*Penal Execution Law*", All Beck Publishing house, Bucharest, 2005

14. Law no. 275 of October 18, 2006 regarding penalties execution and measures ordered by the judiciary bodies in criminal proceedings was published in the Official Journal, Part I no. 627 of July 20, 2006.

15. Recommendation no. R(89) 12 of Committee of Ministers of the Council of Europe, adopted in October 13, 1989, Strasbourg, item 1.8.

16. Balance sheet of National Prison Administration in 2008, the Ministry of Justice and civil liberties.

17. Balance sheet of National Prison Administration in 2009, the Ministry of Justice and civil liberties.

REEDUCAREA CONDAMNATIILOR – UN CONCEPT IN SCHIMBARE. PROPUNERI DE MODIFICARE A LEGII NR. 275/2006

IOAN CHIS*
ALEXANDRU BOGDAN CHIS**
CRISTINA DANIELA MUNTEANU***

Abstract

În acest proiect ne-am propus să examinăm conceptul de reeducare a condamnaților în cadrul penitenciarului, în vederea reintroducerii acestora în societate după ispașirea pedepsei privative de libertate. În viziunea modernă pedeapsa privativă de libertate nu poate avea alt scop în sine decât acela de a impune respectul legii destinatarilor acesteia (prevenția generală) cât și constrângerea și reeducarea infractorului prin aplicarea ei (prevenția specială). Activitatea socio-educativă este definită ca fiind una dintre componentele procesului de educare și reeducare a condamnaților, ce are ca scop reintegrarea socială a persoanelor condamnate la pedepse privative de libertate, aspecte pe care intenționăm să le tratăm pe parcursul lucrării. Regimul penitenciar actual are un conținut amplu și dispune de mijloace pentru corijarea, influențarea și transformarea atitudinii și comportării condamnaților, în scopul recuperării sociale a acestora. Amarul adevăr este însă acela că mediul penitenciar nu s-a putut și nu se poate împăca cu resocializarea.

Cuvinte cheie: reeducare, sistemul penitenciar, condamnați, constrângeri, modificări

Introducere

Dreptul penal este structurat în jurul a trei instituții fundamentale: infracțiunea, răspunderea penală și pedeapsa. Între aceste instituții există o strânsă legătură și condiționare, în sensul că instituția infracțiunii determină existența și funcționarea celorlalte două¹. Aceasta înseamnă că fără infracțiune nu poate exista răspundere penală, iar în lipsa acesteia, nu se poate concepe nici aplicarea unei pedepse².

Art. 52 alin. 1 Codul Penal arată în mod expres că „**scopul pedepsei este prevenirea săvârșirii de noi infracțiuni**”. Prin executarea pedepsei închisorii se realizează scopul pedepsei – prevenirea comiterii de infracțiuni – realizată atât prin funcția de constrângere, cât și prin funcția de reeducare, aceasta din urmă fiind legată de convingerea și voința condamnatului.³ Pentru a îndeplini acest scop, **pedeapsa trebuie să fie justă, retributivă și, de asemenea, educativă pentru cel condamnat**⁴.

* Prof.univ.dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” București (e-mail: profchisioan@yahoo.com).

** Asist.univ.drd., Academia de Poliție „Alexandru Ioan Cuza”, București.

*** Asist.univ.drd., Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București (e-mail: av.munteanu_cristina@yahoo.com).

¹ Nicolae Anghel Nicolae, „Drept penal. Partea generală”, Vol. II, Editura „Titu Maiorescu”, București, 2005; C. Mitrache, „Drept penal român. Partea generală”, Casa de editură și presă „Șansa” S.R.L., București, 1997, p. 145 și urm.

² Vasile Păvăleanu, „Drept penal. Partea generală. Legea penală și infracțiunea”, Editura Lumina Lex, București, 2003, p. 103; Matei Basarab, „Drept penal. Partea generală”, Vol. I, Editura Lumina Lex, București, 2001, p. 124.

³ Giuliano Vassali, *La fonction reeducative de la peine et la liberation conditionnelle*, Studies in Penology, The Hague, Martinus, Nijhoff, 1964, p. 220 și urm.

⁴ Ioan Chiș, Dragoș Răzvan Niță, „Drept execuțional penal”, Editura ANI, București, 2005.

Prevenirea săvârșirii de noi infracțiuni, ca scop al pedepsei, comportă două laturi:

- **prevenția generală**, care vizează în mod nedeterminat pe toți membrii corpului social ce, dintr-un motiv sau altul, ar putea să încalce legea penală
- **prevenția specială**, care se exercită față de persoane determinate, față de infractori deja condamnați, pentru a-i împiedica să recidiveze.

Prevenția generală presupune influențarea colectivității prin amenințarea cu pedeapsa prevăzută în norma penală. „*Ante delictum*”, prevenția generală se realizează prin simpla descriere a faptei incriminate și prevederea pedepsei în norma de incriminare. „*Post delictum*”, prevenția generală se realizează în două momente distincte: momentul aplicării pedepsei de către instanța de judecată și momentul executării pedepsei.

1. Scopul direct al pedepsei aplicate este prevenția specială, adică, prevenirea săvârșirii de infracțiuni din partea celui condamnat.

Amenințarea pedepsei, cu toate suferințele pe care le implică aceasta, se adresează în primul rând persoanelor cu o criminalitate latentă, nestatornice din punct de vedere moral sau a căror conștiință este refractară la exigențele legii penale, acționând față de ele ca un mijloc de intimidare, ca un factor inhibitor în calea unor posibile manifestări infracționale; dar, această amenințare - așa cum s-a subliniat în literatura juridică⁵ - poate fi resimțită și de victima infracțiunii, preîntâmpinând ca ea să-și facă singură dreptate și să provoace o nouă tulburare a ordinii publice, precum și de ceilalți membri ai grupului social care, în absența unei reprimări prompte și juste a manifestărilor antisociale, s-ar putea simți lezați în sentimentul lor de dreptate, căutând să reacționeze ei singuri, prin săvârșirea unor infracțiuni.

În realizarea scopului preventiv al pedepsei, cele două funcții principale ale acesteia - constrângerea și reeducarea - acționează în mod diferit, după cum este vorba despre prevenția specială sau prevenția generală, astfel:

- în cazul prevenției speciale scopul pedepsei este atins prin acțiunea ambelor sale funcții.

Funcția de reeducare a pedepsei își începe acțiunea de modelare a comportamentului celui condamnat încă din momentul condamnării, când infractorul, luând cunoștință de constrângerea pe care va trebui să o suporte datorită infracțiunii comise, devine conștient de necesitatea de a respecta normele de conduită socială, de a fi onest și disciplinat. Dar, pedeapsa își exercită funcția de reeducare îndeosebi după ce hotărârea de condamnare a fost pusă în executare, pe întregul parcurs al executării ei.

În tot acest interval de timp, condamnatul este supus unor obligații privitoare la muncă, ordine și disciplină, la recompense și sancțiuni - în raport cu conduita sa în timpul detenției - este integrat într-un sistem de instruire pentru formarea sau ridicarea - după caz - a nivelului său cultural, este pus să învețe o meserie ori să-și termine pregătirea profesională. Toate acestea - ținând seama și de elementele de constrângere pe care le implică în mod necesar executarea pedepsei - sunt menite să influențeze pozitiv conștiința, caracterul și deprinderile celui condamnat, să-l determine a respecta rânduielile sociale, în așa fel încât, atunci când pedeapsa va fi executată, el să poată fi recuperat și reintegrat în societate - având un alt mod de viață, calitativ diferit de cel anterior - în grupul social căruia îi aparține. Art. 52 alin . (2) din Codul Penal prevede în mod expres că prin executarea pedepsei trebuie să se urmărească formarea unei atitudini corecte față de muncă, față de ordinea de drept și față de regulile de conviețuire socială. În acest sens, munca personalului specializat din cadrul penitenciarului trebuie să se orienteze încă din prima zi de detenție către reeducarea condamnatului și către reintroducerea acestuia în societate.

Funcției de reeducare i se asociază însă - în realizarea prevenției speciale - funcția de intimidare a pedepsei. Forța intimidantă a pedepsei - manifestată generic încă din momentul în care pedeapsa a fost prevăzută în lege - acționează, de data aceasta, față de un individ determinat și

⁵ Ion Oancea, „*Drept execuțional penal*”, Editura All, București, 1998, p. 318.

pe parcursul executării unei pedepse concrete. Suferința inerentă a executării oricărei pedepse nu dispare din conștiința celui condamnat odată cu sfârșitul perioadei de executare; amenințarea ei - cu tot ansamblul său de privațiuni și frustrări dăinuie și în continuare, acționând ca o forță inhibitorie în calea unor noi încălcări ale legii penale.

▪ în cazul prevenției generale, scopul pedepsei se realizează, în mod exclusiv, prin acțiunea funcției de intimidare, care, în acest cadru, se manifestă în două momente distincte.

Pedeapsa își face simțită forța de intimidare colectivă prin însăși intrarea în vigoare a legii care o prevede, întrucât, devenind conștient de consecințele cu caracter coercitiv pe care le va atrage nesocotirea interdicțiilor puse de legea penală, cele mai multe dintre persoanele potențial susceptibile de a deveni infractori se vor abține de a depăși, prin actele lor de comportament, limita dintre licit și ilicitul penal.

Pedepsele privative de libertate implică o constrângere, care constă în aceea că aduce o lezare a acestei valori sociale și individuale, care este libertatea, ele implicând deținerea în penitenciar, izolarea de familie, de locul de muncă, lipsa intimității manifestată atât prin paza și supravegherea continuă, cât și prin împărțirea camerei de deținere cu alte persoane private de libertate cu diverse preocupări, cu diverse conduite comportamentale, provenite din medii sociale diferite. Pierzând libertatea de mișcare și ajungând într-un penitenciar, condamnatul suportă o constrângere specială, care constă într-o privare de libertate și care este trăită cu suferință fizică și psihică.

Așadar, trăsăturile specifice ale pedepselor privative de libertate sunt următoarele:

▪ reprezintă măsuri de constrângere

Pedepsele privative de libertate, prin caracterul lor punitiv, atrag asupra celui care comite o faptă antisocială, un rău, o suferință, ca răsplată a faptei lui condamnable.

▪ este un mijloc de reeducare.

Pe lângă măsura de constrângere, pedeapsa privativă de libertate este și o măsură de reeducare. În primul rând prin pedeapsă se urmărește îndreptarea individului pedepsit astfel că, prin pedeapsă infractorul trebuie ajutat să înțeleagă că legile trebuie respectate⁶. Niciodată infractorul nu poate fi considerat ca fiind nerecuperabil și astfel el va participa la procesul educativ, iar pedeapsa este mijlocul de realizare efectiv.

▪ se aplică în scopul prevenirii săvârșirii de infracțiuni.

Prin această trăsătură, pedeapsa privativă de libertate realizează împiedicarea făptuitorului să mai comită alte fapte prevăzute de legea penală, determinându-l să-și schimbe atitudinea față de valorile sociale ocrotite de lege. Totodată, infractorul va fi atenționat cu privire la consecințele pe care le va avea de suportat dacă pe viitor va mai arăta indolență și lipsă de respect față de lege prin comiterea de noi infracțiuni.

În viziunea modernă pedeapsa privativă de libertate nu poate avea alt scop în sine decât acela de a impune respectul legii destinatarilor acesteia (prevenția generală) cât și constrângerea și reeducarea infractorului prin aplicarea ei (prevenția specială).

Activitatea socio-educativă este definită ca fiind una dintre componentele procesului de educare și reeducare a condamnaților, ce are ca scop reintegrarea socială a persoanelor condamnate la pedepse privative de libertate – art. 64 Legea 275 /2006.

Educația poate fi definită ca o formă de activitate socială, un proces social, ce constă în îndreptarea și formarea psiho-morală și socială a omului ca bun membru al societății în care trăiește și activează.⁷ Prin educație se înțelege acțiunea de formare, creștere sau îngrijire a unei persoane de către o altă persoană, pentru a-și însuși trăsăturile psihosociale, morale și regulile de comportare necesare integrării sau adaptării la viața familială, profesională, la viața socială.

⁶ T. Dima, *Drept penal. Partea generală*, Vol. II, Editura Lumina Lex, București, 2001, p. 70.

⁷ V. Tircovnicu, *Pedagogia generală*, Edit. Flacăra, Timișoara, 1975, p. 8 și urm.

Regimul penitenciar actual are un conținut amplu și dispune de mijloace pentru corijarea, influențarea și transformarea atitudinii și comportării condamnaților, în scopul recuperării sociale a acestora. În acest mod se materializează concepția potrivit căreia infractorii, chiar și cei mai înrăiți, nu au pierdut definitiv șansa de a se îndrepta și că au resurse pentru a se reintegra profesional în viața socială. Diferența constă în aceea că, dacă la unii deținuți minori sau la deținuți primari se poate vorbi despre reeducare, la infractorii recidiviști, majori, cu antecedente penale reeducarea, respectiv construirea unor noi structuri psihomorale și sociale, a unor deprinderi noi poate fi făcută numai după ce aceștia sunt „descotorosiți” de vechile trăsături comportamentale.

Legea nr. 275 din 18 octombrie 2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal⁸ se înscrie în contextul general al unificării legislației penale europene și în cel special al integrării europene și euroatlantice a României. Prin acest act normativ s-a realizat o reformă a sistemului de executare a pedepselor, reglementarea fiind superioară în conținut Legii nr. 294/ 2004 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, ea reprezentând un instrument modern și eficace în lupta împotriva infracțiunilor.

Potrivit art. 64 din Legea nr. 275/2006, activitățile educative⁹, culturale, terapeutice, de consiliere psihologică și asistență socială se organizează în fiecare penitenciar și au ca scop reintegrarea socială a persoanelor condamnate la pedepse privative de libertate.

Observăm că legea pune un accent deosebit pe educația făcută în penitenciar care trebuie să creeze condițiile pentru obținerea unui loc de muncă la momentul liberării din penitenciar, condiții pentru reluarea legăturilor familiale, rezolvării unor probleme de familie etc.

Conform art. 174 alin. (1) din Regulamentul de aplicare a Legii 275/2006 “activitatea de educație și intervenție psihosocială se face în baza planificării executării pedepsei și are drept scop asistența în vederea reintegrării sociale a persoanelor private de libertate . Aceasta cuprinde următoarele arii de intervenție:

- a) adaptarea la condițiile privării de libertate;
- b) instruire școlară și formare profesională;
- c) activități educative și recreative;
- d) asistență socială;
- e) asistență psihologică;
- f) asistență religioasă;
- g) pregătire pentru liberare.”

Pentru educarea tinerilor infractori și reeducarea adulților trebuie să se țină cont de faptul că, aceste concepte reprezintă forme de activitate socială, care se realizează în cadrul unui proces social complex, definit de următoarele trăsături¹⁰:

- reeducarea este o acțiune de formare, prin care un condamnat este ajutat de un grup sau de o persoană, pentru a-și însuși trăsături psiho-morale și reguli de conduită, necesare conviețuirii într-o societate, familie, într-un domeniu ocupațional;

- reeducarea se adresează unor oameni diferiți ca vârstă, experiență de viață, sex, mediu de proveniență, mediu cultural, nivel de pregătire și instruire, cu condamnări de durate diferite;

- educatorii, persoane specializate în acest proces, învățători, profesori, instructori, maiștri, diriginți, precum și personalul specializat al penitenciarului ca: educatori, psihologi, lucrători sociali, lucrători socio-educativi, ofițeri cu atribuții de organizare și aplicare a regulilor de viață a

⁸ Legea nr. 275 din 18 octombrie 2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 627 din 20 iulie 2006.

⁹ Capitolul VI - “Activitățile educative culturale, terapeutice, de consiliere psihologica si asistență socială, instruirea școlară si formarea profesională a persoanelor condamnate la pedepse privative de libertate”, din Legea nr. 275/2006.

¹⁰ Ioan Chiș, Bogdan Alexandru Chiș, „Executarea pedepselor privative de libertate. Drept executiv penal”, Editura Danlex Press, București, 2008, p. 206 și urm.

condamnațiilor, participă ca "*subiecți activi*" la acțiunile și programele educative în care condamnații au rolul de "*subiect pasiv*";

- procesul de reeducare presupune stabilirea unei relații relativ stabile și de mare încredere între "*reeducat*" și "*educator*";

- procesul reeducativ este de durată și continuitate, în ideea obținerii progresive pe baza teoriei "*pașilor mici*" a relației "*educator*"-"*educat*", ce trebuie să se clădească pas cu pas, zi de zi, lună de lună, uneori ani la rând, pentru a dezrădăcina unele trăsături și comportamente care s-au sedimentat în conștiința condamnatului tot în perioade lungi de timp. Insistența și intensitatea unor acțiuni individuale cu condamnatul pot să ducă la rezultate benefice, chiar și în programele incluse în pedepsele de scurtă durată.

- reeducarea este un proces conștient, în care se urmărește un anumit scop și se realizează unele activități cu intenția de a se produce anumite efecte. Conștientizarea trebuie realizată mai ales în ceea ce privește pe condamnat, și mai ales pentru recepționarea conduitelor pozitive și conforme cu legea. Rezultatul scontat nu se poate realiza decât dacă condamnatul din punct de vedere subiectiv, volutiv, dorește și contribuie la propria reeducare. În situația contrară, conformarea la normele morale impuse în cadrul penitenciarului este doar o trăsătură a caracterului pervers al sistemului, condamnatul conformându-se doar în vederea obținerii de facilități pe întreaga perioadă a deținerii sau chiar a liberării condiționate și nu ca urmare a îndreptării acestuia, urmând ca odată cu liberarea din penitenciar, comportamentul său infracțional să se manifeste din nou;

- reeducarea trebuie să fie făcută după modele conform așteptărilor societății, modele care nu duc la uniformizare la acel "*om nou*", atât de mult propagat în timpul comunismului; modelele sunt idealuri urmărite în reeducare, o sumă de însușiri pozitive de conduită, a căror rezultantă este aceea a respectului pentru prevederile legilor;

- educația ca proces de formare socio-morală încearcă să implementeze în conștiința condamnatului emoții, convingeri, deprinderi, sentimente, idei, reguli de conduită ce se însușesc de condamnat ca fiind personale;

- reeducarea presupune și crearea unei voințe morale, precum și întărirea caracterului prin inhibarea unor comportamente și trăsături negative înrădăcinate de-a lungul anilor de conduită infracțională, înlocuirea și debarasarea de vechile structuri psihice ori morale negative și construirea altora noi pozitive.

Aceste principii se regăsesc de multă vreme în documentele internaționale care tratează și problema reeducării condamnațiilor, astfel:

- Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată de ONU¹¹;
- Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale¹²;
- Recomandările în materie ale Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei, în special Recomandarea (2006)2 din 11 ianuarie 2006 referitoare la regulile penitenciare europene, Recomandarea nr. R(87)3 din 1987 privind regulile penitenciare europene, Recomandarea (80)11 din 1980 privind detenția preventivă, Recomandarea nr. 1245(1994) privind detenția persoanelor în stare de judecată, Recomandarea (92)16 privind regulile europene referitoare la aplicarea sancțiunilor și măsurilor comunitare, Recomandarea (97)12 privind personalul însărcinat cu aplicarea sancțiunilor și măsurilor comunitare, Recomandarea (89)12 privind educația în penitenciare, Recomandarea (98)7 privind aspectele de ordin etic și de sănătate din penitenciare;
- Ansamblul de Regulii Minime pentru Tratatamentul Deținuților¹³ adoptat prin Rezoluția 6630

¹¹ 10 decembrie 1948 este o dată istorică, pentru că marchează momentul nașterii dreptului modern al drepturilor omului, la această dată fiind proclamată de către Adunarea Generală a O.N.U., Declarația Universală a Drepturilor Omului.

¹² Convenția a fost semnată la Roma, la 4 noiembrie 1950 și a intrat în vigoare la 3 septembrie 1953. Ulterior, textul a fost revizuit prin mai multe protocoale.

¹³ A reluat Rezoluția Primului Congres al Națiunilor Unite pentru prevenirea crimei și tratamentul delincvenților - 30 august 1955 - Ioan Chiș, Dragoș Răzvan Niță, „*Drept execuțional penal*”, Editura ANI, București, 2005, p. 35.

(XXIV) din 31 iulie 1957 de Consiliul Economic și Social al Națiunilor Unite.

Regulile unanim acceptate în lume cu privire la activitățile culturale educative ce se desfășoară cu condamnații stabilesc că acestea constituie o parte fundamentală a vieții de penitenciar. Astfel, „Principiile de Bază pentru Tratatamentul Deținuților” stabilesc că: “Toți deținuții trebuie să aibă dreptul de a lua parte la activitățile culturale și educative vizând o deplină dezvoltare a personalității umane” (principiul 6).

Printre scopurile urmărite în dezvoltarea activităților reeducative se menționează următoarele:

- adaptarea la condițiile de detenție;
- realizarea educației și instruirii profesionale;
- susținerea morală;
- ameliorarea comportamentului;
- întărirea respectului de sine; dezvoltarea mijloacelor de exprimare și a capacității de a comunica cu alții (art.100 din Reg. apl. L.ex.p. – proiect).

Prin adoptarea unui „*Ansamblul de Reguli Minime pentru Tratatamentul Deținuților*”, s-a statuat un set de principii și reguli referitoare la o bună organizare a penitenciarelor. Documentul conține două părți: prima parte cuprinde reguli generale referitoare la înregistrare, separarea categoriilor, încăperi pentru deținere, igiena personală, îmbrăcăminte, așternut, alimentație, disciplină și pedepse, mijloace de constrângere, dreptul la informare și legătura cu lumea exterioară, personalul administrației și inspecția; iar cea de-a doua parte cuprinde reguli aplicabile categoriilor speciale de condamnați.

În aceeași manieră, „*Regulile Europene pentru Penitenciare*”, adoptate prin Recomandarea nr. R(87) 3 de Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei la 12 februarie 1987 constituie o versiune europeană revizuită a Ansamblului de Reguli Minime pentru tratamentul deținuților și, la elaborarea sa au fost avute în vedere progresele înregistrate în dezvoltarea societății și apariția alternativelor necustodiale. În această recomandare se regăsesc numeroase dispoziții referitoare la: principiile fundamentale; administrațiile instituțiilor penitenciare, personalul; obiectivele tratamentului și regimurilor de detenție; regulile aplicabile diverselor categorii de condamnați.

Aceste reglementări stabilesc că orice sistem penitenciar trebuie¹⁴:

- să asigure posibilitatea ca deținuții să-și dezvolte aptitudinile și deprinderile care să le îmbunătățească perspectivele unei reintegrări pline de succes după liberare.
- să se asigure toate resursele de remediere, educaționale, morale, spirituale și altele care sunt la îndemână și care să fie folosite în concordanță cu tratarea nevoilor prizonierilor în mod individual;
- să asigure condițiile de viață compatibile cu demnitatea umană și în conformitate cu normele comunității;
- să minimalizeze efectele grele ale închisorii și diferențele dintre viața în închisoare și viața în libertate, care duc la micșorarea respectului față de propria persoană și simțului responsabilității personale a deținuților;
- să susțină și să întărească legăturile cu rudele și comunitatea exterioară pentru a promova cele mai bune interese ale deținuților și ale familiilor lor¹⁵.

Regulile Europene 2006(2) la art. 7 stabilesc în domeniul educației condamnaților următoarele:

1. Toate penitenciarele trebuie să ofere deținuților acces la programe de învățământ cât mai complete, care să răspundă nevoilor individuale, ținând cont de aspirațiile acestora.

¹⁴ Petrache Zidaru, „*Drept execuțional penal*”, Editura All Beck, București, 2001.

¹⁵ Nicolae Anghel Nicolae, „*Dreptul executării sancțiunilor de drept penal și a măsurilor preventive*”, Editura Universității „Titu Maiorescu”, București, 2006

2. Trebuie să se acorde prioritate deținuților care nu știu să citească sau socotească, precum și celor care nu au urmat cursuri de școlarizare elementară sau formare profesională.

3. O atenție deosebită se va acorda educării tinerilor deținuți și a celor cu nevoi speciale.

4. Din punct de vedere al regimului penitenciar, școlarizarea trebuie să fie la fel de importantă ca și munca, iar deținuții nu trebuie să fie penalizați financiar sau de alt gen, pentru participarea la activitățile educative.

5. Fiecare penitenciar trebuie să aibă o bibliotecă destinată tuturor deținuților, care să dispună de un fond suficient de resurse variate, de tip recreativ sau educativ, de cărți și alte materiale de suport.

6. Acolo unde este posibil, biblioteca penitenciarului trebuie să fie organizată cu ajutorul unei biblioteci publice.

7. În măsura în care este posibil, educația deținuților trebuie:

a. să fie integrată în sistemul național de învățământ și formare profesională, astfel încât după liberare, aceștia să își poată continua procesul de învățământ și formare profesională;

b. trebuie să se desfășoare sub auspiciile instituțiilor de învățământ din exterior.

La art. 104 din Regulile europene 2006(2) se prevede privitor la educația deținuților condamnați următoarele reguli:

„1. Un program educațional sistematic, cu obiective de menținere a cunoștințelor, îmbunătățire a nivelului general de educație a deținuților și a perspectivelor de a duce o viață responsabilă, lipsită de infracțiuni, va constitui o parte esențială în cadrul regimului deținuților condamnați.

2. Toți deținuții condamnați vor fi încurajați să participe la programele educaționale și de formare.

3. Programele educaționale ale deținuților condamnați trebuie să fie adaptate la durata perioadei de încarcerare.”

Toate sistemele penitenciare din orice țară urmăresc să amelioreze condiția umană a deținuților, oferindu-le cunoștințe, tratându-le diferitele tulburări fizice și psihice, dezvoltându-le competențe utile pentru o viață cinstită după liberare. Drept urmare, programele oferite de administrația unui penitenciar pot fi clasificate în programe de educație, programe de formare (profesională, în principal) și programe de terapie. Finalitatea acestor programe este comună: să-i ajute pe deținuți să gândească și să se comporte într-un mod acceptat social astfel încât să nu mai recidiveze.

Valențele educative ale executării pedepsei ce rezidă din modul în care aceasta se desfășoară (cu respectarea principiilor fundamentale de drept, cu respectarea persoanei condamnatului), prin efectuarea unei activități utile de muncă, cu respectarea drepturilor și cu recompensarea muncii¹⁶, pot crea condiții pentru condamnat să se readapteze ușor la viața liberă, la munca cinstită și corectă în societate.

Toate aceste elemente pot contribui la reinsertia socială a individului, dar și la prevenirea săvârșirii de noi infracțiuni de către cei condamnați care au executat o pedeapsă.

De cele mai multe ori condamnații prezintă tare educaționale pronunțate, astfel că reeducarea lor nu poate fi limitată la un program, ci la o complexitate de acțiuni socio-educative care țin să îndeplinească nevoile și competențele de bază. Limbajul suburban, obișnuința de a pronunța injurii și calomnii, carențele de cunoaștere a limbii, a cititului și scrisului, a comportării civilizate și respectuoase, instruirea profesională precară sau inexistența acesteia, necunoașterea prevederilor legale în foarte multe domenii, posibilitățile reduse de a se putea adresa unor instituții sau unor organe de stat, lipsurile privitoare la îngrijirea sănătății, organizarea vieții private, a alimentației,

¹⁶ În ceea ce privește munca în penitenciare, acesta trebuie privită ca un element pozitiv în tratamentul, pregătirea și conducerea instituțională. În acest sens, deținuții vor lucra în concordanță cu starea lor fizică și mentală determinată de consultul medical.

obișnuința de a consuma alcool sau a fuma, rezolvarea conflictelor de familie sau între rude prin violență, iată câteva dintre problemele condamnaților care devin în mod obișnuit obiective ale muncii de reeducare, ce vin să demonstreze câte neajunsuri trebuie corectate, concomitent cu obișnuirea condamnatului cu disciplina civică, cu crearea conștiinței trailului cinstit și a procurării celor spre care aspiră, prin mijloace legale¹⁷.

Regimul executării pedepsei închisorii se întemeiază pe obligația condamnaților de a presta o muncă utilă dacă sunt apți pentru aceasta, pe acțiunea educativă ce trebuie desfășurată față de condamnați, pe respectarea de către aceștia a disciplinei muncii și a ordinii interioare, a locurilor de deținere precum și pe stimularea și recompensarea celor stăruitori în muncă, disciplinați și care dau dovezi temeinice de îndreptare¹⁸. Toate aceste mijloace trebuie folosite în așa fel încât să conducă la reeducarea celor condamnați. De fapt, acesta constituie regimul general al executării pedepsei¹⁹, așa cum este el definit de legislația noastră.

Tot astfel, activitatea socio-educativă reprezintă una dintre componentele procesului de educare și reeducare a condamnaților, ce are ca obiective corectarea comportamentului persoanelor condamnate, formarea respectului față de propria persoană și față de comunitate, instruirea școlară și formarea profesională a acestora, precum și reintegrarea socială a persoanelor condamnate la pedepse privative de libertate.

În concluzie, esențiale pentru realizarea scopului corecției în administrațiile penitenciare europene, sunt considerate: munca, folositoare din punct de vedere social²⁰; educația generală și pregătirea profesională; diferite activități culturale, sportive și recreative; educația religioasă etc.

Reintegrarea sociala reprezinta o premisa a reușitei aplicării pedepselor privative de libertate. Privarea de libertate în mediul penitenciar constituie o situație deosebită, cu amplitudine rezonantă în modul de viață al oricărei persoane ce execută o pedeapsă privativă de libertate, atât pe întreaga perioadă a detenției, cât și după aceea, în libertate.

Pregătirea deținutului pentru liberare trebuie să se realizeze, încă din prima zi de deținere, aceasta constituind finalitatea tuturor demersurilor întreprinse, fiind scopul muncii socio-educative, fundamentul activităților cultural - educative desfășurate în penitenciar, urmărind un singur obiectiv: acela de a arăta deținutului mijloacele posibile în privința creșterii capacității sale de reinserție socială.²¹

Pe întreaga perioadă a executării pedepsei, acesta este obiectivul urmărit de către personalul compartimentului socio-educativ, în legătură directă cu alți intervenienți (vizitatori, membri voluntari ai diverselor organizații neguvernamentale, psihologi, sociologi, pedagogi) pentru a facilita, în măsura posibilului, readaptarea deținutului la viața din libertate, la o viață de conformare și respect față de valorile societății.

În acest sens, trebuie să se realizeze acțiuni individuale sau colective premergătoare liberării, ținându-se permanent cont de riscul recidivei pentru cei „vizati”, precum și de evoluția lor pe întreaga perioadă a deținerii.

Activitățile desfășurate la nivelul penitenciarului trebuie, pe cât posibil, să fie asistate și de parteneri externi calificați, care pot interveni pe teme legate de: slujbe în exteriorul locului de deținere, asistență socială, șomaj, formare profesională și civică, locuințe și posibilități de cazare, sănătate, asigurări sociale, internari în spital etc.

¹⁷ Recomandarea nr. R(89) 12 a Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei, adoptată la data de 13 octombrie 1989, Strasbourg, 1990 pct. 1. 8.

¹⁸ Nicolae-Anghel Nicolae, „Dreptul executării sancțiunilor penale”, Editura Universității „Titu Maiorescu”, București, 2002

¹⁹ Regimul penitenciar în sens larg înseamnă felul în care este organizată viața și activitatea condamnatului în penitenciar pe durata executării pedepsei în scopul reeducării lui și al prevenirii săvârșirii de noi infracțiuni.

²⁰ Aurel Teodor Moldovan, „Munca persoanelor condamnate”, Editura „Monitorul Oficial”, București, 1999.

²¹ G. S. Barbu, A. Șerban, „Drept executiv penal”, Editura All Beck, București, 2005

O atenție deosebită trebuie acordată dezvoltării relațiilor dintre deținut și familia sa, dacă acestea sunt în avantajul deținutului. De asemenea, deținutul trebuie susținut și încurajat a menține relațiile cu mediul înconjurător, cu persoane și organizații din exterior, care să poată favoriza readaptarea socială.

Programele ce se derulează cu condamnații urmăresc în cele mai multe cazuri următoarele:

- cunoașterea personalității persoanelor condamnate și evaluarea nevoilor socio-educative;
- instruirea școlară a neștiutorilor de carte, completarea studiilor gimnaziale, studiilor liceale sau universitare în raport de voința condamnatului, vârsta și posibilitățile de organizare a penitenciarului;
- formarea profesională, prin organizarea calificării, recalificării, a instruirii la locul de muncă, realizarea obișnuinței de a lucra pe baza unei calificări date de organele statului;
- însușirea regulilor de comportare în societate, în familie, atitudinea cerută în relațiile cu organele de stat, cu alte instituții oficiale, realizarea culturalizării în limitele standardelor oamenilor din categoria sa și a nevoilor personale, educarea sportivă și participarea la astfel de acțiuni;
- stabilirea și diversificarea legăturilor cu comunitatea, dezrădăcinarea anturajelor negative și cultivarea unor legături sociale în cadrul respectării regulilor moralei și legilor.

Programele cuprinse în activitatea socio-educativă sunt, din punct de vedere al dreptului execuțional penal, o nouă abordare a manierei de parcurgere a pedepsei, de la începutul acesteia și până la liberare. Este așa numita planificare a pedepsei ce se realizează ca un act conștient de îndeplinire a raportului execuțional penal dintre condamnat și administrația penitenciară.

Planificarea pedepsei se realizează încă de la începutul executării acesteia și cuprinde o conștientizare a condamnatului cu privire la parcurgerea tuturor etapelor, de la învățarea regulilor de ordine, disciplină, conduită din penitenciar, continuând cu îndeplinirea condițiilor pentru trecerea de la un regim mai sever la unul mai ușor, concomitent cu obișnuirea de a-și asuma responsabilități din ce în ce mai multe și mai complexe, care duc la schimbări în conștiința și modul de a aborda problemele vieții personale²². Odată întocmit planul de executare al pedepsei, condamnatul poate urmări pas cu pas îndeplinirea condițiilor care îl duc spre liberare și anume: obținerea de responsabilități, realizarea unei calificări sau meserii, terminarea instruirii școlare sau perfecționarea educației prin programe, obținerea a cât mai multe recompense și realizarea unei conduite care să-l ferească de sancțiuni, urmărirea îndeaproape a trecerii într-un regim mai ușor și obținerea de facilități cât mai multe care să apropie viața de penitenciar de viața liberă, pregătirea pentru a convinge comisia de liberare condiționată că merită să se bucure de această măsură, la fel ca și realizarea unei conduite care să convingă conducerea penitenciarului că merită să primească învoire, “concediu penitenciar” și reduceri de pedeapsă.

Urmărirea conștiințioasă a planului de executare a pedepsei din partea condamnatului creează permanente responsabilități, o conduită pozitivă și conformă cu prevederile legale, ceea ce duce în final la obișnuirea acestuia cu comportamente legale și abandonarea comportamentelor deviate. Este necesar ca această planificare să fie urmărită de factorii responsabili socio-educativi, pentru ca să nu se producă anumite distorsiuni, condamnatul să poată fi ajutat în momentele grele prin care trece pe timpul executării pedepselor, momente care ar putea duce la

²² O fișă de planificare a pedepsei cuprinde în principiu următoarele: perioada de carantină (obișnuirea cu regulile, vizitele medicale, cunoașterea incipientă), repartizarea într-un anumit regim (maximă securitate, închis, semiliber, liber), repartizarea la muncă, repartizarea într-un anumit program de educare sau instruire profesională, stabilirea de principiu a datelor când se poate analiza trecerea la un regim mai ușor, stabilirea perioadei în care condamnatul devine propozabil pentru propunere de liberare condiționată, stabilirea perioadelor la care se poate face reducerea pedepsei, când se pot acorda învoire și “concediul penitenciar”, precum și perioada de pregătire pentru liberare și reinsertie socială, prin accentuarea activităților de contact cu comunitatea etc.

abandonarea conduitei pozitive și acceptarea unei atitudini de frondă sau de pasivitate, de resemnare și reluare a concepțiilor infracționale.

Doctrina executorială penală subliniază faptul că eforturile de sprijinire a deținuților în vederea reintegrării în societate nu trebuie să se oprească la poarta penitenciarului, ci trebuie prelungite și după liberare, concretizându-se în acordarea asistenței postpenale.

În România, problema asistenței post-penale nu este instituționalizată și, drept consecință, nici o instituție de stat nu are ca principală atribuție ajustarea deținuților după punerea în libertate, în vederea reintegrării în societate.

Cu toate acestea, Administrația Națională a Penitenciarelor a declarat²³ că programul de reintegrare socială a deținuților se oprește „la poarta penitenciarului”, confruntându-se cu următoarele probleme: numărul insuficient al personalului calificat, lipsa atractivității programelor de formare profesională, o cauză fiind lipsa unei politici de reintegrare coerente, adaptată la nevoile populației carcerale și mediului extern, standardizarea domeniului de reintegrare socială se găsește într-un stadiu incipient, fiind necesară actualizarea procedurilor specifice, definirea unor indicatori de performanță de sistem, precum și a unor standarde de calitate, mijloacele materiale și financiare implicate în domeniul de reintegrare socială sunt insuficiente în ceea ce privește desfășurarea activităților specifice, calitatea și cantitatea rezultatelor fiind în stransă dependență de nivelul de utilizare al acestora.

Dintr-un număr total de 27.000 deținuți, existenți în sistemul penitenciar în anul 2008, doar 22,60 % dintre aceștia au participat la programe de asistență psihologică, 28,74% la programe de asistență socială, 41,24% în medie participând la activități de consiliere socială.

În sfera educațională, pentru componența de completare a nivelului de școlarizare, menționăm o creștere a procentului de beneficiari ai cursurilor de școlarizare (de la 7%, în anul 2006, anterior aplicării prevederilor Legii nr. 275/2006, la 11% în anul 2009), creștere datorată motivării suplimentare a participanților, prin acordarea recompensei financiare și a zilelor considerate executate.²⁴

Nu putem să nu ne gândim dacă aceasta creștere a creat și o conștientizare a condamnaților, lucru ce va duce în viitor la reducerea recidivei, sau reprezintă doar o activitate educațională bifată în anuarele Administrației Naționale a Penitenciarelor, cu o rată de eficiență de 0,29 % așa cum s-a arătat în Bilanțul A.N.P. pentru anul 2008.

Amarul adevăr – adevărul că mediul penitenciar nu se poate împăca cu resocializarea – a ieșit la iveală cu mult timp în urmă. Dintotdeauna, falimentul muncii de reeducare organizat pe semnalul navigabil al frazelor neacoperite de rațiuni diametral opuse a fost evident, pentru că: nu poți insufla pasiuni concepuibile social într-o realitate alarmantă, învrăjbită temerar și ascunsă la nivelul deșertului colorat în care convietuiesc deținuții; nu a fost gândit în imagini dependente de mediile înconjurătoare posibile; a imprimat întregii munci și practici desfășurate o adevărată confuzie a categoriilor de stare consolidate zgomotos peste barierele jurisprudenței. Conform presantelor opțiuni de a intra în jocul practicilor fără fundament solid, pentru psihologii, sociologii și asistenții sociali, de fapt pentru cei care vor să lege percepția de reprezentare a mediului carceral cu socializarea, falimentul muncii educative este absolutul vădit.²⁵

În ceea ce privește asistența psihologică generală, aceasta urmărește consolidarea comportamentelor învățate prin programe de asistență psihosocială specifică, precum și dezvoltarea deprinderilor și atitudinilor prosociale: formarea și exersarea abilităților de sprijin, autocunoaștere și dezvoltare personală, diminuarea riscului de vulnerabilitate, terapie ocupațională, relații conjugale și familiale.

²³ Bilanțul Administrației Naționale a Penitenciarelor pe anul 2008, Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești.

²⁴ Bilanțul Administrației Naționale a Penitenciarelor pe anul 2009, Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești.

²⁵ Petrance Zidaru, „Legea nr. 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal. Comentarii,” Edit. Hamangiu, 2008, pag. 258 și urm.

Demersurile de asistență socială urmaresc restabilirea/ facilitarea/ îmbunătățirea relației dintre persoana privată de libertate și mediul de suport, identificarea de resurse disponibile (familie, domiciliu), care pot susține eforturile de reintegrare ale persoanei condamnate și după executarea pedepsei, precum și creșterea unei rețele de suport social.

Problematica acoperită de acest domeniu are ca și grup - țintă persoanele private de libertate nevizitate, cele fără adăpost, cele care, ca urmare a încarcerării, au copii sau rude care beneficiază de o masura de protecție socială (plasament, instituționalizare), precum și cele aflate în relații conflictuale cu membrii familiei etc.

Iată-ne ajunși la scopul necunoscut aproape aidoma – reintegrarea profesională – nu în sensul de a-l repune pe fostul deținut în drepturile sale sau într-o funcție pe care a mai avut-o, ci de a-i facilita puterea ca în cadrul relațiilor de conviețuire socială să se poată ridica deasupra propriei experiențe, să poată beneficia de favoarea unei șanse.

Odata ce deținutul se vede scăpat de „infernul” din penitenciar, plin de constrângeri și privări, infern în materialitatea lui, aceștia se simt încolțiți de libertate, societate, de obstacolele întâlnite zilnic pe care sunt nevoiți să le treacă pentru a-și putea duce existența mai departe. În acest punct critic, deținutul este tentat să urmeze impulsul organic de a acționa contra legii și contra ordinii de drept. Doar în momentul în care nu cedează tentației și va putea să se reintegreze în societate prin desfășurarea unei munci oneste, cinstate, când își poate întemeia o familie și poate trece peste repulsul firesc al societății, putem spune că acesta este reeducat. Creșterea nivelului de educație, instruirea școlară, formarea profesională, crearea unei atitudini corecte față de muncă și față de societate îl pot ajuta pe deținut să treacă mai ușor peste „ problemele inerente” ale vieții de zi cu zi din libertate.

Concluzii

Considerăm necesar elaborarea și implementarea unui sistem unitar de evaluare și intervenție, axat pe nevoile de educație și asistență psihosocială ale persoanelor custodiate, dar și pe așteptările comunității, a unui cadru normativ corespunzător și a unui sistem interinstituțional interactiv, articulat și funcțional asumat la nivel național de către toate institutiile cu rol in asistenta postpenala care sa poata duce astfel la cresterea posibilitatii de reintroducere în societate a persoanelor care au suferit o condamnare prin privare de libertate.

Referințe bibliografice

1. Nicolae Anghel Nicolae, „*Drept penal. Partea generală*”, Vol. II, Editura „Titu Maiorescu”, București, 2005; C. MITRACHE, „*Drept penal român. Partea generală*”, Casa de editură și presă „Șansa” S.R.L., București, 1997, p. 145 și urm.
2. Vasile Păvăleanu, „*Drept penal. Partea generală. Legea penală și infracțiunea*”, Editura Lumina Lex, București, 2003, p. 103; Matei Basarab, „*Drept penal. Partea generală*”, Vol. I, Editura Lumina Lex, București, 2001, p. 124.
3. Giuliano Vassali, *La fonction reeducative de la peine et la liberation conditionnelle*, Studies in Penology, The Hague, Martinus, Nijhoff, 1964, p. 220 si urm.
4. Ioan Chiș, Dragoș Răzvan Niță, „*Drept execuțional penal*”, Editura ANI, București, 2005.
5. Ioan Chiș, Bogdan Alexandru Chis, „*Executarea pedepselor privative de libertate. Drept execuțional penal*”, Editura Danlex Press, București, 2008, p. 206 și urm.
6. Ion Oancea, „*Drept execuțional penal*”, Editura All, București, 1998, p. 318.
7. T. Dima, *Drept penal. Partea generală*, Vol. II, Editura Lumina Lex, București, 2001, p. 70.
8. V. Tîrcovnicu, *Pedagogia generală*, Edit. Flacăra, Timișoara, 1975, p. 8 și urm.
9. Petrache Zidaru, „*Drept execuțional penal*”, Editura All Beck, București, 2001.
10. Nicolae Anghel Nicolae, „*Dreptul executării sancțiunilor de drept penal și a măsurilor preventive*”, Editura Universității „Titu Maiorescu”, București, 2006

11. Nicolae-Anghel Nicolae, „*Dreptul executării sancțiunilor penale*”, Editura Universității „Titu Maiorescu”, București, 2002
12. Aurel Teodor Moldovan, „*Munca persoanelor condamnate*”, Editura „Monitorul Oficial”, București, 1999.
13. G. S. Barbu, A. □erban, „*Drept executional penal*”, Editura All Beck, București, 2005
14. Legea nr. 275 din 18 octombrie 2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 627 din 20 iulie 2006.
15. Recomandarea nr. R(89) 12 a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei, adoptată la data de 13 octombrie 1989, Strasbourg, 1990 pct. 1. 8.
16. Bilanțul Administrație Naționale a Penitenciarelor pe anul 2008, Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești.
17. Bilanțul Administrație Naționale a Penitenciarelor pe anul 2009, Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești.

PARTIES' RIGHTS IN THE ROMANIAN CRIMINAL TRIAL - EQUALITY OF ARMS ELEMENT

MIRCEA I. DAMASCHIN*

Abstract

This study approaches the issue of the equality of arms principle in the Romanian criminal trial. In this respect, except for certain texts of the Romanian Constitution expressly providing persons' equality in front of judicial bodies, during the procedures, the principle of equal treatment is not expressly regulated elsewhere. However, as we shall notice, the economy of the Romanian Criminal Procedure Code texts reveals numerous regulations converging to the establishment of an equal treatment of the parties to the criminal trial. Also, we shall establish that this fundamental principle of the criminal trial is protected through numerous decisions of the Romanian Constitutional Court, an institution which substantially contributed to the improvement of the legislative framework in the analyzed matter.

Keywords: *principle of equality; Romanian criminal trial; remand custody; the right of the accused or defendant not to self-incriminate himself/herself; parties' representation*

Introduction

The principle of the litigants' equality in the criminal trial is naturally circumscribed to the generous principle of people's equality, a social desiderate which stood at the center of human right militants' concerns from the oldest times.

We remind, with reference to the human equality principle, the Virginia Bill of Rights, adopted in May 1776, which provides that "all the people are, by nature, equally free and independent and have certain rights inherent to their nature, *i.e.* the right to life and freedom, and the means to acquire and preserve property, and to pursue happiness and safety".

In the same year, in Philadelphia, the *United States Declaration of Independence* was adopted which, in its second paragraph, provided that: "all the people are born equal, with certain inalienable rights, among which life, freedom and the right to pursuit happiness"¹.

The principle of people's equality is, however, estimated to be a victory of the French revolution. Thus, the most important legal document, which succeeded in presenting in a modern form the human rights and freedoms issue, was adopted on August 26, 1789- *Declaration of the Rights of Man and of the Citizen*.

The title of this declaration was elaborated by the first commission especially designated by the Constituent Assembly of the French Revolution and clearly reflects the dualist vision shaped among illuminist ideologists, inspired by the natural law theory (human rights) and the social contract theory (in the citizen's rights). The progressive nature of this important document actually results from all its articles, important provisions being dedicated to citizens' equality before law, even in article 1 („People are born and remain free and with equal rights”).

People's equality before law and the authorities also remained a constant concern for the contemporaneous period, as this principle can be found in the most important international documents with relevance in the human rights field.

* Lecturer, Ph.D., Faculty of Law, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest (damaschin.mircea@gmail.com). This work was supported by CNCISIS –UEFISCSU, project number 860 PNII – IDEI 1094/2008.

¹ This statement was not included in the American Constitution, which was adopted in 1787, but was added, as an amendment thereto, in 1789.

Thus, according to Art. 10 of the Universal Declaration of Human Rights² “any person shall have the right, under fully equal conditions, to be equitably and publicly heard by an independent and impartial tribunal which shall decide either on his/her rights and obligations, or on any criminal accusation against him/her”.

The International covenant on civil and political rights³, Art. 14 para. 3 provides that “Any person accused of the perpetration of a criminal offence shall have the right, under fully equal conditions, to at least the following guarantees: a) to be informed, as soon as possible, in a language that he/she can understand and in a detailed manner, of the nature and reasons of the accusation against him/her; b) to have the time and the facilities necessary to the preparation of his/her defense and to communicate with the defense lawyer he/she chooses; c) to be judged without excessive delay; d) to be present at the trial and defend himself/herself or be assisted by a defense lawyer chosen by him/her; unless he/she has a defense lawyer, to be informed of the right to have such lawyer and, whenever the interest of justice so requires, to be given a defense lawyer *ex officio*, free of charge if he/she has no money to remunerate such lawyer; e) to interrogate or have defense witnesses interrogated and to obtain the presentation and the interrogation of defense witnesses under the same conditions as accusation witnesses; f) to benefit from the free assistance of an interpreter, unless he/she understands or speaks the language used in court; g) not to be forced to witness against himself/herself or recognize himself/herself to be guilty”.

The Romanian Constitution expressly provides for the principle of equal rights, under Art. 16, items 1 and 2. Thus, “(1) Citizens shall be equal before law and public authorities, without any privileges and discriminations”; “(2) Nobody is above law”.

Also, Art. 21 of the Constitution provides as a fundamental right of the person, the free access to justice, specifying that: “Any person may resort to justice for the protection of his/her rights, freedoms and legitimate interests”; the same constitutional provision also stipulates that no law may limit the exercise of this right.

In a broad sense, citizens’ equal rights include the right of Romanian citizens, irrespective of nationality, race, gender or religion, to exercise, under fully equal conditions, all the rights provided in the Constitution and the laws, to equally participate in the political, legal, social and cultural life.

As regards the application of this principle in the judicial activity, we notice the existence of numerous international documents establishing magistrates’ obligations, in the sense of respecting and guaranteeing the equality that litigants must benefit from. Thus, item 9.1. of the *Elements d’un Statut Européen de la Magistrature (Elements of an European Statute of Magistrature)* provides that “...les magistrats du ministère public assurent l’égalité des citoyens devant la loi (the magistrates of the public ministry ensure citizens’ equality before law)”⁴.

Recommendation R (19)/2000 of the Committee of Ministers of the Council of Europe⁵, item 26 established, as the obligation and responsibility of the prosecutor regarding the litigant, “the assurance of the equality of any person before law ...”.

In the same respect, according to rule 5, *Equality*, from *Bangalore principles of judicial conduct*⁶, the assurance of an equal treatment for everybody before courts, a premise

² Adopted in Paris, on October 10, 1948.

³ Adopted on December 16, 1966, through General Assembly resolution of the United Nations Organization 2200 A (XXI), the Covenant came into force on March 23, 1976. It was ratified by Romania through Decree no. 212/1974, published in Official Bulletin no. 146/November 02, 1974.

⁴The document was adopted on January 16, 1993 by Association Medel-Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés.

⁵Recommendation no. R (19)/2000 of the Committee of Ministers to the member states regarding the prosecutor’s role in the criminal judicial system was adopted on October 06, 2000, at the 724th reunion of ministers’ delegates.

⁶The Bangalore draft code of judicial conduct (2001) adopted by the Judicial group on strengthening judicial integrity, as reviewed at the round table of the tribunal presidents, which took place at the Peace Palace in The

indispensable to the exercise of the function in court, is considered to be a fundamental principle.

Also, the Report of the Conference of Prosecutors General of Europe (CPGE) from Celle, 2004, underlined the existence of a “*tendency to the European harmonization of the objectives of different legal systems, which now tend to focus on public interest principles, everybody’s equality before law and the personalization of criminal justice*”.

The principle is also regulated in Art. 6 of Law no. 304/2004 regarding judicial organization⁷, according to which: “(1) *All the persons are equal before law, without any privileges and discriminations. (2) Justice shall be equally made for everybody, irrespective of race, nationality, ethnical origin, language, religion, gender, sexual orientation, opinion, political appurtenance, estate, social origin or condition or any other discriminatory criteria*”.

The specialty literature⁸ fairly noticed, in the perspective of highlighting the constitutional resonances at the criminal justice level (but also of numerous provisions included in international documents, *s.n.*), that the principle of persons’ equality in the criminal trial should be expressly established, in the Criminal Procedure Code, as a rule of the criminal trial.

In the criminal trial, we estimate that the most important components of equality of arms may be established at three different levels, as follows:

- 1) *all the persons are applied the same procedural rules* (equality of arms from the perspective of the applicable criminal procedural rules);
- 2) *the same bodies perform the criminal trial, with no privilege for certain persons and no discrimination* (equality of arms from the perspective of criminal judicial bodies);
- 3) *the parties to the criminal trial benefit from the same procedural rights before judicial authorities, without any discrimination* (equality of arms from the parties’ perspective).

Under such circumstances, we shall analyze below the equality of arms principle in terms of the abovementioned triad.

1. The right of the accused not to incriminate himself/herself – a condition of the equality of arms in the criminal trial

The right to silence, recognized to a person accused of the perpetration of a criminal deed is established in the most important international documents on human rights.

Thus, according to Art. 14 para. 3, letter g of the International covenant on civil and political rights *any person accused of the perpetration of a criminal deed shall have the right, under fully equal conditions, not to be forced to witness against himself/herself or to recognize himself/herself to be guilty*.

Also, according to 6 para. 1 of the European Convention on Human Rights⁹, *any person shall have the right to the equitable judgment ... of its case by an independent and impartial court, established by law, which shall decide on ... the grounded nature of any criminal accusation against him/her*.

With reference to the last document, we can notice that the right to silence is not expressly regulated but the European Court of Human Rights constantly stated that the right not to make any statements and the right not to self-incriminate himself/herself are generally acknowledged international standards which are at the basis of the equitable trial concept. Also, the person’s

Hague, on November 25 -26, 2002 (<http://www.unjr.ro/deontologie-judiciara/principiile-de-la-bangalore-2002.html>).

⁷ Law no. 304/June 28, 2004 regarding judicial organization, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 576/June 29, 2004, as subsequently amended and supplemented.

⁸ I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2010, pp. 107-110.

⁹ Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, adopted in Rome on November 04, 1950, and the additional protocols, were ratified by Romania through Law no. 30/May 18, 1994, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 135/May 31, 1994.

protection against self-incrimination is an important element for the protection of the accused persons against the use of oppressive and coercive measures, being related to the presumption of innocence principle.¹⁰

In another case¹¹, the European Court of Human Rights stated that the violation of the right of silence may be established, through the practice of authorities to request an accused person to submit all the documents in his/her possession connected to certain commercial activities. Also, the accused person's freedom of choice to speak or be silent during the criminal investigation was established to be breached through the use by the judicial authorities of the statements of another imprisoned person, a police informer, trained as to the questions addressed to the accused and with regard to which he/she recognized the perpetration of the offence. In this respect, the information was obtained against the will of the accused, who had chosen a passive conduct, by declaring nothing to the judicial bodies.¹²

Similarly, Art. 29 of *Corpus Iuris* provides that in any trial opened for an offence committed against EU financial interests, the accused benefits from the defense rights granted through Art. 6 of the European Convention on Human Rights and through Art. 10 of the International covenant on civil and political rights. From the first interrogation, the accused has the right to know the content of the accusations against him/her, the right to be assisted by a chosen defense lawyer and, if needed, the right to an interpreter. Also, the accused shall be recognized the *right to silence*.

As to this issue, the Romanian specialized literature estimated that the right to defense, a guarantee necessary for obtaining a balance between the interests of the person and the interests of society¹³, through its importance, exceeds even the interests of the accused and defendant, as such right is of interest for the entire criminal trial and the judicial activity in general.¹⁴

In considering the jurisprudence of the European Court of Human Rights, by reference to the content of the main legal instruments regarding human rights, ratified in Romania, the procedural law was subject to significant amendments as to the guaranteeing of the exercise of the right to defense during the criminal judicial procedure.

One of the supplementations of the national criminal procedural law consists in the establishment of the right recognized to the defendant or to the accused, not to declare anything. In this respect, according to Art. 70 para. (2) of the Criminal Procedure Code, amended through Law no. 356/2006, before being heard, the defendant or the accused shall be informed of the fact forming the object of the case, the legal qualification of the fact, the right to have a defense lawyer, and *the right not to make any statement, while drawing his/her attention that anything he/she says may be used against him/her*¹⁵.

¹⁰ Case Saunders vs. the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, in *Hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului. Culegere selectivă, vol. II*, Polirom Publishing House, Iași, 2001, p. 179-189. In the case, it was established that the obligation of the defendant to give statements to public officials, under the pressure of application of criminal sanctions, and the use of such incriminating statements during the judicial procedure prejudice the right to be silent, a fundamental component of the right to an equitable trial. In the criminal trial, the accusation must prove and draft the indictment without resorting to any evidence obtained through coercive or oppressive methods, contrary to the will of the accused.

¹¹ Case J.B. vs. Switzerland, in C.L. Popescu, *Drepturile de procedură în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (2001-2002)*, All Beck Publishing House, Bucharest, 2003, p. 15-19. Similarly, the right to silence may be breached not only through a law compelling the defendant to answer the questions but also through a law compelling him/her to provide documents to the authorities, under the threat of the application of a criminal sanction in case of refusal (Case Funke vs. France, in V. Berger, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, IInd edition, reviewed and supplemented, the Romanian Institute for Human Rights, p. 385-391).

¹² Case Allan vs. the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, in C.L. Popescu, *op. cit.*, p. 240-244.

¹³ T. Pop, *Drept procesual penal*, vol. I, National Typography, Cluj, 1947, p. 345.

¹⁴ I. Neagu, *op.cit.*, pp. 98-107.

¹⁵ Similarly, in France, during the training, the judge warns the person that he/she has the possibility to abstain from making statements; minutes shall be drafted as to the performance of this obligation (J. Pradel,

The legal text seems to obviously provide that the obligation of the criminal prosecution bodies must be enforced before taking the first statement of the accused. The procedure is only valid for the taking of the first statement, which means that in case of a subsequent statement, the information of the accused as to the exercise of a right which was already brought to knowledge is no longer necessary.

The question whether this procedure is also applicable as regards the establishment of flagrant offences arises.

Specifically to the activity related to the establishment of flagrant offences is the drafting of the establishing minutes, a procedural document representing the quintessence of the evidence in such case. In this respect, the minutes shall include the description of the established criminal illicit, the statements of the accused, of the injured person and of the assisting witnesses, and the specification of the other evidencing activities imposed by each case, according to its nature (research on the spot, establishment of the nature of certain substances, taking of objects and writs, results of the bodily investigation, etc.). Such document, drafted on the spot, thus performs, mainly, the role of the most important evidence element but also serves to mark the starting of the criminal prosecution.¹⁶

Is it necessary that, in the performance of the activity related to the establishment of the flagrant offence, the judicial bodies ensure to the perpetrator the exercise of the right to silence? The question is justified by the provisions of Art. 70, para. 1 of the Criminal Procedure Code which refer to the “*accused*” capacity, which could lead to the supposition that, when the offence is established, since the perpetrator is not accused yet, the judicial bodies are not compelled to proceed to any information on the right not to give any statements.

We estimate that such interpretation cannot be accepted.

Thus, the fact that, upon the establishment of the offence, such person is requested a first statement must be taken into account. In the practice of criminal prosecution bodies, in many cases, the perpetrator acknowledges the perpetration of the criminal illicit, describes the nature and quantity of the trafficked substances, discovered on himself/herself, the amount received or offered for the perpetration of corruption acts etc. The conduct related to the acknowledgement by the accused results from the specific nature of the particular hypothesis of the flagrant offence, characterized by the shock of being discovered when perpetrating the deed. The same coordinates are also maintained in case of prosecuting the perpetrator after the perpetration of the deed, which activity has as a final point, in most of the cases, his/her immobilization. Under such circumstances, doubled by the inequality of the status of the two camps, by the advantage of the position of judicial bodies, the recognition of the deed, the self-incrimination of the perpetrator, represent very probable aspects.

All these statements, obtained, by strictly temporal reference, before the starting of the criminal trial, are mentioned in the establishing minutes and, most of the times, are put on a video magnetic tape. It is easy to estimate that the probatory value of such means of evidence is particularly important for proving the perpetrator’s guilt. We consider that, along with the actual establishment of the offence, the statements obtained from the perpetrator as soon as he/she was detained are the main probatory elements on which the accusation is based. Thus, it may be concluded that the accusation is also supported by the perpetrator’s self-incrimination.

Procedure penale, Editions Cujas, 10^{ème} édition, Paris, 2000-2001, p. 562). In Germany, according to Art. 136 of the Criminal Procedure Code, the accused shall be informed, before the taking of the first statement, of the offence he/she is accused of and about the legal qualification, drawing his/her attention that law grants him/her the right not to answer the accusations.

¹⁶ I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2009, pp. 571-573.

In the same spirit, the specialty literature¹⁷ estimated that the procedure related to the establishment of a flagrant offence supposes, on account of criminal prosecution bodies, the obligation to inform the perpetrator of his/her right to be assisted by a defender, subsequently such specification to be made in the statement, recorded in the minutes. It results that, although the existence of a procedural framework cannot be yet established, the activities related to the establishment of the flagrant offence are dominated by the guaranteeing of the defense rights.

Moreover, in the circumstances of a *flagrante delicto*, the judicial bodies have the obligation to ensure the presence of a defense lawyer on the date and at the time established for the activity performance.¹⁸ However, we express our reserves as to this interpretation, considering the specific elements of the procedure at issue; In this respect, in many hypotheses it is practically impossible to ensure the presence of a defense lawyer on the spot.

All these considerations lead to the conclusion that, as soon as the perpetration of a flagrant offence was established, the judicial bodies are compelled to inform the perpetrator about the defense rights, among which the right to silence. Consequently, before giving the first statement (in which the questions of the criminal prosecution bodies regarding the circumstances of the perpetration of the criminal deed shall also be included), the perpetrator has to know that he/she has the right not to declare anything and that everything that he/she will declare may be used against him/her subsequently, during the judicial procedure.

The sanction which may occur in case of the breach of the obligation related to the information of the accused or of the defendant about the right not to declare anything is relative nullity, under the conditions of Art. 197 paras. (1) and (4) of the Criminal Procedure Code¹⁹ However, in circumstances leading to the conclusion that the breach of such obligation had consequences as to the finding of truth and the fair settlement of the case, relative nullity may be invoked under the legal regime of an absolute nullity and may be highlighted at the parties' request or *ex officio*, at any time during the criminal judicial procedure. In this respect, in case the statements were obtained through the breach of the right to silence and prove to be decisive for establishing the guilt of the accused or of the defendant, the existence of a procedural flaw which may determine the nullity of the probative evidence thus obtained, may be invoked.

2. The procedural framework established in view of the remand custody of the defendant and the accused, element of the equality of arms

The accused is, according to Art. 229 of the Criminal Procedure Code, the person against whom the criminal prosecution is performed as long as the criminal action was not instituted against him/her, while the defendant is a party to the criminal trial, the criminal action being exercised against him/her (Art. 23 of the Criminal Procedure Code). Only from the presentation of the two concepts, the existence of significant differences, elements which inevitably lead to the institution of a distinct procedural regime, is revealed.

Thus, in terms of the preventive measures which may be ordered against the accused or the defendant, the most important differentiation consists in the duration for which the court may proceed to the deprivation from freedom. In this respect, the remand custody may be ordered against the accused for a maximum time interval of 10 days, and such measure may not be

¹⁷ C. Ioanițoiaie, V. Bercheșan, I.E. Sandu et alii, *Tratat de tactică criminalistică*, IInd edition, reviewed and supplemented, Carpați Publishing House, Craiova, 1992, p. 299.

¹⁸ *ibidem*

¹⁹ For exemplification, in the jurisprudence of the Supreme Court of the United States of America, the breach of this rule, known under the name of *Miranda ruling*, consisting in the omission to bring to the knowledge of the accused that he/she has the right to be silent shall result in the cancellation of the decision for sentencing and unconditional release of the accused. Thus, we can notice the special importance in the indictment criminal system of the observance of this procedural rule, which can even result in the termination of the trial for incurring criminal liability.

extended, while the defendant may be arrested for maximum 30 days, and such measure may be extended, within the limit of a maximum term, by reference to the criminal prosecution stage, of 180 days. The procedural regime established through the provisions of the Criminal Procedure Code does not breach the principle of equal treatment as the procedural distinction is mainly caused by the probative evidence existing in the file. Thus, in case of the defendant, the accusation-related evidence existing in the file determines an increased consistency of the accusation, while in case of the accused, the evidence is in incipient stages.

If, as regards the duration of preventive measures, no special problems were established, in terms of equal treatment, as regards the procedure applicable for the arrest of the accused or defendant, the things were different.

Thus, according to Art. 146 of the Criminal Procedure Code, in the form preceding the 2003 year, the prosecutor, *ex officio* or upon the notification of the criminal prosecution body, establishing that the deprivation of the accused from his/her freedom is in the interest of the criminal prosecution, orders his/her arrest through motivated ordinance. At the same time, according to Art. 150 of the Criminal Procedure Code, the measure related to the remand custody of the defendant may be taken only after the prosecutor or the court listens to him/her, unless the defendant is missing, abroad or avoids the prosecution or the judgment.

Under such circumstances, Art.146 of the Criminal Procedure Code was appreciated as unconstitutional in terms of the equal treatment of the accused and the defendant. Thus, in motivating the exception of unconstitutionality, it was stated that the constitutional provisions of the equal treatment principle were breached, among others.

The Constitutional Court established²⁰ that the Criminal Procedure Code, under the title “Preventive measures and other procedural measures” (title IV – The general part), regulates, under chapt. I, a group of distinct procedural guarantees in order to protect individual freedom, among which: to bring to the knowledge of the arrested person the reasons of the arrest and the reasons of the accusation, in the presence of a lawyer, and the listening to the defendant. Section I “General Provisions” of this chapter, through Art. 137¹ para. 1, establishes certain obligations which comply with the provisions of Art. 23 para. (5) of the Constitution, establishing that the arrested or detained person shall be immediately informed of the reasons of the arrest or detention. The accusation shall be brought to the knowledge of the arrested, as soon as possible, in the presence of a lawyer. It means that such obligations regard, alike, both the arrest of the accused and of the defendant since, as a general provision, Art. 137¹ of the Criminal Procedure Code makes no differentiation between the two forms of arrest. In this respect, it was established that there is an existing non-correlation between the procedural guarantees established for the defendant by reference to those regulated for the accused. Indeed, if for the defendant Art. 150 compels that the arrest measure is only taken after the listening thereof by the prosecutor, such an obligation is missing in case of taking the arrest measure for the accused. And all these given that the legal differences between the two procedural measures do not justify any treatment differentiation between the defendant and the accused in terms of the guarantees regarding the person’s freedom, the right to defense and in terms of the procedural guarantees provided by law and established in the Constitution, as regards the obligation related to the listening of the accused by the prosecutor, according to the abovementioned. For such reasons, the provisions of Art. 146 of the Criminal Procedure Code and the measure related to the remand custody of the accused, which it regulates, are constitutional provided that they ensure the unconditional observance of the constitutional guarantees regarding the person’s freedom and fundamental rights, in the same manner for the defendant and for the accused.

²⁰ The Constitutional Court, Decision no. 112/July 14, 1998 regarding the exception of unconstitutionality of Arts. 146 and 149 of the Criminal Procedure Code, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 286/August 04, 1998.

In considering the jurisprudence of the Constitutional Court, through Law no. 281/2003, the content of Art. 146 of the Criminal Procedure Code was amended in the sense of observing the equal treatment principle. *De lege lata*, Art. 146 para. (1) of the Criminal Procedure Code has the following content: *(1) if the conditions provided under Art. 143 are met and any of the cases provided in Art. 148 of the Criminal Procedure Code exists, the prosecutor, ex officio or upon the notification of the criminal investigation body, when deeming that the arrest of the accused is necessary in the interest of the criminal prosecution, only after having listened to him/her in the presence of the defense lawyer, shall draft the motivated proposal for taking the measure related to the remand custody of the accused.*

3. Parties' representation, element of the equality of arms

In the performance of the criminal trial, in certain hypotheses, the parties may not be able to participate in the performance of certain procedural activities. Under such circumstances, law regulated the circumstances in which the representation institution could be resorted to, subject to the specification of the existence of certain specific notes as to the representation of the parties in the civil trial, distinct elements whose existence is justified by the specific nature of each activity.

As to this problem, the Criminal Procedure Code established, prior to 2003, an unequal treatment between the defendant and the other parties, on the one hand, and even between the defendants in the same case or in different cases, on the other hand.

Thus, according to Art. 174 para. 1 lit. a) of the Criminal Procedure Code, during the judgment, the defendant had the possibility to be represented in the judgment of the case in the first court or in its re-judgment after the cancellation of the decision in the appeal or after the recourse court renders void, only if the punishment provided by law for the fact subject to judgment is the fine or imprisonment of maximum one year. At the same time, according to Art. 174, para. 3 of the Criminal Procedure Code, the other parties may always be represented.

Under such conditions, the Constitutional Court was notified on numerous occasions with critics regarding the constitutional nature of such provisions, the constant adopted position being the rejection of exceptions²¹.

However, in 2000, the jurisprudence of the Court in terms of the representation of the defendant or the accused in the judgment stage was reconsidered²². Thus, as regards the representation of the defendant in the criminal trial, European Court of Human Rights issued several decisions, among which those regarding the following cases: "Poitrimol against France" (1993), "Lala against the Netherlands" (1994) and "Pelladoah against the Netherlands" (1994). In all these cases, the European Court of Human Rights decided that the prohibition of the defendant's right to be represented by his/her defense lawyer in the judgment of its case in the means of challenge represents a violation of the provisions of Art. 6, item 1 and item 3 lit. c) of the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, pursuant to which: "1. Any person shall have the right to the judgment of its case in an equitable manner [...] by a tribunal [...] which shall decide [...] on the grounded nature of any criminal accusation against him/her [...]. 3. Any accused shall have, in particular, the right [...] c) to defend himself/herself or be assisted by a defense lawyer chosen by him/her [...]." As underlined in the decision issued in the case of "Pelladoah against the Netherlands", "the presence of the defendant in court has a capital importance in the interest of an equitable and fair criminal trial. Generally, this is also valid for the judgment of an appeal. But it is, also, of crucial importance for the equity of the criminal system

²¹ See the Constitutional Court, Decision no. 484/December 02, 1997 (Official Gazette of Romania, Part I, no. 105/March 06, 1998); Decision no. 34/March 04, 1999 (Official Gazette of Romania, Part I, no. 317/July 02, 1999); Decision no. 16/January 27, 2000 (Official Gazette of Romania, Part I, no. 278/June 20, 2000).

²² The Constitutional Court, Decision no. 145/July 14, 2000 regarding the exception of unconstitutionality of Art. 174, para. 1 letter a) of the Criminal Procedure Code, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 665/December 16, 2000.

that the accused be adequately defended both in the first court and in the appeal". It is also specified that "In the opinion of the Court, this last interest shall prevail. Consequently, the fact that the accused, although legally subpoenaed, does not appear, could not justify, even in absence of any excuse, the solution that he/she is deprived from the right to the assistance of a defense lawyer, which right is acknowledged by Article 6 item 3 of the Convention". Answering the argument that the defendant cannot complain of the breach of such right, as long as his/her defense lawyer did not request the Court of Appeal to approve his/her defense, the European Court of Human Rights mentions that "Any accused shall have the right to a defense lawyer's assistance. In order for such right to have a practical and effective nature, and not a merely theoretical one, its exercise shall not be subordinated to the meeting of excessively formalistic conditions: the judicial bodies shall have the task of ensuring the equitable nature of a trial and, consequently, of watching that a lawyer who, obviously, participates in the trial to defend his/her client, in his/her absence, be given the possibility to do it". In the light of the jurisprudence of the European Court of Human Rights, it is established that a reconsideration of the jurisprudence as regards the settlement of the exception related to the unconstitutional nature of the provisions of Art. 174 para. 1 letter a) of the Criminal Procedure Code is necessary, in the sense that the aforementioned legal provisions, which prohibit the defendant's right to be represented in the judgment of the case in the first court do not represent a guarantee but, on the contrary, an unjustified limitation of his/her right to defense. The presence of the defendant in the judgment is, indeed, necessary both in the general interest of obtaining justice and in the individual interest of the defendant, who can directly exercise the right to defense. However, if the defendant cannot appear before the court, the prohibition of his/her right to be represented by a lawyer constitutes a breach of his/her right to defense. Consequently, the provision "[...] only if the punishment provided by law for the fact subject to judgment is fine or imprisonment of maximum one year" in Art. 174 para. 1 lit. a) of the Criminal Procedure Code is unconstitutional, being contrary to Art. 24 of the Constitution.

At the same time, since the defendant is the only one from the parties to the trial who, according to the mentioned provision, cannot be represented, while the other parties may already be represented, the criticized provision contradicted Art. 16 para. (1) of the Constitution regarding equal rights. The same inequality of rights also appears between the defendants, according to the seriousness of the punishment provided by law for the perpetrated offence, considering that law approves the representation of the defendant only if the punishment provided by law for the fact subject to judgment is fine or imprisonment of maximum one year, prohibiting it in the other cases.

In considering the jurisprudence of the Constitutional Court, through Law no. 281/2003, the content of Art. 174 of the Criminal Procedure Code was amended in the sense of observing the equal treatment principle. *De lege lata*, Art. 174 para. 1 of the Criminal Procedure Code reads as follows: (1) *During the judgment, the defendant and the accused and the other parties may be represented, except for the cases when the presence of the accused or defendant is mandatory.*

4. Contact between the arrested accused or defendant and his/her defense lawyer, element of the equality of arms

In exercising their right to defense, the parties resort to the services of lawyers, experts in law, their role in guaranteeing the equitable performance of the criminal trial being essential. Thus, the equality of arms imposes that the accusation, mostly supported in fact by the services of the criminal prosecution bodies (prosecutors and investigation bodies of judicial police) is tempered by a defense organized by experts of law. From this perspective, the guaranteeing of the right to defense is presented as an essential component both for the equitable nature of the criminal procedure and for the equality of litigators before judicial bodies.

The regulation existing in the Procedural code until 2003 represented an eloquent example of the breach of the principle of equality of arms, instituting different procedural regimes applicable

to the accused or to the defendant in arrest as compared to the other accused or defendants, on the one hand, and to the other parties to the trial, on the other hand.

Thus, according to Art. 172 para. (4) of the Criminal Procedure Code, before the amendments occurred through Law no. 281/2003, the arrested defendant had the right to contact the defense lawyer but, by exception, when the interest of the prosecution required it, the prosecutor, *ex officio* or at the proposal of the criminal prosecution body, could order, through a motivated ordinance, the prohibition of the contacting of the defense lawyer by the arrested defendant, once, for a maximum duration of 5 days. Art. 172 para. (5) of the Criminal Procedure Code also provided that the contacting of the defense lawyer could not be prohibited upon the extension of the arrest duration by the court, and upon the presentation of the criminal prosecution material it was mandatory.

Through Art. I item 112 of Law no. 281/2003, Art. 172 para. (4) was amended through the establishment of the right of the detained or arrested person to contact his/her defense lawyer, under confidentiality conditions.

By reference to the old regulation, we can notice, first of all, that the rule at issue has in view not only the defendant in remand custody. Thus, using the “detained or arrested person” expression, the lawmaker understood to grant the right to contact the defense lawyer both for the arrested defendant and the accused in a legal state of detention or remand custody. Thus, the inconvenient generated by the legal possibility to be able to restrict the contact between the defense lawyer and the defendant in the state of detention for 24 hours or arrested for 5 days was eliminated.

The right to contact the defense lawyer of the person detained or arrested may be manifested in different manners. We have in view the physical, direct contact between the defense lawyer and the client, on which occasion they establish the coordinates of the exercise of the right to defense. Also, the specialized literature²³ mentioned that this contact may also be made in writing or through telephone conversations. The provisions of Law no. 275/2006 regarding the execution of punishments and measures ordered by the judicial bodies during the criminal trial also support such statements²⁴; thus, the right to correspondence of the persons executing imprisonment punishments is guaranteed; the correspondence has a confidential nature and may be opened or retained only within the limits and under the conditions provided by law (Art. 82 para. (5) by reference to Art. 45 paras. (1) and (2) of Law no. 275/2006). Also, correspondence may be opened and retained if there are grounded indications as regards the perpetration of an offence. The person executing the imprisonment punishment is immediately notified in writing of the taking of such measures, and the retained correspondence is classified in a special file which is maintained by the administration of the penitentiary (Art. 82 para. (5) by reference to Art. 45 para. (4) of Law no. 275/2006).

Very important: the provisions of Art. 45 para. (4) do not apply in case of the correspondence with the defense lawyer, with the non-governmental organizations performing their activity in the human rights protection field, and with the international organizations or courts whose competence is accepted or recognized by Romania.

A second significant aspect was represented by the elimination from the procedural law of the provision according to which “by way of exception, when the interest of the prosecution so requires, the prosecutor, *ex officio* or at the proposal of the criminal investigation body, may order, through a motivated ordinance, the prohibition of the contact of the arrested defendant with the defense lawyer, once, for a maximum duration of 5 days”.²⁵

²³ V. Rămureanu, *Asistența juridică a învinutului sau inculpatului în faza de urmărire penală*, in R.R.D. no. 7/1972, p. 23-25.

²⁴ Law no. 275/July 04, 2006 was published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 627/July 20, 2006.

²⁵ Similarly, according to Art. 104 para. 3 of the Italian Criminal Procedure Code, the right of the interested persons to get in touch with the defense lawyer can only be limited by way of exception, for a maximum time interval of 7 days, by the judge, at the request of the Public Ministry.

It results that, *de lege lata*, during the criminal investigation, the arrested defendant or accused may contact the defense lawyer, and the judicial bodies may not limit such right. The breach of this provision represents a prejudice of the exercise of the right to defense, and the sanction which may occur is relative nullity according to Art. 197 para. 4, final thesis of the Criminal Procedure Code, in the sense that the breach may be taken into account by the court also *ex officio*, if the targeted objective is the finding out of truth and the fair settlement of the case.

The procedural regulation at issue was preceded by provisions of special normative documents regarding the regime of the execution of the remand custody. Thus, according to 10 para. 4 of Government Emergency Ordinance no. 56/2003²⁶ “the persons executing imprisonment punishments have the right to receive at any time, under *confidentiality* conditions, visits of the defense lawyer”. Also, according to Art. 17 by reference to Art. 7 para. 1 of Order of Ministry of Justice no. 3131/2003²⁷ “the persons deprived from their freedom may be visited at any time by their defense lawyers, based on the power of attorney registered at the bar association and the lawyer’s ID card. The meetings with the defense lawyer are *confidential*”.

Similarly, according to Art. 34 of Law no. 51/1995 for the organization and exercise of the lawyer’s profession²⁸ (1) *The direct contact between the lawyer and his/her client may not be disturbed or controlled, directly or indirectly, by any state body.* (2) *If the client is in arrest or detention, the administration of the arrest or detention place has the obligation to take the necessary measures for the observance of the rights provided under para. (1)* ²⁹.

By reference to the procedure that has to be followed for ensuring the contact between the defense lawyer and the arrested accused or defendant, the lawmaker inserted a special condition, *i.e. confidentiality*. The regulation is fair and at the same time imperative. The interpretation of this condition reveals that the meeting of the defense lawyer with the defendant or the accused who is detained or in remand custody shall take place in especially arranged places, so that they can establish the procedural strategy under conditions similar to those at the disposal of the other parties (either parties with contrary interests or co-defendants without restriction of freedom).

The rooms shall be especially arranged, in the sense of existence of certain equipment allowing the possibility to visually observe the interior. The considerations imposing the keeping of such location under observation are determined by the rules for the execution of imprisonment punishments, which rules also apply to the persons subject to preventive detention.

The person in remand custody may be detained either in the arrests functioning in police units or in penitentiaries. If the unit in which the arrested or detained person is situated does not have a room especially destined to ensuring the contact under confidentiality conditions between the defense lawyer and the detained or arrested person, measures shall be taken to create such a framework. Otherwise, a violation of the exercise of the right to defense may be invoked.

Confidentiality supposes, at the same time, the absence of the judicial body. The defense lawyer–client relationship must not be affected by any involvements of the judicial body. There is the tendency to assist in such contact meetings, in order to prevent that the accused or defendant may change his/her mind, without taking into account the fact that, among his/her procedural rights there is also the possibility to withdraw the statements made or to subsequently supplement

²⁶ Government Emergency Ordinance no. 56/2003 was abrogated by Law no. 275/2006.

²⁷ Order no. 3.131/C of October 29, 2003, regarding the duration and frequency of visits, the number and weight of food parcels, and the goods that can be received, kept and used by the persons executing imprisonment punishments, published in Official Gazette of Romania, Part I, no. 840/November 26, 2003.

²⁸ Law no. 51/June 07, 1995 for the organization and exercise of the lawyer’s profession, republished in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 113/March 06, 2001, as subsequently amended and supplemented.

²⁹ The provisions of Art. 148 of the Criminal Procedure Code of the Federal Republic of Germany, according to which the defense lawyer has the right to get in touch with the arrested accused and may communicate with him/her orally or in writing, throughout the criminal trial, are in the same spirit. Also, in Turkey, the defendant or the detained person may meet the defense lawyer at any time, in an environment in which nobody hears their discussions.

them, irrespective of the procedural stage in which he/she is.

According to Art. 172 para. (5) of the Criminal Procedure Code, until the adoption of Law no. 356/2006, the contacting of the defense lawyer could not be prohibited upon the extension of the arrest duration by the court, and upon the presentation of the criminal prosecution material it was mandatory.

Given the amendment of Art. 172 para. (4) of the Criminal Procedure Code through the establishment of the right to contact the defense lawyer for the arrested or detained defendant or accused, Art. 172 para. (5) of the Criminal Procedure Code appeared to be old-fashioned. Thus, by establishing the fact that the contacting of the defense lawyer cannot be prohibited upon the extension of the preventive arrest, it could be interpreted, *per a contrario*, that in other procedural moments such contact could be restricted, which did not comply with Art. 272 para. (4) of the Criminal Procedure Code

On the other hand, the provision according to which the contact between the defense lawyer and the detained or arrested person was mandatory upon the presentation of the criminal prosecution material was useless. In this respect, Art. 172 para. (5) of the Criminal Procedure Code targeted the hypothesis in which the accused or the defendant was in detention or arrest, in which case, according to Art. 171 para. (2) of the Criminal Procedure Code, legal assistance was/is mandatory. Under such circumstances, if the defense lawyer was chosen or *ex officio*, the performance of the criminal prosecution act regulated in Arts. 250-254 of the Criminal Procedure Code involved, by all means, the presence of the defense lawyer, on which occasion the accused or the defendant could contact him/her.

Consequently, in order to avoid this legislative discordance and to eliminate certain situations which may lead to confusion, Art. 172 para. (5) of the Criminal Procedure Code was abrogated through Art. I item 100 of Law no. 356/2006.

5. Presentation of the criminal prosecution material, element of the equality of arms

Appreciated as an institution included among the guarantees of the right to defense of the accused or defendant in the criminal prosecution stage, the procedure related to the presentation of the criminal prosecution material put at the end of the criminal prosecution, when the prosecution body considers that all the evidence supporting the accusation was produced, was regulated, in certain respects, through the breach of the principle of equality before law.

We have in view the provisions of Art. 257 of the Criminal Procedure Code, in the form preceding the 2003 year, according to which the prosecutor, receiving the file of the defendant, submits to him/her the criminal prosecution material only if he/she deemed it necessary. Such provisions, analyzed by reference to the provisions of Arts. 250-254 of the Criminal Procedure Code (guaranteeing the obligation to present the criminal prosecution material regarding the defendant), were deemed to prejudice the constitutional principle related to the right to defense, and based on this fact were subject to the constitutionality control.

Even if the discussion related to the constitutionality of Art. 257 of the Criminal Procedure Code was focused on the compliance with the imperatives of Art. 24 of the Constitution, we estimate that those decided by the constitutional forum are intimately related to the equality of arms in the criminal trial, as the argumentation logics targets the exercise of the right to defense of the accused by reference to the exercise of the defendant's right to defense, eventually establishing the necessity to equalize applicable procedural regimes.

Thus, the Constitutional Court established³⁰ that the provisions of Art. 257 of the Criminal Procedure Code, in the drafting preceding the 2003 year, were contradictory to Art. 24 of the

³⁰ The Constitutional Court, Decision no. 24/February 23, 1999 regarding the exception of unconstitutionality of Art. 257 of the Criminal Procedure Code, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 136/April 01, 1999.

Constitution, according to which the right to defense is guaranteed throughout the trial, the parties having the right to be assisted by a lawyer chosen or appointed *ex officio*. Indeed, the free exercise of the right to defense is conditioned on the call of the defendant to be informed of the probative evidence on which his/her accusation was based. Of course, the criminal investigation body was compelled to proceed to his/her listening (Art. 255 of the Criminal Procedure Code), but its purpose is the supplementation of the file with potential new evidence required by the accused. The end of the criminal investigation is materialized in a report in which the investigation body only has the attribution to propose to the prosecutor, if applicable, the issuance of the indictment and the notification of the court. The responsibility for taking such measures shall be exclusively on account of the prosecutor. But, if the prosecutor only had the possibility of choosing, but not also the obligation, to call the accused, it means that the most important moment of the prosecution – the suing – could be made without the notification of the accused by the prosecutor as to the accusation against him/her. Under such conditions, the accused had no possibility to be assisted by a defense lawyer or the time necessary to prepare his/her defense, as he/she was not aware of the decision given by the prosecutor after the examination of the material received from the criminal prosecution body.

On the other hand, until the prosecutor's resolution, after the receipt of the file from the criminal prosecution body, the accusation is in a state of simple proposal required to be validated by the prosecutor; however, he/she also has at his/her disposal solutions other than suing. Therefore, the settlement of the case is necessarily to be made especially after the calling of the defendant and after his/her notification about the initiation of the criminal action, in the presence of his/her defense lawyer who, along with the person at issue, may determine or influence the issuance of another decision which can exclude the sending of the file to court (cancellation of the prosecution, termination of the criminal prosecution, closing etc.).

Under such circumstances, the provision "... if he/she deems it necessary ..." of Art. 257 of the Criminal Procedure Code, related to the limitation of the exercise of the right to defense, contravened to Art. 24 of the Constitution, therefore being unconstitutional. Consequently, the prosecutor, receiving the file, before ordering the suing, has the obligation, and not the choice, to call the accused in order to present to him/her the criminal prosecution material, even if it was notified to him/her by the criminal investigation body, the provisions of Arts. 250 - 254 of the Criminal Procedure Code to be applied accordingly.

In considering the jurisprudence of the Constitutional Court, through Law no. 281/2003 the content of Art. 257 of the Criminal Procedure Code was amended. *De lege lata*, Art. 257 of the Criminal Procedure Code reads as follows: *the prosecutor, receiving the file, calls the accused and presents the criminal prosecution material to him/her according to the provisions of Art. 250 et seq. which shall apply accordingly.*

Conclusions

The principle of equality in the criminal trial in Romania occasioned the issuance of numerous decisions by the Constitutional Court, in view of aligning the criminal prosecution legislation to the requirements of the Romanian Constitution, republished in 2003, and to the standards instituted through the European Convention on Human Rights. In this respect, in principle, upon the drafting of this study, we can notice the elimination from the Criminal Procedure Code of the institutions which did not observe the equality of arms. We have in view, as resulted from the study, the hypothesis of the remand custody of the accused which could be ordered without his/her preliminary listening. Also, equal treatment was breached through the facultative nature of the procedure related to the presentation of the criminal prosecution material to the accused by the prosecutor, before the file is sent to the judge for settlement. Thus, the accused could be sent to judgment without being able to consult the criminal prosecution file. In the same respect, through the different regulation of the representation of the accused or defendant

in the trial as compared to the other parties, the equality of rights was seriously prejudiced, without justification. All such hypotheses and others were considered by the Constitutional Court, based on its jurisprudence the lawmaking power amending the Criminal Procedure Code, in the sense of ensuring an equitable procedural regime to the parties during a criminal procedure.

References

1. Legislation

A. National Legislation

- The Romanian Constitution, reviewed by Law no. 429/2003 (Official Gazette of Romania, Part I, no. 758/October 29, 2003), renumbered and republished in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 767/October 31, 2003;
- The Criminal Procedure Code;
- Law no. 92/August 04, 1992 for court organization, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 197/August 13, 1992.
- Law no. 51/June 07, 1995 for the organization and exercise of the lawyer's profession, republished in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 113/March 06, 2001, subsequently amended and supplemented through Law no. 489/2002, Government Emergency Ordinance no. 77/2003, approved as amended by Law no. 280/2004, Law no. 201/2004; Law no. 255/2004; Law no. 280/2004; Government Ordinance no. 94/2004, approved as amended by Law no. 507/2004; Government Emergency Ordinance no. 190/2005; Decision of the Constitutional Court no. 513/2006.
- Law no. 115/1999 regarding ministerial liability, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 300/June 28, 1999;
- Law no. 90/2001 regarding the organization and operation of the Romanian Government and ministries, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 164/April 02, 2001;
- Government Emergency Ordinance no. 43/April 04, 2002 regarding the National Anticorruption Department, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 244/April 11, 2002, subsequently amended and supplemented through numerous normative documents;
- Law no. 281/June 24, 2003 regarding the amendment and supplementation of the Criminal Procedure Code and special laws, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 468/July 01, 2003;
- Order no. 3.131/C/October 29, 2003, regarding the duration and frequency of visits, the number and weight of food parcels and the goods that can be received, kept and used by the persons executing imprisonment punishments, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 840/November 26, 2003;
- Law no. 303/June 28, 2004 regarding the status of judges and prosecutors, republished in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 826/September 13, 2005, subsequently amended and supplemented through Government Emergency Ordinance no. 148/2005, as subsequently amended, approved as amended by Law no. 7/2007; Law no. 29/2006; Government Emergency Ordinance no. 50/2006; Law no. 356/2006, as subsequently amended; Decision of the Constitutional Court no. 866/2006; Government Emergency Ordinance no. 100/2007;
- Law no. 304/2004 regarding judicial organization, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 576/June 29, 2004, was amended and supplemented through the provisions of Government Emergency Ordinance no. 124/November 24, 2004 (Official Gazette of Romania, Part I, no. 1168/December 09, 2004), Law no. 71/April 07, 2005 (Official Gazette of Romania, Part I, no. 300/April 11, 2005). Subsequently, it was republished in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 827/September 13, 2005 pursuant to Art. XIV of Title XVI of Law no. 247/July 19, 2005 regarding the reform in the ownership and justice fields. After its republication, Law no. 304/2004 was amended and supplemented through Law no. 17/January 11, 2006 (Official

Gazette of Romania, Part I, no. 48/January 19, 2006), Decision of the Constitutional Court of Romania no. 345/April 18, 2006 (Official Gazette of Romania, Part I, no. 415/May 15, 2006), Government Emergency Ordinance no. 50/June 28, 2006 (Official Gazette of Romania, Part I, no. 566/June 30, 2006), Government Emergency Ordinance no. 60/September 06, 2006 (Official Gazette of Romania, Part I, no. 764/September 07, 2006); Government Emergency Ordinance no. 100/October 04, 2007 for the amendment and supplementation of certain normative documents in the field of justice (Official Gazette of Romania, Part I, no. 684/October 08, 2007.);

- Law no. 508/November 17, 2004 regarding the establishment, organization and operation, within the Public Ministry, of the Department for the Investigation of Organized Crime and Terrorism, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 1089/November 23, 2004;

- Government Emergency Ordinance no. 3/January 27, 2005 for the amendment and supplementation of Law no. 115/1999, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 116/February 04, 2005;

- Law no. 275/July 04, 2006, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. no. 627/July 20, 2006;

- Law no. 356/July 21, 2006 for the amendment and supplementation of the Criminal Procedure Code and for the amendment of other laws, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 677/August 07, 2006;

B. International Legislation

- Virginia Bill of Rights, adopted in May 1776;
- United States Declaration of Independence, Philadelphia, July 04, 1776;
- Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, adopted in Paris on August 26, 1789;
- Universal Declaration of Human Rights, adopted in Paris on October 10, 1948;
- Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, adopted in Rome on November 04, 1950, and the additional protocols, ratified by Romania through Law no. 30/May 18, 1994, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 135/May 31, 1994 ;

- International Covenant on Civil and Political Rights, adopted on December 16, 1966, through General Assembly resolution of the United Nations Organization 2200A (XXI), ratified by Romania through Decree no. 212/1974, published in Official Journal no. 146/November 2, 1974.

C. Documents Adopted by International Bodies

- *Elements d'un Statut Européen de la Magistrature*, adopted on January 16, 1993 by the MEDEL Association- Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés;

- Recommendation R (19)/2000 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to the member states regarding the prosecutor's role in the criminal judicial system, adopted on October 06, 2000, at the 724th reunion of the ministers' delegates;

- Bangalore principles of judicial conduct, Hague, November 25-26, 2002;

- Report of the Conference of Prosecutors General of Europe (CPGE), Celle, 2004;

- The French Criminal Procedure Code

- The German Criminal Procedure Code, *Bundesgesetzblatt*, April 07, 1987 (as amended and supplemented including through the Law of September 07, 1998)

- The Italian Criminal Procedure Code

2. Doctrine. Treaties, courses, monographs, studies published in specialized magazines

- Constantin Ioanițoaie, Vasile Bercheșan *et alii*, *Tratat de tactică criminalistică, ediția a II-a, revăzută și completată* (Craiova, Carpați Publishing House, 1992), 655

- Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală* (Bucharest, Universul Juridic Publishing House, 2010), 709

- Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea specială* (Bucharest, Universul Juridic

Publishing House, 2009), 667

- Traian Pop, *Drept procesual penal, vol. I*, (Cluj-Napoca, National Typography, 1947), 653
- Corneliu-Liviu Popescu, *Drepturile de procedură în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (2001-2002)* (Bucharest, All Beck Publishing House, 2003)
- Jean Pradel, *Procedure penale, 10^{ème} edition* (Paris, Editions Cujas, 2000-2001)
- Virgil Rămureanu, *Asistența juridică a învinutului sau inculpatului în faza de urmărire penală*, Romanian Law Magazine, no. 7 (1972), 23-25
- Grigore Theodoru, *Tratat de drept procesual penal* (Bucharest, Hamangiu Publishing House, 2007), 1020

3. Jurisprudence

A. CEDO Jurisprudence

- European Court of Human Rights, Decision in the case of Funke vs. France, in Vincent Berger, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, ediția a II-a, revăzută și adăugită* (Romanian Institute for Human Rights), 385-391
- European Court of Human Rights, Decision in the case of Saunders vs. the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, in *Hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului. Culegere selectivă, vol. II* (Iasi, Polirom Publishing House, 2001)
- European Court of Human Rights, Decision in the case of Allan vs. the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, in C.L. Popescu, *Drepturile de procedură în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, 2001-2002* (Bucharest, All Beck Publishing House, 2003), 240-244.

B. Jurisprudence of the Constitutional Court

- The Constitutional Court, Decision no. 484/December 02, 1997, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. no. 105/March 06, 1998
- The Constitutional Court, Decision no. 112/July 14, 1998, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 286/August 04, 1998
- The Constitutional Court, Decision no. 24/February 23, 1999, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 136/April 01, 1999.
- The Constitutional Court, Decision no. 34/March 04, 1999, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 317/July 02, 1999
- The Constitutional Court, Decision no. 16/January 27, 2000, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 278/June 20, 2000
- The Constitutional Court, Decision no. 145/July 14, 2000, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 665/December 16, 2000
- The Constitutional Court, Decision no. 665/July 05, 2007, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 547/August 10, 2007

DREPTURILE PĂRȚILOR ÎN PROCESUL PENAL DIN ROMÂNIA - ELEMENT AL EGALITĂȚII DE ARME

MIRCEA I. DAMASCHIN*

Abstract

Prezentul studiu abordează problematica principiului egalității de arme în procesul penal din România. În acest sens, cu excepția unor texte ale Constituției României, în care este consacrat expres egalitatea persoanelor în fața organelor judiciare, pe parcursul procedurilor, principiul egalității de tratament nu mai cunoaște reglementări exprese. Cu toate acestea, după cum vom observa, din economia textelor Codului de procedură penală român, se desprind numeroase reglementări care concură la instituirea unui tratament egal părților din procesul penal. De asemenea, vom constata faptul că acest principiu fundamental al procesului penal este ocrotit prin numeroase decizii ale Curții Constituționale din România, instituție care și-a adus un aport substțial la îmbunătățirea cadrului legislativ în materia analizată.

Cuvinte-cheie: *principiul egalității; procesul penal în România; arestarea preventivă; dreptul învinutului sau inculpatului de a nu se autoincrimina; reprezentarea părților*

Introducere

Principiul egalității justițiabililor în procesul penal se circumscrie în mod firesc generosului principiu al egalității oamenilor, deziderat social care a stat în centrul preocupărilor militanților pentru drepturile omului din cele mai vechi timpuri.

Amintim, cu referire la principiul egalității umane, Declarația drepturilor statului Virginia (*Virginia Bill of Rights*), adoptată în mai 1776, în care se afirmă că "toți oamenii sunt de la natură în mod egal liberi și independenți și au anumite drepturi inerente naturii lor, adică dreptul la viață și libertate, precum și mijlocul de a dobândi și conserva proprietatea și de a urmări să obțină fericire și siguranță".

În același an, la 4 iulie, la Philadelphia, se adoptă *Declarația de independență* a Statelor Unite ale Americii care, în cel de-al doilea alineat prevedea: „toți oamenii se nasc egali, cu anumite drepturi inalienabile, printre care viața, libertatea și dreptul la căutarea fericirii”¹.

Principiul egalității oamenilor este însă apreciat a fi o victorie a revoluției franceze. Astfel, documentul juridic cel mai important și care a reușit să prezinte într-o formă modernă problema drepturilor și libertăților omului, a fost adoptat la 26 august 1789-*Declarația drepturilor omului și cetățeanului*.

Titulatura acestei declarații a fost elaborată de prima comisie special desemnată de Adunarea constituantă a Revoluției franceze și reflecta în mod clar viziunea dualistă conturată în rândul ideologilor iluminiști, inspirată din teoria dreptului natural (drepturile omului) și din teoria contractului social (în drepturile cetățeanului). Caracterul progresist al acestui important document rezulta, de fapt, din toate articolele sale, dispoziții importante fiind consacrate egalității cetățenilor în fața legii, chiar în articolul 1 („Oamenii se nasc și rămân liberi și egali în drepturi”).

Egalitatea oamenilor în fața legii și a autorităților a rămas o preocupare constantă și pentru perioada contemporană, principiul regăsindu-se în cele mai importante documente internaționale cu relevanță în domeniul drepturilor omului.

* Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu”, București (damaschin.mircea@gmail.com). Acest studiu a fost realizat în cadrul proiectului nr. 860 PNII-IDEI 1094/2008, finanțat de către CNCSIS –UEFISCSU.

¹ Aceasta declarație nu a fost inclusă în Constituția americană, care a fost adoptată în 1787, ci a fost adăugată, ca amendament la aceasta, în anul 1789.

Astfel, potrivit art. 10 din Declarația Universală a Drepturilor Omului² „*orice persoană are dreptul în deplină egalitate de a fi audiată în mod echitabil și public de către un tribunal independent și imparțial care va hotărî fie asupra drepturilor și obligațiilor sale, fie asupra oricărei acuzați în materie penală îndreptate împotriva sa*”.

În cuprinsul Pactului internațional cu privire la drepturile civile și politice³, la art. 14 par. 3 se menționează că „*Orice persoană acuzată de comiterea unei infracțiuni penale are dreptul, în condiții de deplină egalitate, la cel puțin următoarele garanții: a) să fie informată în cel mai scurt termen, într-o limbă pe care o înțelege și în mod detaliat, despre natura și motivele acuzației ce i se aduce; b) să dispună de timpul și de înlesnirile necesare pregătirii apărării sale și să comunice cu apărătorul pe care și-l alege; c) să fie judecată fără o întârziere excesivă; d) să fie prezentă la proces și să se apere ea însăși sau să aibă asistența unui apărător ales de ea; dacă nu are apărător, să fie informată despre dreptul de a-l avea și, ori de câte ori interesul justiției o cere, să i se atribuie un apărător din oficiu, fără plată dacă ea nu are mijloace pentru a-l remunera; e) să interogheze sau să facă a fi interogați martorii acuzații și să obțină înfățișarea și interogarea martorilor apărării în aceleași condiții cu cele ale martorilor acuzații; f) să beneficieze de asistența gratuită a unui interpret, dacă nu înțelege sau nu vorbește limba folosită la ședința de judecată; g) să nu fie silită să mărturisească împotriva ei însăși sau să se recunoască vinovată*”.

În Constituția României este înscris, în mod expres, principiul egalității în drepturi în art. 16 pct. 1 și 2. Astfel, „(1) *Cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări*”; „(2) *Nimeni nu este mai presus de lege*”.

De asemenea, în art. 21 din Constituție este menționat ca drept fundamental al persoanei accesul liber la justiție, precizându-se că: „*Orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime*”; în aceeași dispoziție constituțională se arată, în continuare, că nici o lege nu poate îngreuna exercitarea acestui drept.

În înțeles larg, egalitatea în drepturi a cetățenilor cuprinde, în conținutul său, dreptul pe care îl au cetățenii români, fără deosebire de naționalitate, rasă, sex sau religie, de a exercita, în condiții de deplină egalitate, toate drepturile prevăzute în Constituție și legi, de a participa în egală măsură la viața politică, economică, juridică, socială și culturală.

Cu referire la aplicarea acestui principiu în activitatea judiciară, remarcăm existența a numeroase documente internaționale care consacră obligații ale magistraților în sensul respectării și garantării egalității de care trebuie să beneficieze justițiabilii. Astfel, prin punctul 9.1. din *Elements d'un Statut Européen de la Magistrature* (Elemente ale unui Statut European al Magistraturii) se stabilește că „...*les magistrats du ministère public assurent l'égalité des citoyens devant la loi (magistrații ministerului public asigură egalitatea cetățenilor în fața legii)*”⁴.

Prin intermediul Recomandării R (19)/2000 a Comitetului Miniștrilor Consiliului Europei⁵, la punctul 26, s-a stabilit, ca îndatorire și responsabilitate a procurorului cu privire la justițiabil, „*asigurarea egalității oricărei personae în fața legii ...*”.

În același sens, conform normei 5, *Egalitatea*, din *Principiile de la Bangalore cu privire la conduita judiciară*⁶, este consacrat drept principiu fundamental *asigurarea unui tratament egal*

² Adoptată la Paris, la 10.10.1948.

³ Adoptat la data de 16 decembrie 1966, prin Rezoluția Adunării Generale a Organizației Națiunilor Unite 2200 A (XXI), Pactul a intrat în vigoare la 23.03.1976. A fost ratificat de România prin Decretul nr. 212/1974, publicat în Buletinul Oficial nr. 146/02.11.1974.

⁴ Documentul a fost adoptat în 16 ianuarie 1993 de către Asociația Medel-Magistrats Européens pour la Democratie et les Libertés.

⁵ Recomandarea nr. R (19)/2000 a Comitetului Miniștrilor către statele member privind rolul procurorului în sistemul judiciar penal a fost adoptată în 06.10.2000, la a 724-a reuniune a delegaților miniștrilor.

⁶ Proiectul de la Bangalore al Codului de conduită judiciară (2001) adoptat de Grupul judiciar de întărire a integrității magistraților, astfel cum a fost revăzut la masa rotundă a președinților de tribunal, care a avut loc la Palatul Păcii din Haga, 25 -26 noiembrie 2002 (<http://www.unjr.ro/deontologie-judiciara/principiile-de-la-bangalore-2002.html>).

tuturor în fața instanțelor, premisă indispensabilă exercitării funcției judecătorești.

De asemenea, în Raportul Conferinței Procurorilor Generali din Europa (CPGE) de la Celle, 2004, s-a subliniat existența unei „tendințe către armonizarea europeană a obiectivelor diverselor sisteme juridice, care acum tind să se concentreze pe principiile interesului public, egalitatea tuturor în fața legii și personalizarea justiției penale”.

Principiul este reglementat și în art. 6 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară⁷, conform căruia: „(1) Toate persoanele sunt egale în fața legii, fără privilegii și fără discriminări. (2) Justiția se realizează în mod egal pentru toți, fără deosebire de rasă, naționalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, orientare sexuală, opinie, apartenență politică, avere, origine ori condiție socială sau de orice alte criterii discriminatorii”.

În literatura de specialitate⁸ s-a remarcat, în mod just, în perspectiva accentuării rezonanțelor constituționale pe planul justiției penale (dar și a numeroaselor prevederi cuprinse în acte internaționale, s.n.), că principiul egalității persoanelor în procesul penal ar trebui să fie consacrat expres, în Codul de procedură penală, ca regulă a procesului penal.

În procesul penal, apreciem că cele mai importante componente ale egalității armelor pot fi constatate în cadrul a trei paliere distincte, după cum urmează :

- 1) *tuturor persoanelor le sunt aplicabile aceleași reguli procesuale* (egalitatea armelor din perspectiva regulilor procesuale aplicabile);
- 2) *aceleași organe desfășoară procesul penal, fără ca anumite persoane să fie privilegiate și fără să se facă vreo discriminare* (egalitatea armelor din perspectiva organelor judiciare penale);
- 3) *părțile în procesul penal beneficiază de aceleași drepturi procesuale în fața autorităților judiciare, fără nicio discriminare* (egalitatea armelor din perspectiva părților).

În aceste circumstanțe, în cele ce urmează, vom analiza principiul egalității de arme sub aspectul acestei triade sus-menționate.

1. Dreptul învinutului de a nu se autoincrimina-condiție a egalității de arme în procesul penal

Dreptul la tăcere recunoscut unei persoane învinuite de comiterea unei fapte penale este consacrat în cele mai importante documente internaționale privind drepturile omului.

Astfel, conform art. 14 alin. 3 lit. g din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice *orice persoană acuzată de comiterea unei infracțiuni are dreptul, în condiții de deplină egalitate, să nu fie silită să mărturisească împotriva sa însăși sau să se recunoască vinovată.*

De asemenea, potrivit art. 6 par. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului⁹, *orice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil ... a cauzei sale de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, care va hotărî asupra ... temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptate asupra sa.*

Cu referire la ultimul document, se observă că dreptul la tăcere nu este reglementat în mod expres dar Curtea Europeană a Drepturilor Omului, în mod constant, a statuat că dreptul de a nu face declarații și dreptul de a nu se autoincrimina sunt standarde internaționale general recunoscute care stau la baza conceptului de proces echitabil. Totodată, protecția persoanei împotriva autoincriminării reprezintă un element important pentru ocrotirea persoanelor acuzate împotriva

⁷ Legea nr. 304/28.06.2004 privind organizarea judiciară, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 576/29.06.2004, cu modificările și completările ulterioare.

⁸ I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2010, pp. 107-110.

⁹ Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, adoptată la Roma la 04.11.1950, precum și protocoalele adiționale, a fost ratificată de România prin Legea nr. 30/18.05.1994, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 135/31.05.1994.

folosirii mijloacelor opresive și coercitive, fiind conexă principiului prezumției de nevinovăție.¹⁰

Într-o altă cauză¹¹, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat că se poate reține violarea dreptului la tăcere prin practica autorităților de a solicita unei persoane pusă sub acuzare să prezinte toate documentele aflate în posesia sa având legătură cu anumite activități comerciale. De asemenea, libertatea de alege a inculpatului de a vorbi sau de a tăcea în cadrul anchetei penale s-a apreciat că a fost încălcată prin folosirea de către autoritățile judiciare a declarațiilor unui alt deținut, informator al poliției, instruit cu privire la întrebările pe care i le-a adresat inculpatului și față de care acesta a recunoscut comiterea infracțiunii. În acest sens, informațiile au fost obținute împotriva voinței inculpatului, care alesese o conduită pasivă, nedeclarând nimic organelor judiciare.¹²

În mod similar, în art. 29 din *Corpus Juris* se menționează că în orice proces deschis pentru o infracțiune comisă împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, acuzatul beneficiază de drepturile la apărare acordate prin art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și prin art. 10 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice. De la primul interogatoriu, acuzatul are dreptul de a cunoaște conținutul acuzațiilor aduse lui, dreptul de a fi asistat de un apărător ales și, la nevoie, dreptul la un interpret. De asemenea, acuzatului i se recunoaște *dreptul la tăcere*.

Relativ la această problematică, în literatura de specialitate din România s-a apreciat că dreptul la apărare, garanție necesară pentru realizarea unui echilibru între interesele persoanei și cele ale societății¹³, prin importanța pe care o prezintă, excede chiar intereselor învinutului și inculpatului, întrucât acest drept interesează întreg procesul penal și activitatea judiciară în general.¹⁴

În considerarea jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, prin raportare la conținutul principalelor instrumente juridice privind drepturile omului ratificate de România, legea de procedură a cunoscut semnificative modificări privitor la garantarea exercitării dreptului la apărare pe parcursul procedurii judiciare penale.

Una dintre completările legii procesual penale naționale constă în consacrarea dreptului recunoscut învinutului sau inculpatului de a nu declara nimic. În acest sens, conform art. 70 alin. (2) C.pr.pen., modificat prin Legea nr. 356/2006, înainte de a fi ascultat, învinutului sau inculpatului i se aduce la cunoștință fapta care formează obiectul cauzei, încadrarea juridică a acesteia, dreptul de a avea un apărător, precum și *dreptul de a nu face nici o declarație, atrăgându-i-se totodată atenția că ceea ce declară poate fi folosit și împotriva sa*¹⁵.

¹⁰ Cauza Saunders vs. Regatul Unit al Marii Britanii și al Irlandei de Nord, în *Hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului. Culegere selectivă, vol. II*, Editura Polirom, Iași, 2001, p. 179-189. În speță s-a apreciat că obligarea inculpatului de a da declarații unor funcționari publici, sub presiunea aplicării unor sancțiuni penale, și utilizarea acelor declarații incriminatorii în cursul procedurii judiciare aduce atingere dreptului de a tăcea, componentă fundamentală a dreptului la un proces echitabil. În cadrul procesului penal, acuzarea trebuie să-și dovedească și să-și formuleze învinuirea fără a recurge la probe obținute prin metode coercitive sau opresive, contrarii voinței acuzatului.

¹¹ Cauza J.B. vs. Elveția, în C.L. Popescu, *Drepturile de procedură în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (2001-2002)*, Editura All Beck, București, 2003, p. 15-19. Similar, dreptul la tăcere poate fi încălcat nu doar printr-o lege care să îl oblige pe inculpat să răspundă la întrebări, dar și printr-o lege care să-l oblige să furnizeze documente autorităților, sub amenințarea aplicării unor sancțiuni penale în caz de refuz (Cauza Funke vs. Franța, în V. Berger, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, ediția a II-a, revăzută și adăugită, Institutul Român pentru Drepturile Omului, p. 385-391).

¹² Cauza Allan vs. Regatul Unit al Marii Britanii și al Irlandei de Nord, în C.L. Popescu, *op. cit.*, p. 240-244.

¹³ T. Pop, *Drept procesual penal*, vol. I, Tipografia Națională, Cluj, 1947, p. 345.

¹⁴ I. Neagu, *op.cit.*, pp. 98-107.

¹⁵ În mod similar, în Franța, în timpul instrucției, judecătorul avertizează persoana că are posibilitatea de a se abține să facă declarații; despre îndeplinirea acestei obligații se întocmește proces-verbal (J. Pradel, *Procedure penale*, Editions Cujas, 10^{ème} édition, Paris, 2000-2001, p. 562). În Germania, conform art. 136 din Codul de

Din textul de lege apare ca fiind evident faptul că obligația organelor de urmărire penală trebuie adusă la îndeplinire anterior momentului luării primei declarații învinuitului. Procedura este valabilă doar pentru luarea primei declarații, ceea ce înseamnă că în ipoteza unor declarații ulterioare nu se mai impune informarea învinuitului cu privire la exercițiul unui drept deja adus la cunoștință.

Se naște întrebarea dacă această procedură este aplicabilă și în ceea ce privește constatarea infracțiunilor flagrante?

Specific activității de constatare a infracțiunilor flagrante este întocmirea procesului-verbal de constatare, act procesual reprezentând chintesența probațiunii în respectiva cauză. În acest sens, procesul-verbal va cuprinde descrierea ilicitului penal constat, declarațiile învinuitului, ale persoanei vătămate și cele ale martorilor asistenți, precum și consemnarea celorlalte activități probatorii impuse de fiecare cauză, în funcție de specificul acesteia (cercetare la fața locului, stabilirea naturii anumitor substanțe, ridicarea de obiecte și înscrisuri, rezultatele percheziției corporale etc.). Actul în cauză, întocmit la fața locului, îndeplinește, în acest fel, în principal, rolul celui mai important element de probațiune, dar servește, de asemenea, pentru a marca declanșarea urmăririi penale.¹⁶

Se impune, în îndeplinirea activității de constatare a infracțiunii flagrante, ca organele judiciare să îi asigure făptuitorului exercițiul dreptului la tăcere? Întrebarea este justificată de dispozițiile art. 70 alin. 1 C.pr.pen. care fac trimitere la calitatea de „învinuit”, ceea ce ar putea conduce la presupunerea că, în momentul constatării infracțiunii, făptuitorul, nefiind încă învinuit, organele judiciare nu sunt obligate să procedeze la informarea cu privire la dreptul de a nu declara nimic.

Apreciem că această interpretare nu poate fi primită.

Astfel, trebuie luat în considerare faptul că, la momentul constatării infracțiunii persoanei în cauză i se solicită o primă declarație. În practica organelor de urmărire penală, în multe cazuri, făptuitorul recunoaște comiterea ilicitului penal, descrie natura și cantitatea substanțelor traficate, descoperite asupra sa, suma de bani primită ori oferită pentru realizarea actelor de corupție etc. Conduita învinuitului de recunoaștere rezidă din specificul ipotezei particulare a infracțiunii flagrante, caracterizată prin șocul surprinderii în momentul comiterii faptei. Aceleași coordonate se mențin și în cazul urmăririi făptuitorului după comiterea faptei, activitatea care are ca punct final, în majoritatea cazurilor, imobilizarea acestuia. În aceste circumstanțe, dublate de inegalitatea statutului celor două tabere, de avantajul poziției organelor judiciare, recunoașterea faptei, autoincriminarea făptuitorului reprezintă aspecte foarte probabile.

Toate aceste declarații, obținute, prin raportare strict temporală, anterior declanșării procesului penal, sunt consemnate în procesul-verbal de constatare și, de cele mai multe ori, sunt fixate pe bandă magnetică video. Este lesne de apreciat că valoarea probatorie a acestor mijloace de probă este deosebit de importantă pentru dovedirea vinovăției făptuitorului. Considerăm că, împreună cu constatarea efectivă a infracțiunii, declarațiile obținute de la făptuitor imediat ce a fost reținut sunt principalele elemente probatorii pe care se susține învinuirea. În acest mod se poate concluziona că acuzarea este susținută și de autoincriminarea făptuitorului.

În același spirit, în literatura de specialitate¹⁷ s-a apreciat că procedura constatării unei infracțiuni flagrante presupune în sarcina organelor de urmărire penală obligația de a-i aduce la cunoștință făptuitorului despre dreptul pe care îl are de a fi asistat de un apărător, făcându-se ulterior mențiune despre aceasta în cuprinsul declarației, consemnate în procesul-verbal. Rezultă

procedură penală, acuzatul va fi informat, înainte de luarea primei declarații, despre infracțiunea de care este acuzat și despre încadrarea juridică, atrăgându-i-se atenția că legea îi conferă dreptul de a nu răspunde la acuzații.

¹⁶ I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, Editura Universul Juridic, București, 2009, pp. 571-573.

¹⁷ C. Ioanițoaie, V. Bercheșan, I.E. Sandu et alii, *Tratat de tactică criminalistică*, ediția a II-a, revăzută și completată, Editura Carpați, Craiova, 1992, p. 299.

că, deși nu se poate reține încă existența unui cadru procesual, activitățile de constatare a infracțiunii flagrante sunt dominate de garantarea drepturilor apărării.

Mai mult, în circumstanțele unui flagrant delict, organele judiciare sunt obligate să asigure prezența unui apărător la data și ora fixată pentru desfășurarea activității.¹⁸ Cu toate acestea, ne exprimăm, rezervele față de această interpretare, având în vedere elementele specifice ale procedurii în discuție; în acest sens, în multe ipoteze este, practic, imposibil de asigurat prezența unui apărător la fața locului.

Toate aceste considerente conduc spre concluzia că, imediat ce s-a constatat săvârșirea unei infracțiuni flagrante, organele judiciare sunt obligate să îl informeze pe făptuitor despre drepturile apărării, printre care și dreptul la tăcere. Pe cale de consecință, înainte de a i se lua prima declarație (în care se includ și întrebările pusă de către organele de urmărire penală cu privire la împrejurările comiterii faptei penale), făptuitorul trebuie să știe că are dreptul de a nu declara nimic și că tot ceea ce va declara va putea fi folosit împotriva sa ulterior, pe parcursul procedurii judiciare.

Sancțiunea care poate interveni în ipoteza încălcării obligației de încunoștințare a învinuitului ori a inculpatului despre dreptul de a nu declara nimic este nulitatea relativă, în condițiile art. 197 alin. (1) și (4) C.pr.pen.¹⁹ Totuși, în circumstanțe care conduc spre concluzia că încălcarea acestei obligații a avut consecințe în ceea ce privește aflarea adevărului și justa soluționare a cauzei, nulitatea relativă va putea fi invocată sub regimul juridic al unei nulități absolute putând fi evidențiată la cererea părților ori din oficiu, oricând pe parcursul procedurii judiciare penale. În acest sens, în ipoteza în care declarațiile au fost obținute prin încălcarea dreptului la tăcere și se dovedesc a fi decisive pentru reținerea vinovăției învinuitului sau inculpatului se poate invoca existența unui viciu de procedură de natură a determina nulitatea probatoriilor astfel obținute.

2. Cadrul procesual instituit în vederea arestării preventive a învinuitului și inculpatului, element al egalității de arme

Învinuitul este, conform art. 229 C.pr.pen., persoana față de care se efectuează urmărirea penală, cât timp nu a fost pusă în mișcare acțiunea penală împotriva sa., în vreme ce inculpatul este parte în procesul penal, împotriva sa exercitându-se acțiunea penală (art. 23 C.pr.pen.). Rezultă, doar din prezentarea celor două concepte, existența unor diferențe semnificative, elemente care conduc inevitabil la instituirea unui regim procesual distinct.

Astfel, în materia măsurilor preventive care pot fi dispuse împotriva învinuitului sau inculpatului, cea mai importantă diferențiere constă în durata de timp pentru care se poate proceda la privarea de libertate. În acest sens, împotriva învinuitului se poate dispune arestarea preventivă pentru un interval de maxim 10 zile, măsura neputând fi prelungită, în vreme ce inculpatul poate fi arestat pentru maxim 30 de zile, măsura putând fi însă prelungită, în limita unui termen maxim, raportat la faza urmăririi penale, de 180 de zile. Regimul procesual stabilit prin dispozițiile Codului de procedură penală nu încalcă principiul egalității de tratament întrucât distincția procesuală este cauzată, în principal, de materialul probator existent în dosar. Astfel, în cazul inculpatului, probele în acuzare existente în dosar determină o consistență sporită a inculpării, în vreme ce în cazul învinuitului, probațiunea este în stadii incipiente.

Dacă în ceea ce privește durata măsurilor preventive nu s-au constatat probleme deosebite, sub aspectul egalității de tratament, în ceea ce privește procedura aplicabilă pentru arestarea învinuitului sau inculpatului lucrurile au stat diferit.

¹⁸ *ibidem*

¹⁹ Pentru exemplificare, în jurisprudența Curții Supreme a Statelor Unite ale Americii încălcarea acestei reguli cunoscută sub denumirea de *Miranda ruling*, constând în omisiunea de a aduce la cunoștință acuzatului că are dreptul de a tăcea, atrage după sine anularea hotărârii de condamnare și eliberarea necondiționată a acuzatului. Se observă, în acest fel, deosebita importanță pe care o prezintă în cadrul sistemului penal acuzatorial respectarea unei reguli de procedură, mergând până la încetarea procesului de tragere la răspundere penală.

Astfel, conform art. 146 C.pr.pen., în forma anterioară anului 2003, procurorul, din oficiu sau la sesizarea organului de cercetare penală, constatând că în interesul urmăririi penale este necesară privarea de libertate a învinutului, dispune prin ordonanță motivată arestarea acestuia. În același timp, conform art. 150 C.pr.pen., măsura arestării preventive a inculpatului poate fi luată numai după ascultarea acestuia de către procuror sau de către instanța de judecată, afară de cazul când inculpatul este dispărut, se află în străinătate ori se sustrage de la urmărire sau de la judecată.

În aceste condiții, art.146 C.pr.pen. a fost apreciat ca fiind neconstituțional sub aspectul egalității de tratament între învinuit și inculpat. Astfel, în motivarea excepției de neconstituționalitate, s-a susținut că sunt încălcate, printre altele, dispozițiile constituționale ale principiului egalității de tratament.

Curtea Constituțională a constatat²⁰ că în Codul de procedură penală, sub titlul "Măsurile preventive și alte măsuri procesuale" (titlul IV - Partea generală), sunt reglementate, la cap. I, un ansamblu de garanții procesuale distincte pentru a proteja libertatea individuală, între care: aducerea la cunoștință persoanei arestate a motivelor arestării și a celor privind învinuirea, în prezența unui avocat, precum și ascultarea inculpatului. În secțiunea I "Dispoziții generale" din acest capitol, prin art. 137¹ alin. 1 se instituie anumite obligații care sunt în concordanță cu prevederile art. 23 alin. (5) din Constituție, stabilind că persoanei reținute sau arestate i se aduc de îndată la cunoștință motivele reținerii sau ale arestării. Învinuirea se aduce la cunoștință celui arestat, în cel mai scurt termen, în prezența unui avocat. Aceasta înseamnă că astfel de obligații privesc, deopotrivă, atât arestarea învinutului, cât și a inculpatului, de vreme ce, ca dispoziție generală, art. 137¹ C.pr.pen. nu face nici o diferențiere între cele două forme de arestare. În acest sens, s-a constatat necorelarea existentă între garanțiile procesuale instituite pentru inculpat în raport cu cele reglementate pentru învinuit. Într-adevăr, dacă pentru inculpat art. 150 obligă ca măsura arestării să fie luată numai după ascultarea acestuia de către procuror, o asemenea obligație lipsește în cazul luării măsurii arestării pentru învinuit. Și toate acestea în condițiile în care deosebiri de natură juridică dintre cele două măsuri procesuale nu justifică nici o diferențiere de tratament între învinuit și inculpat sub aspectul garanțiilor privind libertatea persoanei, dreptul la apărare și al garanțiilor procesuale prevăzute de lege și consacrate în Constituție, cât privește obligația ascultării învinutului de către procuror, potrivit celor de mai sus. Din aceste considerente dispozițiile art. 146 C.pr.pen. și măsura arestării preventive a învinutului, pe care o reglementează, sunt constituționale numai în măsura în care prin acestea se asigură respectarea necondiționată a garanțiilor constituționale privind libertatea și drepturile fundamentale ale persoanei, în același mod atât pentru inculpat, cât și pentru învinuit.

În considerarea jurisprudenței Curții Constituționale, prin Legea nr. 281/2003 conținutul art. 146 C.pr.pen. a fost modificat în sensul respectării principiului egalității de tratament. *De lege lata*, art. 146 alin. (1) C.pr.pen. are următorul cuprins: *(1) dacă sunt întrunite condițiile prevăzute în art. 143 și există vreunul dintre cazurile prevăzute în art. 148 C.pr.pen., procurorul, din oficiu sau la sesizarea organului de cercetare penală, când consideră că arestarea învinutului este necesară în interesul urmăririi penale, numai după ascultarea acestuia în prezența apărătorului, întocmește propunerea motivată de luare a măsurii arestării preventive a învinutului.*

3. Reprezentarea părților, element al egalității de arme

În desfășurarea procesului penal, în anumite ipoteze, este posibil ca părțile să nu poată participa la efectuarea anumitor activități procesuale. În aceste condiții, în lege erau reglementate circumstanțele în care se putea apela la instituția reprezentării, cu mențiunea existenței unor note specifice față de reprezentarea părților în procesul civil, elemente distincte a căror existență este justificată de specificul fiecărei activități judiciare în parte.

²⁰ Curtea Constituțională, Decizia nr. 112/14.07.1998 referitoare la excepția de neconstituționalitate a art. 146 și 149 C.pr.pen., publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 286/04.08.1998.

În legătură cu această problemă, Codul de procedură penală instituita, anterior anului 2003, un tratament inegal între inculpat și celelalte părți, pe de o parte, și chiar între inculpații din aceeași cauză ori din cauze diferite, pe de altă parte.

Astfel, conform art. 174 alin. 1 lit. a) C.pr.pen., în cursul judecății, inculpatul putea fi reprezentat la judecarea cauzei în primă instanță ori la rejudecarea ei după desființarea hotărârii în apel sau după casare de către instanța de recurs, numai dacă pedeapsa prevăzută de lege pentru fapta supusă judecății este amenda sau închisoarea de cel mult un an. În același timp conform art. 174 alin. 3 C.pr.pen., celelalte părți pot fi întotdeauna reprezentate.

În aceste condiții, Curtea Constituțională a fost sesizată în numeroase rânduri cu critici vizând constituționalitatea acestor prevederi, poziția constantă adoptată fiind de respingere a excepțiilor²¹.

În cursul anului 2000, însă, are loc o reconsiderare a jurisprudenței Curții în materia reprezentării învinutului sau inculpatului în faza de judecată²². Astfel, cu privire la reprezentarea inculpatului în procesul penal Curtea Europeană a Drepturilor Omului s-a pronunțat prin mai multe hotărâri, între care figurează cele referitoare la cazurile: "Poitrimol împotriva Franței" (1993), "Lala împotriva Olandei" (1994) și "Pelladoah împotriva Olandei" (1994). În toate aceste cazuri Curtea Europeană a Drepturilor Omului a decis că interzicerea dreptului inculpatului de a fi reprezentat de apărătorul său la judecarea cauzei sale în căile de atac constituie o violare a prevederilor art. 6 pct. 1 și pct. 3 lit. c) din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, în termenii cărora: "1. Orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil [...] de către un tribunal [...] care va hotărî [...] asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptate împotriva sa [...]. 3. Orice acuzat are, în special, dreptul [...] c) să se apere el însuși sau să fie asistat de un apărător ales de el [...]." Așa cum se subliniază în hotărârea pronunțată în cazul "Pelladoah împotriva Olandei", "prezența inculpatului în instanță are o importanță capitală în interesul unui proces penal echitabil și just. În mod general, acest lucru este valabil și pentru judecarea unui apel. Dar este, de asemenea, de importanță crucială pentru echitatea sistemului penal ca acuzatul să fie apărat în mod adecvat atât în primă instanță, cât și în apel". Se mai arată, de asemenea, că "În opinia Curții, acest din urmă interes prevalează. În consecință, faptul că acuzatul, deși legal citat, nu se prezintă, n-ar putea justifica, chiar în lipsa oricărei scuze, soluția ca el să fie privat de dreptul la asistența unui apărător, drept pe care i-l recunoaște articolul 6 pct. 3 din Convenție". Răspunzând argumentului că inculpatul nu se poate plânge de încălcarea acestui drept, atâta vreme cât apărătorul său n-a cerut Curții de apel încuviințarea de a-l apăra, Curtea Europeană a Drepturilor Omului arată că "Orice acuzat are dreptul la asistența unui apărător. Pentru ca acest drept să aibă un caracter practic și efectiv, iar nu pur teoretic, exercitarea sa nu trebuie să fie subordonată îndeplinirii unor condiții excesiv de formaliste: revine organelor de justiție sarcina de a asigura caracterul echitabil al unui proces și, în consecință, de a veghea ca un avocat care, în mod evident, participă la proces pentru a apăra pe clientul său, în lipsa acestuia, să i se dea posibilitatea să o facă". În lumina jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, se constata că este necesară o reconsiderare a jurisprudenței cu privire la soluționarea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 174 alin. 1 lit. a) C. pr.pen., în sensul că dispozițiile legale menționate, care interzic dreptul inculpatului de a fi reprezentat la judecarea cauzei în primă instanță, nu constituie o garanție, ci, dimpotrivă, o restrângere nejustificată a dreptului său la apărare. Prezența inculpatului la judecată este, într-adevăr, necesară atât în interesul general al înfăptuirii justiției, cât și în interesul individual al inculpatului care își poate exercita în mod nemijlocit dreptul la apărare. Dacă însă inculpatul nu se

²¹ A se vedea, Curtea Constituțională, Decizia nr. 484/02.12.1997 (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 105/06.03.1998); Decizia nr. 34/04.03.1999 (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 317/02.07.1999); Decizia nr. 16/27.01.2000 (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 278/20.06.2000).

²² Curtea Constituțională, Decizia nr. 145/14.07.2000 referitoare la excepția de neconstituționalitate a art. 174 alin 1 lit. a) C.pr.pen., publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 665/16.12.2000.

poate prezenta în instanță, interzicerea dreptului său de a fi reprezentat de un avocat constituie o încălcare a dreptului la apărare. În consecință, dispoziția "[...] numai dacă pedeapsa prevăzută de lege pentru fapta supusă judecării este amenda sau închisoarea de cel mult un an" din cuprinsul art. 174 alin. 1 lit. a) C.pr.pen. este neconstituțională, fiind contrară prevederilor art. 24 din Constituție.

În același timp, întrucât inculpatul este singurul dintre părțile din proces care, potrivit dispoziției menționate, nu poate fi reprezentat, celelalte părți putând fi întotdeauna reprezentate, dispoziția criticată venea în contradicție și cu prevederile art. 16 alin. (1) din Constituție referitoare la egalitatea în drepturi. Aceeași inegalitate în drepturi apare și între inculpați, în funcție de gravitatea pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiunea săvârșită, având în vedere că legea admite reprezentarea inculpatului numai dacă pedeapsa prevăzută de lege pentru fapta supusă judecării este amenda sau închisoarea de cel mult un an, interzicând-o în celelalte cazuri.

În considerarea jurisprudenței Curții Constituționale, prin Legea nr. 281/2003 conținutul art. 174 C.pr.pen. a fost modificat în sensul respectării principiului egalității de tratament. *De lege lata*, art. 174 alin. 1 C.pr.pen. are următorul cuprins: *(1) În cursul judecării învinuitul și inculpatul, precum și celelalte părți, pot fi reprezentați, cu excepția cazurilor în care prezența învinuitului sau inculpatului este obligatorie.*

4. Contactul dintre învinuitul sau inculpatul arestat și apărătorul său, element al egalității de arme

În exercitarea dreptului la apărare, părțile recurg la serviciile avocaților, specialiști ai dreptului, rolul acestora în garantarea defășurării echitabile a procesului penal fiind esențial. Astfel, egalitatea de arme impune ca acuzarea, susținută de cele mai multe ori în fapt prin prestațiile organelor de urmărire penală (procurori și organe de cercetare ale poliției judiciare) să fie temperată de o apărare organizată de specialiști în drept. Din această perspectivă, garantarea dreptului la apărare se prezintă ca o componentă esențială atât pentru caracterul echitabil al procedurii penale, cât și pentru egalitatea justițiabililor în fața organelor judiciare.

Reglementarea existentă în Codul de procedură până în anul 2003 reprezenta un exemplu elocvent de încălcare a principiului egalității de arme, instituind regimuri procesuale diferite aplicabile învinuitului ori inculpatului aflat în stare de arest comparativ cu ceilalți învinuiți ori inculpați, pe de o parte, și cu celelalte părți din proces, pe de altă parte.

Astfel, conform art. 172 alin. (4) C.pr.pen., anterior modificărilor intervenite prin Legea nr. 281/2003, inculpatul arestat avea dreptul să ia contact cu apărătorul, dar, în mod excepțional, când interesul urmăririi o cerea, procurorul, din oficiu sau la propunerea organului de cercetare penală, putea dispune, prin ordonanță motivată, interzicerea luării de contact a inculpatului arestat cu apărătorul, o singură dată, pe o durată de cel mult 5 zile. În continuare, în art. 172 alin. (5) C.pr.pen. se prevedea că luarea de contact cu apărătorul nu putea fi interzisă la prelungirea duratei arestării de către instanța de judecată, iar la prezentarea materialului de urmărire penală aceasta era obligatorie.

Prin art. I pct. 112 din Legea nr. 281/2003, art. 172 alin. (4) a fost modificat prin consființirea dreptului persoanei reținute sau arestate de a lua contact cu apărătorul său, în condiții de confidențialitate.

Prin raportare la vechea reglementare se observă, în primul rând, faptul că norma în discuție are în vedere nu numai pe inculpatul aflat în stare de arest preventiv. Astfel, folosindu-se sintagma „persoana reținută sau arestată”, legiuitorul a înțeles să confere dreptul de a putea lua contact cu apărătorul atât pentru inculpatul arestat cât și învinuitului aflat în stare legală de reținere ori arestare preventivă. În acest mod s-a eliminat neajunsul generat de posibilitatea legală de a putea restricționa contactul între apărător și învinuitul aflat în stare de reținere pentru 24 de ore ori arestat pentru 5 zile.

Dreptul de a lua contact cu apărătorul al persoanei reținute ori arestate se poate manifesta în modalități diferite. Avem în vedere contactul fizic, nemijlocit între apărător și client, ocazie cu care aceștia stabilesc coordonatele exercitării dreptului la apărare. De asemenea, în literatura de specialitate²³, s-a apreciat că se poate realiza acest contact și prin scris ori prin convorbiri telefonice. În sprijinul acestor afirmații sunt și prevederile Legii nr. 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal²⁴; astfel, dreptul la corespondență al persoanelor aflate în executarea pedepselor privative de libertate este garantat; corespondența are caracter confidențial și nu poate fi deschisă sau reținută decât în limitele și în condițiile prevăzute de lege (art. 82 alin. (5) raportat la art. 45 alin. (1) și (2) din Legea nr. 275/2006). Totodată, corespondența poate fi deschisă și reținută dacă există indicii temeinice cu privire la săvârșirea unei infracțiuni. Persoana aflată în executarea pedepsei privative de libertate este înștiințată în scris, de îndată, cu privire la luarea acestor măsuri, iar corespondența reținută se clasează într-un dosar special care se păstrează de administrația penitenciarului (art. 82 alin. (5) raportat la art. 45 alin. (4) din Legea nr. 275/2006).

Foarte important, dispozițiile art. 45 alin. (4) nu se aplică în cazul corespondenței cu apărătorul, cu organizațiile neguvernamentale care își desfășoară activitatea în domeniul protecției drepturilor omului, precum și cu instanțele sau organizațiile internaționale a căror competență este acceptată ori recunoscută de România.

Un al doilea aspect semnificativ l-a reprezentat eliminarea din legea procesuală a prevederii conform căreia „în mod excepțional, când interesul urmăririi cere, procurorul, din oficiu sau la propunerea organului de cercetare penală, poate dispune, prin ordonanță motivată, interzicerea luării de contact a inculpatului arestat cu apărătorul, o singură dată, pe o durată de cel mult 5 zile”²⁵.

Rezultă că, *de lege lata*, pe parcursul anchetei penale învinuitul ori inculpatul arestat poate lua contact cu apărătorul, fără ca organele judiciare să le poată îngreui acest drept. Încălcarea acestor dispoziții reprezintă o atingere adusă exercițiului dreptului la apărare, iar sancțiunea care poate interveni este nulitatea relativă în condițiile art. 197 alin. 4 teza finală C.pr.pen., în sensul că încălcarea poate fi luată în considerare de către instanță și din oficiu, dacă obiectivul vizat este aflarea adevărului și justa soluționare a cauzei.

Reglementarea procesuală în discuție a fost precedată de dispoziții din acte normative speciale cu referire la regimul executării arestului preventiv. Astfel, potrivit art. 10 alin. 4 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 56/2003²⁶ „persoanele aflate în executarea pedepselor privative de libertate au dreptul de a primi oricând, în condiții de *confidențialitate*, vizite ale apărătorului”. De asemenea, conform art. 17 raportat la art. 7 alin. 1 din Ordinul ministrului justiției nr. 3131/2003²⁷ „persoanele private de libertate pot fi vizitate oricând de apărătorii lor, în baza împuternicirii avocațiale înregistrate la barou și a carnetului de avocat. Întrevederile cu apărătorul sunt *confidențiale*”.

Similar, conform art. 34 din Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat²⁸ (1) *Contactul direct dintre avocat și clientul său nu poate fi stânjenit sau controlat, direct*

²³ V. Rămureanu, *Asistența juridică a învinuitului sau inculpatului în faza de urmărire penală*, în R.R.D. nr. 7/1972, p. 23-25.

²⁴ Legea nr. 275/04.07.2006 a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. nr. 627/20.07.2006.

²⁵ Similar, conform art. 104 alin. 3 din Codul de procedură penală italian, dreptul persoanelor interesate de a lua legătura cu apărătorul nu poate fi îngreuit decât în mod excepțional, pentru un interval de maxim 7 zile, de către judecător, la cererea Ministerului Public.

²⁶ Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 56/2003 a fost abrogată prin Legea nr. 275/2006.

²⁷ Ordinul nr. 3.131/C din 29 octombrie 2003, privind durata și periodicitatea vizitelor, numărul și greutatea pachetelor cu alimente, precum și bunurile care pot fi primite, pastrate și folosite de către persoanele aflate în executarea pedepselor privative de libertate, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 840/26.11.2003.

²⁸ Legea nr. 51/07.06.1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 113/06.03.2001, cu modificările și completările ulterioare.

sau indirect, de nici un organ al statului. (2) În cazul în care clientul se află în stare de arest sau detenție, administrația locului de arest ori detenție are obligația de a lua măsurile necesare pentru respectarea drepturilor prevăzute la alin. (1).²⁹

Cu referire la procedura care trebuie urmată pentru asigurarea contactului între apărător și învinuitul sau inculpatul arestat, legiuitorul a introdus o condiție esențială, și anume *confidențialitatea*. Reglementarea este justă și în același timp imperativă. Din interpretarea acestei condiții rezultă că întrevăderea apărătorului cu învinuitul ori inculpatul aflat în stare de reținere ori arest preventiv trebuie să se desfășoare în locuri special amenajate, astfel încât cei în cauză să poată să își stabilească strategia procesuală în condițiuni similare cu cele avute la îndemână de celelalte părți (fie părți cu interese contrare, fie coinculpați aflați în stare de libertate).

Încăperile vor fi special amenajate în sensul existenței unor dotări care să permită posibilitatea de observare vizuală a interiorului. Considerentele care impun ținerea sub observație a locației respective sunt determinate de regulile de executare a pedepselor privative de libertate, reguli aplicabile și persoanelor care sunt deținute cu titlu preventiv.

Persoana arestată preventiv poate fi deținută fie în aresturile care funcționează în cadrul unităților de poliție, fie în penitenciare. În ipoteza în care unitatea în care se găsește persoana arestată ori reținută nu posedă o încăpere special destinată asigurării contactului în condiții de confidențialitate între apărător și persoana reținută ori arestată, se vor lua măsuri de creare a unui asemenea cadru. În caz contrar, se poate invoca o violare a exercitării dreptului de apărare.

Confidențialitatea presupune, în același timp, absența organului judiciar. Relația apărător-client nu trebuie să sufere ingerințe ale organului judiciar. Există tendința de a asista la aceste luări de contact, pentru a se preveni eventuale *înțarceri* ale învinuitului sau inculpatului, fără a se lua în considerare faptul că printre drepturile procesuale ale acestuia figurează și posibilitatea pe care o are acesta de a retracta declarațiile făcute ori de a le completa ulterior, indiferent de faza procesuală în care se află.

Conform art. 172 alin. (5) C.pr.pen., până la adoptarea Legii nr. 356/2006, luarea de contact cu apărătorul nu putea fi interzisă la prelungirea duratei arestării de către instanța de judecată, iar la prezentarea materialului de urmărire penală aceasta era obligatorie.

În condițiile modificării art. 172 alin. (4) C. pr. pen. prin instituirea dreptului de a lua contact cu apărătorul pentru învinuitul ori inculpatul reținut ori arestat, art. 172 alin. (5) C.pr.pen. se înfățișa ca fiind desuet. Astfel, prin consacarea faptului că luarea de contact cu apărătorul nu poate fi interzisă la prelungirea arestării preventive se putea interpreta, *per a contrario*, că în alte momente procesuale acest contact putea fi restricționat, ceea ce nu corespundea art. 272 alin. (4) C.pr.pen.

Pe de altă parte, dispoziția conform căreia luarea de contact a apărătorului cu persoana reținută ori arestată era obligatorie la prezentarea materialului de urmărire penală era inutilă. În acest sens, art. 172 alin. (5) C.pr.pen. viza ipoteza în care învinuitul ori inculpatul se afla în stare de reținere sau arest, caz în care, conform art. 171 alin. (2) C.pr.pen., asistența juridică era/este obligatorie. În aceste condiții, indiferent dacă apărătorul era ales ori din oficiu, efectuarea actului de urmărire penală reglementat în art. 250-254 C.pr.pen. implica, în mod obligatoriu, prezența apărătorului, ocazie cu care învinuitul sau inculpatul putea lua legătura cu acesta.

Pe cale de consecință, pentru evitarea acestei discordanțe legislative și pentru eliminarea unor situații de natură a crea confuzie, art. 172 alin. (5) C.pr.pen. a fost abrogat prin art. I pct. 100 din Legea nr. 356/2006.

²⁹ În același spirit se prezintă și prevederile art. 148 din Codul de procedură penală al Republicii Federale a Germaniei, conform căruia apărătorul are dreptul de a lua legătura cu acuzatul care se află în stare de arest și poate să comunice cu acesta oral sau în scris, pe tot parcursul procesului penal. De asemenea, în Turcia inculpatul sau reținutul poate avea întrevăderi cu apărătorul oricând și într-un mediu în care să nu fie auzite de alții discuțiile purtate de ei.

5. Prezentarea materialului de urmărire penală, element al egalității de arme

Apreciată ca fiind o instituție care se înscrie între garanțiile dreptului de apărare al învinutului sau inculpatului în faza de urmărire penală, procedura prezentării materialului de urmărire penală plasată la sfârșitul urmăririi penale, când organul de urmărire consideră că au fost administrate toate probele care susțin învinuirea, a fost reglementată, sub anumite aspecte, prin încălcarea principiului egalității în fața legii.

Avem în vedere dispozițiile art. 257 C.pr.pen., în forma anterioară anului 2003, în conformitate cu care procurorul, primind dosarul învinutului îi prezenta materialul de urmărire penală doar dacă aprecia că această activitate era necesară. Aceste dispoziții, analizate prin raportare la prevederile art. 250-254 C.pr.pen. (prin care se garanta obligativitatea prezentării materialului de urmărire penală față de persoana inculpatului), au fost apreciate ca aducând atingere principiului constituțional al dreptului la apărare, fapt în considerarea căruia au fost supuse controlului de constituționalitate.

Chiar dacă discuția constituționalității art. 257 C.pr.pen. s-a axat pe conformarea cu imperativele art. 24 din Constituție, apreciem că cele statuate de către forul constituțional au o intimă legătură cu egalitatea de arme în procesul penal, deoarece logica argumentării vizează exercitarea dreptului la apărare al învinutului prin raportare la exercitarea dreptului la apărare al inculpatului, finalmente constatându-se necesitatea egalizării regimurilor procesuale aplicabile.

Astfel, Curtea Constituțională a constatat³⁰ că dispozițiile art. 257 C.pr.pen., în redactarea anterioară anului 2003, contravenea prevederilor art. 24 din Constituție, potrivit căruia dreptul la apărare este garantat în tot cursul procesului, părțile având dreptul să fie asistate de un avocat ales sau numit din oficiu. Într-adevăr liberul exercițiu al dreptului de apărare este condiționat de chemarea învinutului spre a i se aduce la cunoștință materialul probator ce stătea la baza învinuirii sale. Desigur, organul de cercetare penală este obligat să procedeze la ascultarea sa (art. 255 C.pr.pen.), dar scopul acesteia este completarea dosarului cu eventuale noi probe cerute de către învinuit. Terminarea cercetării penale se concretizează într-un referat în care organul de cercetare are numai atribuția de a propune procurorului, dacă este cazul, emiterea rechizitoriului și sesizarea instanței de judecată. Răspunderea pentru luarea acestor măsuri revine exclusiv procurorului. Or, dacă procurorul avea numai latitudinea, iar nu și obligația chemării învinutului, înseamna că cel mai important moment al urmăririi penale - trimiterea în judecată - se putea realiza fără ca învinuitul să fie înștiințat de către procuror asupra învinuirii ce i se aduce. În aceste condiții învinuitul nu avea posibilitatea să fie asistat de către un apărător și nici să dispună de timpul necesar pentru a-și pregăti apărarea, neavând cunoștința de soluția dată de procuror în urma examinării materialului primit de la organul de cercetare penală.

Pe de altă parte, până la rezoluția procurorului, după primirea dosarului de la organul de cercetare penală, învinuirea se află în stare de simplă propunere care se cere validată de către procuror; acesta are însă la dispoziție și alte soluții decât trimiterea în judecată. Este, de aceea, cu atât mai necesar ca rezolvarea cauzei să se facă după chemarea învinutului și după înștiințarea sa despre punerea în mișcare a acțiunii penale, în prezența apărătorului său, care, alături de cel în cauză, poate determina sau influența pronunțarea altei soluții de natură să excludă trimiterea în instanță a dosarului (scoaterea de sub urmărire, încetarea urmăririi penale, clasarea etc.).

În aceste circumstanțe, dispoziția „... *dacă socotește necesar* ...” din art. 257 C.pr.pen., de natură să restrângă exercitarea dreptului la apărare, contravenea prevederilor art. 24 din Constituție, fiind deci neconstituțională. În consecință, procurorul, primind dosarul, înainte de a dispune trimiterea în judecată, are obligația, iar nu latitudinea, de a-l chema pe învinuit spre a-i prezenta materialul de urmărire penală, chiar dacă acesta i-a fost adus la cunoștință de către organul de cercetare penală, urmând a se aplica în mod corespunzător dispozițiile art. 250 - 254 C.pr.pen.

³⁰ Curtea Constituțională, Decizia nr. 24/23.02.1999 referitoare la excepția de neconstituționalitate a art. 257 C.pr.pen., publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 136/01.04.1999.

În considerarea jurisprudenței Curții Constituționale, prin Legea nr. 281/2003 conținutul art. 257 C.pr.pen. a fost modificat. *De lege lata*, art. 257 C.pr.pen. are următorul cuprins: *procurorul, primind dosarul, îl cheamă pe învinuit și îi prezintă materialul de urmărire penală potrivit dispozițiilor art. 250 și următoarele, care se aplică în mod corespunzător.*

Concluzii

Principiul egalității în procesul penal din România a prilejuit pronunțarea a numeroase decizii de către Curtea Constituțională, în vederea alinierii legislației procesual penale la cerințele Constituției României, republicată în anul 2003, precum și la standardele instituite prin Convenția Europeană a Drepturilor Omului. În acest sens, în principiu, la momentul redactării acestui studiu se poate constata eliminarea din Codul de procedură penală a instituțiilor care nu respectau egalitatea de arme. Avem în vedere, așa cum s-a desprins din studiu, ipoteza arestării preventive a învinuitului care se putea dispune fără prealabila ascultare a acestuia. De asemenea, egalitatea de tratament era încălcată prin caracterul facultativ al procedurii prezentării materialului de urmărire penală învinuitului de către procuror, anterior trimerii dosarului spre soluționare judecătorească. Astfel, învinuitul putea fi trimis în judecată fără a putea să consulte dosarul de urmărire penală. În același sens, prin reglementarea diferită a reprezentării învinuitului sau inculpatului în proces comparativ cu celelalte părți, se aducea o serioasă atingere, nejustificată, egalității de drepturi. Toate aceste ipoteze, și altele, au fost avute în vedere de Curtea Constituțională, în baza jurisprudenței acesteia puterea legiuitoare modificând Codul de procedură penală, în sensul asigurării unui regim procesual echitabil părților aflate în cursul unei proceduri penale.

Referințe bibliografice

1. Legislație

A. Legislație națională

- Constituția României, revizuită prin Legea nr. 429/2003 (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 758/29.10.2003), renumerotată și republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 767/31.10.2003;
- Codul de procedură penală;
- Legea nr. 92/04.08.1992 pentru organizarea judecătorească, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 197/13.08.1992.
- Legea nr. 51/07.06.1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 113/06.03.2001, ulterior modificată și completată prin Legea nr. 489/2002, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 77/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 280/2004, Legea nr. 201/2004; Legea nr. 255/2004; Legea nr. 280/2004; Ordonanța Guvernului nr. 94/2004, aprobată cu modificări prin Legea nr. 507/2004; Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 190/2005; Decizia Curții Constituționale nr. 513/2006.
- Legea nr. 115/1999 privind responsabilitatea ministerială, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 300/28.06.1999;
- Legea nr. 90/2001 privind organizarea și funcționarea Guvernului României și a ministerelor, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 164/02.04.2001;
- Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 43/04.04.2002 privind Direcția Națională Anticorupție, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 244/11.04.2002, ulterior modificată și completată prin numeroase acte normative;
- Legea nr. 281/24.06.2003 privind modificarea și completarea Codului de procedură penală și a unor legi special, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 468/01.07.2003;
- Ordinul nr. 3.131/C/29.10.2003, privind durata și periodicitatea vizitelor, numărul și greutatea pachetelor cu alimente, precum și bunurile care pot fi primite, pastrate și folosite de către persoanele aflate în executarea pedepselor privative de libertate, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 840/26.11.2003;

▪ Legea nr. 303/28.06.2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 826/13.09.2005, ulterior modificată și completată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 148/2005, cu modificările ulterioare, aprobată cu modificări prin Legea nr. 7/2007; Legea nr. 29/2006; Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 50/2006; Legea nr. 356/2006, cu modificările ulterioare; Decizia Curții Constituționale nr. 866/2006; Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 100/2007;

▪ Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 576/29.06.2004, a fost modificată și completată prin dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 124/24.11.2004 (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1168/09.12.2004), Legea nr. 71/07.04.2005 (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 300/11.04.2005). Ulterior a fost republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 827/13.09.2005 în temeiul art. XIV al Titlului XVI din Legea nr. 247/19.07.2005 privind reforma în domeniile proprietății și justiției. După republicare, Legea nr. 304/2004 a mai fost modificată și completată prin Legea nr. 17/11.01.2006 (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 48/19.01.2006), Decizia Curții Constituționale a României nr. 345/18.04.2006 (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 415/15.05.2006), Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 50/28.06.2006 (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 566/30.06.2006), Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 60/06.09.2006 (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 764/07.09.2006); Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 100/04.10.2007 pentru modificarea și completarea unor acte normative în domeniul justiției (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 684/08.10.2007.);

▪ Legea nr. 508/17.11.2004 privind înființarea, organizarea și funcționarea în cadrul Ministerului Public a Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1089/23.11.2004;

▪ Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 3/27.01.2005 pentru modificarea și completarea Legii nr. 115/1999, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 116/04.02.2005;

▪ Legea nr. 275/04.07.2006, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. nr. 627/20.07.2006 ;

▪ Legea nr. 356/21.07.2006 pentru modificarea și completarea Codului de procedură penală precum și pentru modificarea altor legi, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 677/07.08.2006;

B. Legislație internațională

▪ Declarația drepturilor statului Virginia (*Virginia Bill of Rights*), adoptată în mai 1776;

▪ Declarația de independență a Statelor Unite ale Americii, Philadelphia, 04.07.1976;

▪ Declarația drepturilor omului și cetățeanului, adoptată la Paris în 26.08.1789;

▪ Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată la Paris la 10.10.1948;

▪ Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, adoptată la Roma la 04.11.1950, precum și protocoalele adiționale, ratificată de România prin Legea nr. 30/18.05.1994, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 135/31.05.1994 ;

▪ Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice, adoptat la data de 16.12.1966, prin Rezoluția Adunării Generale a Organizației Națiunilor Unite 2200A (XXI), ratificat de România prin Decretul nr. 212/1974, publicat în Buletinul Oficial nr. 146/2.11.1974.

C. Documente adoptate de organisme internaționale

▪ *Elements d'un Statut Européen de la Magistrature* (Elemente ale unui Statut European al Magistraturii), adoptat la 16.01.1993 de către Asociația MEDEL- Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés;

▪ Recomandarea R (19)/2000 a Comitetului Miniștrilor Consiliului Europei către statele membre privind rolul procurorului în sistemul judiciar penal, adoptată 06.10.2000, la a 724-a reuniune a delegaților miniștrilor;

- Principiile de la Bangalore cu privire la conduita judiciară, haga, 25-26.11.2002;
- Raportul Conferinței Procurorilor Generali din Europa (CPGE), Celle, 2004;
- Codul de procedură penală francez
- Codul de procedură penală german, Bundesgesetzblatt, 07.04.1987 (cu modificările și completările intervenite inclusiv prin Legea din 07.09.1998)
- Codul de procedură penală italian

2. Doctrină. Tratat, cursuri, monografii, studii publicate în reviste de specialitate

- Constantin Ioanițoaie, Vasile Bercheșan *et alii*, *Tratat de tactică criminalistică, ediția a II-a, revăzută și completată* (Craiova, Editura Carpați, 1992)
- Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală* (București, Editura Universul Juridic, 2010), 709
- Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea specială* (București, Editura Universul Juridic, 2009), 667
- Traian Pop, *Drept procesual penal, vol. I*, (Cluj-Napoca, Tipografia Națională, 1947)
- Corneliu-Liviu Popescu, *Drepturile de procedură în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (2001-2002)* (București, Editura All Beck, 2003)
- Jean Pradel, *Procedure penale, 10^{ème} édition* (Paris, Editions Cujas, 2000-2001)
- Virgil Rămureanu, *Asistența juridică a învinutului sau inculpatului în faza de urmărire penală*, Revista Română de Drept, nr. 7 (1972), 23-25
- Grigore Theodoru, *Tratat de drept procesual penal* (București, Editura Hamangiu, 2007), 1020

3. Jurisprudență

A. Jurisprudență CEDO

- Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea în Cauza Funke vs. Franța, în Vincent Berger, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, ediția a II-a, revăzută și adăugită* (Institutul Român pentru Drepturile Omului), 385-391
- Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea în Cauza Saunders vs. Regatul Unit al Marii Britanii și al Irlandei de Nord, în *Hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului. Culegere selectivă, vol. II* (Iași, Editura Polirom, 2001)
- Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea în Cauza Allan vs. Regatul Unit al Marii Britanii și al Irlandei de Nord, în C.L. Popescu, *Drepturile de procedură în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, 2001-2002* (București, Editura All Beck, 2003), 240-244.

B. Jurisprudența Curții Constituționale

- Curtea Constituțională, Decizia nr. 484/02.12.1997, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. nr. 105/06.03.1998
- Curtea Constituțională, Decizia nr. 112/14.07.1998, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 286/04.08.1998
- Curtea Constituțională, Decizia nr. 24/23.02.1999, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 136/01.04.1999.
- Curtea Constituțională, Decizia nr. 34/04.03.1999, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 317/02.07.1999
- Curtea Constituțională, Decizia nr. 16/27.01.2000, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 278/20.06.2000
- Curtea Constituțională, Decizia nr. 145/14.07.2000, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 665/16.12.2000
- Curtea Constituțională, Decizia nr. 665/05.07.2007, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 547/10.08.2007

THE AUXILIARY FORMS OF DEPRIVATION OF FREEDOM IN THE ROMANIAN LAW SYSTEM

ANDREI ZARAFIU*

Abstract

In relation to the principal norms as established by the fundamental law, the deprivation of freedom can be defined as the institutional form, with an exclusively criminal character, acknowledged in the Constitution and regulated in detail in the procedural law, which operates by restricting the exercise of the individual freedom, as a fundamental freedom. If we consider, however, the extended normative framework regarding the deprivation of freedom (both the Constitutional and the ordinary frameworks), besides the main forms of deprivation of freedom that were deliberately established by the constituent lawmaker, the provisions regarding the criminal procedure reveal that the complete deprivation of individual freedoms can also occur as a secondary effect to a main trial activity; this is how the auxiliary forms of deprivation of freedom are expressed. In this article, I propose an analysis of the auxiliary forms of deprivation of freedom existing in the Romanian law system, which should be seen as a novelty considering the fact that the classification of the forms of deprivation of freedom itself is not known in the literature.

Keywords: *deprivation of freedom, guarantees, forms, classification, criteria.*

Introduction

Taking into account the ordinary sequence of the criminal judicial activity, the constituent lawmaker regulates first the provisional form of deprivation of freedom expressed through the detention and the preventive arrest, then it mentions the permanent form of deprivation of freedom materialised in the criminal sanctions that imply the deprivation of freedom.

Since these are recognised by the Constitution, we consider both the temporary and the permanent forms of deprivation of freedom as main forms.

The auxiliary forms of deprivation of freedom are used on the occasion of certain judicial procedures and they occur in the case of enforcing the warrant for arrest of a defaulting witness (art. 184 of the Criminal Procedure Code), in case of performing the mandatory psychiatric expertise (art. 117 para. 2), in case of capturing the perpetrator of a flagrant delicto (art.465 para.3).

In a non-trial related and obviously unconstitutional framework, there is another form of deprivation of freedom represented by the administrative measure of taking an individual to the police station for identification purpose, as regulated by art.31 para.1 point.b of Law 218/2002 on organising and functioning of the Romanian Police.

1. Concept of Deprivation of Freedom and Classification of the Forms of Deprivation of Freedom

In the current constitutional system,¹ the development of the criminal judicial activity provides the only institutional framework under which the deprivation of freedom can occur. Considered in a broader context, the issue of the relation between the recognition and the

* Assistant, Ph.D., Faculty of Law, University of Bucharest (e-mail: andrei.zarafiu@drept.unibuc.ro).

¹The Constitution of Romania, in its original form, was adopted in the sittings of the Constituent Assembly of November 21, 1991 and was published in the Official Gazette of Romania no. 233/21.11.1991 and became effective following its approval by the national referendum of December 8, 1991. It was subsequently amended and completed by the Law on the Revision of the Constitution no. 429/2003 (published in the Official Gazette no. 758/29.10.2003) and took effect on October 31, 2003.

protection of the fundamental right, on the one hand and the acceptance of some limits of its contents, on the other hand, was regulated at constitutional level by the provisions of article 53 of the Constitution – „the restriction on the exercise of certain rights or freedoms”.

Thus, according to the constituent lawmaker, the exercise of certain rights or freedoms may only be restricted by law, and only if necessary, as the case may be, for the defense of national security, of public order, health, or morals, of the citizens' rights and freedoms; conducting a criminal investigation; preventing the consequences of a natural calamity, disaster, or an extremely severe catastrophe.

Such restriction may only be ordered if necessary in a democratic society. The measure shall be proportional to the situation having caused it, applied without discrimination, and without infringing on the existence of such right or freedom.

In a democratic society the concept of freedom itself embeds the need to exercise one's rights and freedoms established in the framework of some moral, political, religious and legal coordinates that shall ensure the achievement of such rights and freedoms for all the members of the society.² Consequently, article 29, para.2 of the Universal Declaration of Human Rights stipulates that: „In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.”

Coming back to the context in which the deprivation of freedom may occur, we can see that for all the other fundamental rights and freedoms (art. 22-52 of the Constitution), the cases when the exercise thereof may be restricted have both an exceptional and an extraordinary character whereas, through their nature they are subject to some situations that are limited in time (war, calamities, etc.).

Unlike that, the way of restraining the individual freedom (even through an absolute form that implies the total deprivation of the right, recognised at constitutional level - the criminal inquiry), has, despite an exceptional character in relation to the subject on which it is inflicted, a general, common character for the social life in its entirety.

Considering these coordinates, we can define the deprivation of freedom as the institutional form, with an exclusively criminal character, recognised in the Constitution and regulated in detail at trial level, of restraining the exercise of individual freedom as a fundamental freedom.

This definition has two immediate legal consequences. Thus, the exclusively criminal character of the deprivation of freedom, imposed at constitutional level, has eliminated the possibility, recognised in the previous legislation, of using this way of absolute restriction of the individual freedom in another judicial context such as the civil context.³

Secondly, although it has an absolute character (taking into account its contents), as it implies a total deprivation of freedom, the modality of restraining the individual freedom complies with the rule of proportionality as established in art.53, para.2. Thus, even in its excessive forms (life detention) the deprivation of freedom does not prejudice to the existence of the fundamental right as even the life detention is remissible (it can be forgiven through pardon granted after the sentence is effected), repairable (it can be corrected in case of judicial error) and adjustable through costumisation (there is the possibility of parol).⁴

² I. Muraru, M. Constantinescu, *Studii Constituționale (Constitutional Studies)*, Actami Publishing House Bucharest, 1990, p. 199.

³ In the old regulation, the deprivation of freedom could also be ordered following civil contraventional trials through contraventional imprisonment. The institution was eliminated by the Government Emergency Ordinance no. 108/2003 published in the Official Gazette no. 747/26.10.2003.

⁴ Those who were in favor of the death penalty argued that the life detention was not less cruel as it submitted the convicted person to a slow death. For the lack of grounds of the argument and the presentation of some

The only sanction that affects the existence of the individual freedom itself, as a fundamental right, is the death penalty, which was abolished in the Romanian criminal system through the Decree-Law no. 6 of January 10, 1990, after it was initially not recognised in Romania in time of peace, but then it was introduced, maintained and applied by the dictatorships that succeeded to power between 1938 and 1989.

Although it states the exclusively criminal character of the deprivation of freedom, the text tacitly recognises the existence of two lawful forms in which this may be used. Considering the normal sequence of the criminal judicial activity, the constituent lawmaker regulates first the provisional form of deprivation of freedom expressed through the detention and the preventive arrest and then mentions the permanent form of deprivation of freedom materialised in the criminal sanctions that imply the deprivation of freedom.

If the enforcement of both forms of deprivation of freedom is only possible as a result of committing an offence that is sanctioned by the criminal law, the provisional form is used post delictum but ante iudicium, whereas the permanent form is used both post delictum and post iudicium.

Accepting the possibility of deprivation of freedom before the guilt is permanently established together with the detailed regulation of the normative framework in which it can be used represents, in our opinion, a first sui generis form of consecration, at constitutional level, of the mixed form of criminal trial chosen in our law system.⁵ It was not by accident that the constituent lawmaker chose regulate indirectly the principle of the presumption of innocence within the broader regulation of the provisional deprivation of freedom.

In this context, the historical experience has proven that it is difficult to try and reconcile the requirements of the inquisitorial model regarding the fight against criminality (*impunitum non relinqui facinus*) and of the prosecutorial model regarding the social defense (*innocentem non condemnari*).⁶ Therefore, taking into account what the lawyer Mario Pagano revealed in the 18th century: „the choice of a model of criminal trial is significant for the level of civilisation of a people and an indication of the nature of relations between the state and the citizens”, and the general normative framework in which the Romanian criminal trial was placed, we can conclude that a mixed model was chosen at constitutional level.⁷

This model of criminal trial is a composed system that implies the sequence of two distinct phases, an inquiry phase which is mostly inquisitorial in nature and a jurisdictional phase (contradictory) which is mainly prosecutorial, a model that accepts the preventive deprivation of freedom.

As they are recognised in the Constitution, we consider the two forms of deprivation of freedom, provisional and permanent, as main forms.

Besides these main forms of deprivation of freedom, the criminal trial provisions reveal that the total individual freedoms may also be affected as a secondary effect to a main procedural activity; this is how the auxiliary forms of deprivation of freedom are expressed.

These are forms of deprivation of freedom encountered during the development of some judicial procedures and they are used in case of medical hospitalisation as a procedural security measure (art. 162), in case of executing the warrant for arrest of defaulting witness (184 Criminal Procedure Code), in case of performing the mandatory psychiatric expertise (117 para. 2), in case of capturing the perpetrator of a *flagrante delicto* (art.465 para.3).

controversies on the death penalty see C. Bulai, B. Bulai, *Manual de Drept penal, Partea generală*, (Criminal Law Handbook, Generalities) Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2007, p. 303-306.

⁵ For pointing out the current trial model and the relationship with the presumption of innocence, see I. Neagu, *Tratat, Partea generală (Treaty, Generalities)*, Global Lex Publishing House, Bucharest, 2007, p. 76-81.

⁶ M. Mercone, *Diritto Processuale Penale*, VI Edizione, Gruppo Editoriale Esselibri-Simone, 2003, p.34-35.

⁷ The mixed form of criminal trial coresponds to the current European model. See M. Delmas-Marty, *Vers un modèle européen de procès pénal*, în *Culegerea Procès pénal et droits de l'homme*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1992, p. 291-303.

The existence of these auxiliary forms of deprivation of freedom, although not explicitly regulated, is indirectly recognised by the Romanian Code of Criminal Procedure, this benefiting of the same trial-related guarantees offered based on the fundamental principle of guaranteeing the freedom of a person in a criminal trial as the main forms. Thus, according to art. 5 para. 3 of the Criminal Procedure Code, if the person against whom the measure of preventive arrest, medical hospitalisation or a measure restricting the freedom was taken considers it to be unlawful, has the right to appeal to the competent court, according to the law.

Also, according to article 5 of the Criminal Procedure Code, any person who, during the criminal trial, was unlawfully or unjustly deprived of his/her freedom is entitled to compensation, irrespective of the form of the deprivation of freedom. This provision that allows for compensation in case of unlawful deprivation of freedom and that does not distinguish the form in which the deprivation of freedom intervened is also reiterated in article 504 para. 2 of the Criminal Procedure Code.

In conclusion, we estimate that the deprivation of freedom may be defined as the institutional form, with an exclusively criminal character, recognised at constitutional level and regulated in detail at procedural level, which implies the restriction of the exercise of individual freedoms, as a fundamental freedom.

The forms of deprivation of freedom used in the Romanian criminal system can be classified, according to the way in which they are regulated, their legal nature and functionality, as main and auxiliary forms.

The main or actual forms of deprivation of freedom represent means that affect the total freedom of a person, regulated in an autonomous and principal manner, having an obviously preventive judicial nature and their own repressive functionality. Considering these aspects, the main forms of deprivation of freedom are the criminal sanctions that imply the deprivation of freedom (penalties, security and educational measures that imply deprivation of freedom), having a permanent character and the procedural measures that imply deprivation of freedom (detention, preventive arrest, hospitalisation as a security measure), having a provisional character.

The auxiliary forms are means in which the deprivation of freedom appears as a secondary effect to another judicial procedure, the total restriction of freedom being a secondary and essentially temporary consequence of this main procedure.

The auxiliary forms of deprivation of freedom are encountered in case of enforcement of the warrant for arrest of a defaulting witness, in case of performing the mandatory psychiatric expertise and in case of the pre-trial actions regarding the special procedure of pursuit for some flagrant offences. In an extra-trial and obviously unconstitutional framework, there is another form of deprivation of freedom in the case of the administrative measure of taking a person to the police station for identification purpose, which is regulated by art. 31, para.1 point b of Law 218/2002 on organising and functioning of the Romanian Police.

In a restricted sense, as a consequence of the explicit modality of regulation, the main or actual forms of deprivation of freedom represent those forms that are implemented through independent activities and that require the issuance of prior orders and involve special legitimations or powers expressed through warrants.

In this respect, the main forms of deprivation of freedom are the punishments that involve the deprivation of freedom (life detention and imprisonment) and the preventive measures that involve deprivation of freedom (arrest and detention).

2. Depriving of Freedom in the case of the Warrant for Arrest of Defaulting Witness

The auxiliary forms of deprivation of freedom are characterised by the fact that their impact on the freedom is a secondary consequence to a main activity, having another functionality than the one of the preventive measures that imply deprivation of freedom. Through their contents that can affect freedom, irrespective of their name in the domestic law, the auxiliary forms of deprivation of freedom are governed by article 5 of the European Convention and benefit of the

legal and trial-related guarantees regulated in this respect.⁸

An auxiliary form of deprivation of freedom is also encountered in the procedure of enforcement of the warrant for arrest of a defaulting witness, regulated by the provisions of articles 183-184 of the Criminal Procedure Code.

The warrant for arrest of defaulting witness is a procedural written document,⁹ that has the same special mentions as the subpoena, used in order to bring by force in front of the judicial bodies the subpoenaed persons who refused to be present or in case of accused or defendants, who, although they were not subpoenaed, must be brought in front of the authority for exceptional reasons.

This warrant is the material proof of the order or power that the judiciary body transfers to other public authorities in order to bring by force person who is subject to a trial. These authorities are the police force (not necessarily the judiciary police), the gendarmerie and the community police, according to article 184, para.1 of the Criminal Procedure Code. Thus, these authorities acquire the special legitimation to bring by force the respective person who is put to trial in front of the judiciary bodies that issued the warrant and they are implicitly authorised to deprive that person of his/her freedom.

The deprivation of freedom starts the moment when the authorities that enforce the warrant find the person stated therein and accompany him/her in front of the judicial bodies and it ceases once the activity for which it was issued, that is the hearing of the respective person, is completed.

As a form of transposition into the domestic law of the requirement regarding the ensurance of a reasonable duration for the deprivation of freedom, for the warrant for arrest of defaulting witness, the law states that the persons brought based on this warrant cannot remain at the disposal of the judicial body (so they cannot be deprived of their freedom) more than the time that is strictly needed for their hearing, save in the case when their detention or preventive arrest was ordered.

In this last situation, the initial deprivation of freedom resulting from the enforcement of the warrant for arrest of defaulting witness continues in the main form of detention or arrest; the contents of the auxiliary form (for the warrant) is identical to the one of the main form (detention or arrest), that is, it maintains the deprivation of freedom, the only change is in the judicial nature of the measure that generates it.

Also, taking into account the desire to ensure a limit form for this deprivation of freedom and to avoid the arbitrary, expressed through an excessive duration, the law stipulates that the person brought with a warrant shall be heard immediately by the judicial body.

The imperative nature of this written procedural document is illustrated by the provisions of article 184 para. 3¹ according to which, if the accused or the defendant refuses to comply to the warrant or tries to flee, he/she shall be coerced to comply with it.

The guarantees offered by article 5 of the European Convention and transposed at general level in the contents of the principle that guarantees the freedom of the person in the criminal trial (article 5 of the Criminal Procedure Code) also operate in case of deprivation of freedom as a result of the enforcement of the warrant for arrest of defaulting witness, irrespective of the duration of this measure.

Thus, in a very recent ruling by the European Court of Justice,¹⁰ although the plaintiff had spent in

⁸ M. Macovei, *Liberté et sûreté de la personne; un guide sur la mise en oeuvre de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe. Précis sur les droits de l'homme no. 5, Ed. Du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2003, p. 17-18.

⁹ G. Theodoru, *Tratat de Drept procesual penal (Treaty of Criminal Procedural Law, Second Edition)*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2008, p. 510.

¹⁰ The *Foka vs. Turkey* case, 28940/95, June 24, 2008. In *Ilyia Stefanov vs. Bulgaria*, 65755/01, May 22, 2008, the Court shows that article 5 also applies to the shortest deprivations of freedom (the plaintiff had gone to the police station at 14:00, had been heard as a witness between 18:30 and 19:00 and then he was allowed to leave). D. Bogdan, *Arestarea preventivă și detenția în jurisprudența CEDO (The Preventive Arrest and Detention in the ECHR Case-Law)*, Bucharest, 2008, p. 11.

the police station only a few hours that were necessary to complete some formalities, the fact of her being taken there by force determined the Court to rule in the sense of the applicability of article 5.

3. Deprivation of freedom in case of performing the mandatory psychiatric expertise

The expertise is a means of technical evidence that implies the participation of some particular subjects to trial, (experts) with no legitimation related to the case, who, based on their professional, extrajudicial expertise, assist the judicial bodies in clarifying some facts or circumstances of the case in order to achieve the purpose of the criminal trial. The expertise has an outstanding informational relevance¹¹ being a consistent presence in the evidence used in modern criminal trials.

In modern doctrine, the expertise is sometimes presented as the criminal justice of the future: „yesterday, the legal evidence system ruled, today the intimate conviction principle dominates, tomorrow will be the time for the scientific evidence”.¹²

Expertises are usually optional, but in certain exceptional situations, they become mandatory, either concerning issues of substance of the case or adjacent to the substance.

Not all mandatory expertise involve a deprivation of freedom as well. The only situation when the performance of the expertise requires a total deprivation of freedom is the mandatory psychiatric expertise.

According to article 117 para. 1 of the Criminal Procedure Code, the performance of a psychiatric expertise is mandatory in case of aggravated (first-degree) murder as well as in cases when the body in charge of the criminal pursuit or the court has doubts regarding the psychic state of the accused or the defendant. The doubt, as a subjective element, can determine the performance of the expertise only to the extent when it is materialised into certain objective elements, included in the case file, which reveal the necessity of the expertise, either prior or concomitantly with the development of the judicial activity.

The contents of the mandatory psychiatric expertise that involves the deprivation of freedom is illustrated through the means of performing it, which always require a certain duration and the hospitalisation in a specialised medical institution.

The duration of the deprivation of freedom is in line with the necessary character of the expertise which involves a successive analysis of the defendant or the accused by forensic experts.

In order to perform the expertise, the body in charge of the criminal pursuit, with the approval of the prosecutor or of the court orders the hospitalisation of the defendant or the accused for the period of time that is necessary. For the identity of the reasoning and taking into account the reasons that led to establishing a unique competence, a court, for taking the security measure of hospitalisation, we appreciate that, *de lege ferenda*, and in the criminal pursuit stage, the hospitalisation of the defendant or the accused for the performance of the mandatory psychiatric expertise, should only be ordered by the judge.

The measure of hospitalisation for the performance of the mandatory psychiatric expertise is enforceable and shall be effected by the police bodies, in case the subject refuses to comply with.

4. Deprivation of freedom performed by private subjects in case of the special procedure of pursuit of some flagrant offences

Whether we refer to the typical flagrant offence, that is the offence uncovered the moment it was perpetrated or immediately after that or to the atypical form of quasi-flagrant,¹³ which consists

¹¹ See I. Neagu, *Drept procesual penal. Tratat, (Criminal Procedural Law. Treaty)* Global Lex Publishing House), Bucharest, 2002, 515-516.

¹² J. Larguier, *Procédure Penale*, 17e edition. Editions Dalloz, 1999, p. 240.

¹³ This classification into two parts of the flagrant offence is unanimously accepted in the literature: V. Dongoroz, ș.a., *Explicații teoretice ale Codului de Procedură Penală, Partea Specială, (Theoretical Explanations of the Criminal Procedure Code, Special Part)* Volume VI, second edition, All Beck Publishing House, Bucharest,

in the pursuit of the perpetrator by the injured party, by eye witnesses or by the public call or in capturing the perpetrator in the proximity of the crime scene while carrying guns, tools or any other objects based on which one may assume that he/she participated in perpetrating the offence, the state of flagrant always requires the perpetrator's presence, otherwise it cannot be considered as flagrant.¹⁴

The flagrant state claims a prompt, simplified, judicial response from the state authorities in order to restore the order of law and to hold the perpetrator liable immediately from the criminal point of view.

In the same situation, the flagrancy of the way the offence was perpetrated simplifies the burden of proof and eliminates almost completely the possibility of judicial errors.

This notwithstanding, the perpetration of the offence, even in a flagrant state, does not coincide with the notification of the bodies that are competent to conduct the criminal inquiry.

Whereas, between the moment when the flagrant offence is committed and the notification of the competent bodies there is the risk that the perpetrator may flee, performing thus the flagrant state and the possibility to hold the perpetrator liable from the point of view of the criminal law, the lawmaker tried to remove this possibility through a form of transfer of the judicial power (*imperium*) to private subjects.

Thus, according to art. 465 para. 3 of the Criminal Procedura Code, both in the typical flagrant state and in the quasi-flagrancy, any person has the right to capture the perpetrator and to bring him/her in front of the authority.

This exceptional possibility offered to private individuals exists in the French law as well¹⁵ in case of murder or of offence that may be sanctioned with imprisonment and it is also based on the flagrant state.

The Romanian lawmaker avoided the use of a term with procedural implications in order to define the extent to which any person can capture the perpetrator of a flagrant offence because this right shall under no circumstances be mistaken by the measure of detention regulated in art. 143 Criminal Procedure Code.

The detention is a procedural measure that involves the deprivation of freedom, that can only be taken in relation to an accused or defendant, which requires the initiation of the criminal pursuit and thus the initiation of the criminal trial. Also, the detention is subject to a pre-established duration, which cannot exceed 24 hours and which benefits of all the constitutional and lawful guarantees against the arbitrary, including the possibility of judicial control regarding the lawfulness of the measure and the possibility of compensation in case of an unlawful or unjust measure.

Unlike this, capturing the perpetrator in a flagrant offence case and taking him/her in front of the authorities, although it involves an obvious deprivation of freedom, is not subject to a pre-established judicial regime.

Thus, although in terms of deprivation of freedom, after the constitutional amendments of 2003, the rule is that any measure with such a contents shall have a jurisdictional character (except for the detention that may be ordered by the prosecutor as well), the deprivation of freedom in case of flagrancy does not even have a judicial character, being a measure of private or particular nature, taken for a judicial purpose.

2003, p. 362; I. Neagu, *Drept procesual penal. Partea specială. (Criminal Procedural Law, Special Part, Treaty) Tratat*, Global Lex Publishing House, Bucharest, 2008, p. 565; A. Crișu, *Drept Procesual Penal, Partea Specială (Criminal Procedural Law, Special Part), Second Edition*, Hamangiu Publishing House, 2009, p. 272-273; N. Volonciu, *Tratat de procedură penală, Partea Specială, (Criminal Procedure Treaty, Special Part) vol. II*, Paideia Publishing House, Bucharest, 1993, p. 445.

¹⁴ V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale*, Torino, Unione Tip ed. Torinese, 1931, vol. IV, p. 109.

¹⁵ Art. 73 French Code of Criminal Procedure; see J. Languier, *Procédure Penale*, 17e edition. Editions Dalloz, 1999, p. 59.

Moreover, capturing the perpetrator and bringing him/her in front of the authorities involve a sort of deprivation of freedom, ordered in an extra-trial framework, since by the time this measure occurs the criminal pursuit and the criminal trial have not been initiated yet.¹⁶

The measure was seen as an act of support provided to the judicial bodies by the citizens out of a feeling of human solidarity and citizen obligation in relation to the perpetration of some offensive acts.¹⁷ It can also be perceived as a form of transfer of authority, which operates *ex lege*, the private subjects being given the power to operate as agents of the state power, but only in the limits of the "mandate" which was legally offered to them.

Thus, this form of deprivation of freedom, although it does not have the character of a trial-related act is allowed for the trial purpose only, that is for the purpose of submitting the perpetrator of the flagrant offence to the competent authority.

The authority in front of which the perpetrator is taken may be both a judicial body and another state authority, that in its turn will notify the judicial body.¹⁸ The measure does not have a pre-established duration of time; it lasts as long as necessary for reaching the purpose for which it was taken. Within these limits, the deprivation of freedom lasts from the moment the perpetrator of the flagrant offence was captured until he/she is handed in to the competent authorities. In the absence of explicit orders, he/she shall be handed in immediately.

Once the notified criminal pursuit body established the flagrant offence, the deprivation of freedom of the perpetrator that was initiated in an extraprocedural, particular framework continues in a procedural, mandatory form - the detention. In this case, the detention lasts for 24 hours, a duration that does not include the deprivation of freedom occurred between the moment when the perpetrator was captured and the moment when he/she was handed in to the competent authorities.

As it has no trial nature, the deprivation of freedom by unofficial subjects within the flagrant procedure does not benefit of the trial-related guarantees that apply in case of the main forms of deprivation of freedom, i.e. detention, arrest or hospitalisation.

Thus, the failure to comply with the exceptional legal framework in which this auxiliary form of deprivation of freedom may occur entails a civil and criminal liability which is different that the one applying for failure to comply with the legal requirements in case of detention or preventive arrest.

Consequently, the criminal liability of the unofficial subjects who unlawfully deprive the perpetrator of a flagrant offence of his/her freedom applies not for perpetrating the crime of unlawful arrest (this is an offence against the act of justice) because these are not qualified active subjects in the sense of the incriminating text, but for committing an unlawful deprivation of freedom.

Also, the civil liability of those who cause a material or moral prejudice to the perpetrator of a flagrant offence who is unlawfully deprived of freedom is not a form of patrimonial liability of the state engaged according to the special provisions of articles 504-507 of the Criminal Procedure Code, but an ordinary tortious liability, as stipulated in articles 998-999 of the Civil Code.

¹⁶ As regards the act based on which the criminal pursuit is initiated in the case of the special procedure applied to flagrant offences, in the absence of an explicit legal provision and in contradiction with the provisions of art. 228 of the Criminal Procedure Code establishing that in all cases the criminal pursuit initiates through a motivated resolution, the doctrine deemed as pertinent that the report of finding the flagrant offence are a double legal nature, being both a piece of evidence with specific features and the act through which the initiation of the criminal pursuit is ordered. I. Neagu, *Drept procesual penal. Partea specială. Tratat, (Criminal Procedural Law, Special Part. Treaty)*. Global Lex Publishing House, Bucharest, 2008, p. 572.

¹⁷ V. Dongoroz ș.a., *Explicații teoretice ale codului de Procedură Penală Română, Partea Generală. (Theoretical Explanations of the Romanian Criminal Procedure Code. General Part)* Volume V, second edition, Beck Publishing House, Bucharest, 2003, p. 373.

¹⁸ A. Crișu, *Drept procesual penal, Partea specială (Criminal Procedural Law, Special Part)*, All Beck Publishing House, Bucharest, 2005, p. 274.

When the deprivation of freedom performed by unofficial subjects under the provisions of article 465 of the Criminal Procedure Code exceeds the duration and the purpose for which it was allowed, it becomes an unlawful deprivation of freedom. It is unlawful, for instance, to seize a thief in a store for 7 hours, during which this is submitted to violences.¹⁹

In the French law, the same term is used to express both the official deprivation of freedom and the one performed by particulars in a flagrant state; thus the right to make an arrest (*droit d'arrestation*) is lawful both for the official subjects, the judicial bodies and the unofficial, private subjects in case of flagrant offence, when a warrant is no longer needed (art. 73 French Criminal Procedure Code).

5. The deprivation of freedom in the administrative measure of taking a person to the police station as provided for in art. 31 para. 1 point.b of Law 218/2002 on the organising and functioning of the Romanian Police

Despite the constitutional provisions that state the rule according to which a person can no longer be deprived of freedom unless he/she is subject to the development of a criminal judicial activity, an insidious form of total deprivation of the individual freedom can also be encountered in the administrative procedure, regulated by Law 218/2002 on the organising and functioning of the Romanian Police.

We must state from the start that in performing his duties according to the law, the police officer is vested with the exercise of public authority, having in this respect a series of main rights and obligations.

As regards the legal scope of the individual freedom, according to art.31, para.1, point b of Law 218/2002, the police officer has the right to accompany to the police headquarters the persons who, through their actions, jeopardise the lives of people, the public order or other social values as well as the persons that are suspected of having committed unlawful acts, whose identity could not be established in accordance with the law; in case of failure to comply with the orders of the police officer, the latter is entitled to use force.

The text offers a legal clarification as to the nature of the measure that implies a form of deprivation of freedom, including it into the legal category of administrative measures.

As for any form of deprivation of freedom, the lawmaker establishes a maximum duration, showing that verifying the situation of these categories of persons and the potential legal conventional measures to be taken shall last for no more than 24 hours.

Regarding the duration of this administrative measure, we have to emphasize the juridical relationship existing between this form of deprivation of freedom and the one that occurs after taking the preventive measure of detention.

The measure of accompanying people to the police station for identification purpose has, according to the law, an administrative character and it is ordered in an extraprocedural framework, whereas the measure of detention has the juridical character of a procedural measure of prevention and it can only be ordered in the context of a trial, after the initiation of a criminal pursuit and benefiting from the constitutional and European system of guarantees established for the persons deprived of their freedom.

Despite these differences of juridical regime, also by effect of the law, the period for which a person was deprived of freedom as a result of being taken to the police station for identification purpose, as an administrative measure, shall be deducted from the maximum duration of 24 hours allowed for the detention of the same person as a preventive measure.²⁰

¹⁹ J. Languier, *Procédure Penale*, 17e edition. Editions Dalloz, 1999, p. 59.

²⁰ Art. 144 last paragraph of the Criminal Procedure Code.

In line with the opinions expressed in the literature,²¹ we appreciate that both the juridical operation of deduction and the whole regulation of the measure of administrative deprivation of freedom have an obvious unconstitutional character.

If on the date when Law 218/2002 took effect, under the Consitution of 1991 the deprivation of freedom did not have the current limits, i.e. it could be used both after a criminal judicial activity and as a result of a judicial procedure of administrative-civil nature (turned into a permanent state with the sanction of contraventional jail), after the review of the fundamental law in 2003, this possibility of total deprivation of freedom must be subject to much more restricted possibilities.

Taking into account the constitutional guarantees meant to eliminate the arbitrary in case of deprivation of freedom and in line with the international protection of freedom as a fundamental right of the human being, this way of affecting the personal freedom can only appear in the current Romanian law system as either a result of a measure of deprivation of freedom ordered during the criminal trial (thus, only after the trial begins), or as a sanction of deprivation of freedom ordered as a result of a criminal ruling of permanent conviction.

Compared to this constitutional interdiction, the measure of taking a person to the police station for identification purpose, when it also implies a deprivation of freedom, being not only an administrative measure and being taken in a criminal extraprocedural framework, represents a flagrant infringement of the fundamental law.

The unconstitutional character of the measure is not eliminated as compared to the supreme power of the fundamental law in the hierarchy of these normative acts, not even when the administrative deprivation of freedom is ordered for the purpose of a trial, i.e. when the procedure of establishing the identity applies to a person involved in a criminal judicial procedure or that will be subsequently detained.

The unconstitutional character of the provisions of article 31 para 1 point b of Law 218/2002 has not been formally established to date, through a mandatory decision by the Constitutional Court.

This notwithstanding, maintaining these provisions in force, thus their application, can no longer be recognised from a juridical point of view according to art. 154 para. 1 of the Constitution (that regulates the temporary conflict of laws), although they continue to exist formally.

From this viewpoint, the constitutional regulation is extremely clear, showing that the laws as well as all the other normative acts (adopted prior to the review of the Constitution) shall remain in force to the extent they do not infringe the current Constitution.

Also, the general provision of art. 31 para. 2 of Law. 218/2002, stating that in exercising the rights given through this normative act (so including the right to deprive of freedom by taking a person to the police station), the police officer has the obligation to observe the fundamental rights and freedoms of the human being, stipulated by law and by the European Convention on Human Rights, is not able to eliminate the flagrantly unconstitutional character of the measure.

6. Contraventional Imprisonment

We showed that, according to the current constitutional system, the deprivation of freedom can only appear as a result of performing criminal judicial procedures. The Romanian law system has also known until recently the possibility of deprivation of freedom as a result of the enforcement of a civil judicial procedure.

Although this is only relevant for reason of historical evolution, we appreciate as appropriate to present some considerations regarding the contraventional imprisonment, especially regarding the consequences of this institution in terms of criminal trial, i.e. for the limits of the authority of

²¹ The pertinent opinion of prof. A. Crişu in „Constituția româniei. Comentarii pe articole”, (Constitution of Romania. Comments on Article), a collection of authors, C. H. Beck Publishing House, 2008, p. 28.

res judicata and for computation in case there are several deprivations of freedom.

The contraventional imprisonment is that form of main contraventional sanction (together with the warning and the fine) that consists in the deprivation of freedom of the offender for a period between 1 and 6 months.²² In the Criminal Code of Carol II, article 24 stipulated for the contraventional acts an imprisonment between 1 day and 1 month.

The contraventional imprisonment used to be the most severe form of contraventional sanction in our legislation. The contraventional imprisonment could only be established by law or by Government ordinance and only alternatively with the fine sanction.

This sanction could only be applied to individual offenders. For underage persons, the contraventional imprisonment could not be applied unless they had turned 16, and for those who had turned 16, but not 18 years old yet, the limits of the sanction were reduced to half.

If the contraventional fine was usually applied by the agent who found the contravention, the contraventional imprisonment was applied by the court only, the agent who found the contravention was the one who proposed the application of this measure when he considered that the fine was not enough.²³

The contraventional imprisonment was different from the criminal imprisonment both as regards the juridical regime of its application and the regime of executing the sanction.²⁴ Despite the fact that the contraventional legislation referred to the provisions of the Criminal Procedure Code regarding the contraventional imprisonment, the whole procedure of sanction in case of contraventions in this field used to have an administrative- civil character.

Finally, the contraventional imprisonment was regulated twice: on the one hand, as a sanction in itself, applied directly for some very dangerous contraventions and on the other hand as a secondary sanction applied in case of failure to execute the main initial sanction.

Thus, if the offendant intentionally failed to pay for the fine within 30 days from the date when the sanction remained permanent, the court was notified in order to transform the fine into contraventional imprisonment, taking into account the part of the fine that was paid.

The only contradictory aspects regarding the consequences of the contraventional deprivation of freedom in terms of obstacles to the execution of the criminal sanctions, referred to the existence of the negative effect of the res judicata in a contraventional case and in a criminal case.

Thus, the specialist,²⁵ considered that the final ruling by the civil court through which a person is sentenced to contraventional imprisonment didn't have the authority of res judicata in criminal trial and, therefore, the respective person could be convicted for the action that entailed the application of the contraventional sanction if the respective action had all the elements of an offence.²⁶

This notwithstanding, in the absence of a legal ground and as an expression of the principle of humanism in a criminal matter, the time executed from the contraventional imprisonment sentence was to be deducted from the imprisonment sentence applied by the criminal court.

Conclusions

In conclusion, we consider that the deprivation of freedom can be defined as the institutional form, with an exclusively criminal character, recognised at constitutional level and regulated in

²² M. Hotca, *Contraventional law, General Part*, Editas Publishing House, Bucharest, 2002, p. 334.

²³ A. Ţiclea, *Regulation of Contraventions*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 1998, p. 80.

²⁴ C. Bulai, *Offences and Contraventions in Juridical Studies and Investigations* no. 2/1973, p. 271.

²⁵ See I. Neagu, *Drept procesual penal. Partea specială. Tratat (Criminal Procedural Law, Special Part, Treaty)*, Global Lex Publishing House, Bucharest, 2008, p. 464-465.

²⁶ The issue arose especially in the case of offences such as prostitution, beggary or vagrancy. The first of the material acts, although identical in contents, were initially qualified as contraventions, only after being repeated a certain number of times they became offences as well, but in a certain unity.

detail at procedural level, which implies the restriction of the exercise of individual freedom, as a fundamental freedom.

The forms of deprivation of freedom in the Romanian criminal system can be classified, according to the way they are regulated, to their juridical nature and functionality, as main and auxiliary forms.

The auxiliary forms are means of deprivation of freedom as a secondary effect to another judicial activity, the total deprivation of freedom being a secondary and essentially temporary consequence of this main activity.

The auxiliary forms of deprivation of freedom are encountered in the case of the warrant for arrest of defaulting witness, of mandatory psychiatric expertise and in case of the pre-trial actions of the special procedure of pursuit of some flagrant offences. In an extraprocedural and obviously unconstitutional framework there is another form of deprivation of freedom as an administrative measure in the case of taking a person to the police station for identification purpose, regulated by art. 31 para.1 point b of Law nr.218/2002 on the organising and functioning of the Romanian Police.

References

1. BOGDAN D., *Arestarea preventivă și detenția în jurisprudența CEDO*, Bucharest, 2008
2. BULAI C., *Infracțiuni și contravenții*, in *Studii și cercetări juridice (Juridical Studies and Research)* no. 2/1973
3. BULAI C., BULAI B., *Manual de Drept Penal, Partea Generală*, (Criminal Law Handbook. General Part), Universul juridic Publishing House, Bucharest, 2007
4. CRIȘU A., collection of authors, *Constituția României. Comentariu pe articole*, (Constitution of Romania. Comments on Articles), C.H.Beck Publishing House 2008
5. CRIȘU A., *Drept procesual penal, Partea specială*, (Criminal Trial Law. Special Part) All Beck Publishing House, Bucharest, 2005
6. CRIȘU A., *Drept Procesual Penal, Partea Specială*, (Criminal Trial Law. Special Part) Second Edition, Hamangiu Publishing House, 2009
7. DELMAS-MARTY M., *Vers un modèle européen de procès pénal*, în *Culegerea Procès pénal et droits de l'homme*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1992
8. DONGOROZ V., KAHANE S., ANTONIU G., BULAI C., ILIESCU N., STĂNOIU R., *Explicații teoretice ale Codului de Procedură Penală, Partea Specială*, (Theoretical Explanations of the Criminal Procedure Code, Special Part), Volume VI, second edition, All Beck Publishing House, Bucharest, 2003
9. HOTCA M., *Drept contravențional, Partea generală*, (Contraventional Law, General Part), Editas Publishing House, Bucharest, 2002
10. LARGUIER JEAN, *Procédure Penale*, 17e edition. Editions Dalloz, 1999
11. MACOVEI M., *Liberté et sûreté de la personne; un guide sur la mise en oeuvre de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe. Précis sur les droits de l'homme no. 5, Ed. Du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2003
12. MANZINI V., *Trattato di diritto procesuale penale*, Torino, Unione Tip ed. Torinese, 1931, vol. IV
13. MERCONE M., *Diritto Procesuale Penale*, VI Edizione, Gruppo Editoriale Esselibri – Simone, 2003
14. MURARU I., CONSTANTINESCU M., *Studii Constituționale*, (Constitutional Studies) Actami Publishing House, Bucharest, 1995
15. NEAGU I., *Drept procesual penal. Partea generală. Tratat*, (Criminal Trial Law. Special Part. Treaty) Global Lex Publishing House, Bucharest, 2007
16. NEAGU I., *Drept procesual penal. Partea specială. Tratat*, (Criminal Trial Law. Special

Part. Treaty)Global Lex Publishing House, Bucharest, 2008

17.NEAGU I., Drept procesual penal. Tratat, (Criminal Trial Law. Treaty) Global Lex Publishing House, Bucharest, 2002

18.THEODORU G., Tratat de Drept procesual penal,(Treaty of Criminal Trial Law second edition Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2008

19.ȚICLEA A., Reglementarea contravențiilor, (Regulation of Contraventions) Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 1998

20.VOLONCIU N., Tratat de procedură penală, Partea Specială, (Criminal Procedure Treaty, Special Part) vol. II, Paideia Publishing House, Bucharest, 1993

FORMELE AUXILIARE DE PRIVARE DE LIBERTATE ÎN SISTEMUL ROMÂN DE DREPT

ANDREI ZARAFIU*

Abstract

Prin raportare la normele cu caracter principial stabilite de legea fundamentală, putem defini privarea de libertate ca fiind forma instituțională, cu caracter exclusiv penal, recunoscută la nivel constituțional și reglementată detaliat la nivel procesual, în care intervine restrângerea exercițiului libertății individuale, ca libertate fundamentală. Dacă avem în vedere însă cadrul normativ extins din materia privării de libertate (atât cel constituțional cât și cel ordinar), pe lângă formele principale de privare de libertate instituite în mod expres de legiuitorul constituant, din economia dispozițiilor procesuale penale reiese că afectarea totală a libertăților individuale mai poate interveni și ca efect secundar al unei activități procesuale principale; în această modalitate se manifestă formele auxiliare de privare de libertate. În acest articol propun o analiză cu titlu de noutate a formelor auxiliare în care intervine privarea de libertate în sistemul român de drept, având în vedere că însăși clasificarea formelor privării de libertate în principale și auxiliare nu este cunoscută de literatura de specialitate.

Cuvinte cheie : *privare de libertate, garanții, forme, clasificare, criterii.*

Introducere

În considerarea succesiunii normale a activității judiciare penale, legiuitorul constituant reglementează mai întâi forma provizorie a privării de libertate, manifestată prin reținere și arestare preventivă, pentru ca apoi să amintească de forma definitivă de privare de libertate, concretizată în sancțiunile penale privative de libertate.

Întrucât sunt recunoscute la nivel constituțional considerăm că cele două forme de privare de libertate, cu caracter provizoriu și cu caracter definitiv, sunt forme principale.

Formele auxiliare de privare de libertate sunt întâlnite cu ocazia desfășurării anumitor proceduri judiciare și intervin în cazul executării mandatului de aducere (184 c. proc. pen.), în cazul efectuării expertizei psihiatrice obligatorii (117 alin. 2), în cazul prinderii făptuitorului unei infracțiuni flagrante (art.465 alin.3).

Într-un cadru extraprosesual și evident neconstituțional mai întâlnim o formă de privare de libertate în cazul măsurii administrative de conducere la secție în vederea stabilirii identității, reglementată de art.31 alin.1 lit.b din Legea nr.218/2002, privind organizarea și funcționarea Poliției Române.

1. Conceptul de privare de libertate și clasificarea formelor de privare de libertate

În sistemul constituțional actual,¹ desfășurarea activității judiciare de natură penală oferă singurul cadru instituțional în care poate interveni privarea de libertate. Privită într-un context mai larg, problematica raportului dintre recunoașterea și protejarea dreptului fundamental pe de-o parte, și acceptarea unor limitări ale conținutului său, pe de altă parte, a fost reglementată, la nivel constituțional, prin dispozițiile art. 53 din Constituție – „restrângerea exercițiului unor drepturi sau

* Asist.univ.dr., Facultatea de Drept, Universitatea din Bucuresti (e-mail: andrei.zarafiu@drept.unibuc.ro).

¹ Constituția României, în forma inițială, a fost adoptată în ședința Adunării constituante din 21 noiembrie 1991 și a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 233/21.11.1991 și a intrat în vigoare în urma aprobării ei prin referendumul național din 8 decembrie 1991. Ulterior, a fost modificată și completată prin Legea de Revizuire a Constituției nr. 429/2003 (publicată în Monitorul Oficial nr. 758/29.10.2003) și a intrat în vigoare la 31.10.2003.

al unor libertăți”.

Astfel, potrivit legiuitorului constituant, exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrâns numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, pentru apărarea securității naționale, a ordinii, sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și a libertăților cetățenilor, desfășurarea instrucției penale, prevenirea consecințelor unei calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav.

Restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică. Măsura trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu și fără a aduce atingere existenței dreptului sau libertății.

Într-o societate democratică ține de însuși conceptul de libertate necesitatea exercitării drepturilor și libertăților instituite în cadrul unor coordonate morale, politice, religioase și juridice, care să asigure realizarea acestor drepturi și libertăți pentru toți membrii societății.² De aceea, potrivit art. 29 alin. 2 din Declarația Universală a Drepturilor Omului se prevede că: „în exercitarea drepturilor și libertăților sale, fiecare om nu este supus decât numai îngrădirilor stabilite prin lege, exclusiv în scopul de a asigura cuvenita recunoaștere și respectare a drepturilor și libertăților altora și ca să fie satisfăcute justele cerințe ale moralei, ordinii publice și bunăstării generale într-o societate democratică.”

Revenind la contextul în care poate interveni privarea de libertate putem constata că pentru toate celelalte drepturi și libertăți fundamentale (art. 22-52 din Constituție), cazurile în care poate fi restrâns exercițiul acestora, au atât un caracter excepțional cât și unul extraordinar, întrucât, prin natura lor sunt circumscrie unor situații limitate în timp (război, calamități etc.).

Spre deosebire, modalitatea prin care libertatea individuală poate fi restrânsă (chiar și printr-o formă absolută ce implică privarea totală a dreptului, recunoscută la nivel constituțional – instrucția penală), deși are un caracter excepțional prin raportare la subiectul față de care se desfășoară, are un caracter general, comun față de viața socială în ansamblul ei.

Raportându-ne la aceste coordonate, putem defini privarea de libertate ca fiind forma instituțională, cu caracter exclusiv penal, recunoscută la nivel constituțional și reglementată detaliat la nivel procesual, în care intervine restrângerea exercițiului libertății individuale, ca libertate fundamentală.

Această definiție are două consecințe juridice imediate. Astfel, caracterul exclusiv penal al privării de libertate, impus la nivel constituțional a eliminat posibilitatea, recunoscută în legislația anterioară, ca această modalitate absolută de restrângere a libertății individuale să mai poată interveni și într-un alt context judiciar, cum ar fi cel civil.³

În al doilea rând, chiar dacă are un caracter absolut (prin raportare la conținutul său), în sensul că implică o privare totală de libertate, modalitatea de restrângere a libertății individuale respectă regula proporționalității consfințită de art. 53 alin. 2. Astfel, chiar în situația în care îmbracă formele sale excesive (detențiunea pe viață), privarea de libertate nu aduce atingere existenței dreptului fundamental întrucât chiar și detențiunea pe viață este remisibilă (putând fi iertată prin grațiere ulterior punerii în executare), reparabilă (putând fi corijată în caz de eroare judiciară) și adaptabilă prin individualizare (cunoaște posibilitatea liberării condiționate).⁴

Singura sancțiune care afectează însăși existența libertății individuale, ca drept fundamental, este pedeapsa cu moartea, abolită în sistemul penal român prin Decretul Lege nr. 6 din 10 ianuarie

² I. Muraru, M. Constantinescu, Studii Constituționale, Editura Actami, București, 1990, p. 199.

³ În vechea reglementare privarea de libertate putea fi dispusă și în urma proceselor civile de natură contravențională prin închisoare contravențională, Instituția a fost desființată prin O.U.G. nr. 108/2003 publicată în Monitorul Oficial nr. 747/26.10.2003.

⁴ Partizanii pedepsei cu moartea au susținut că închisoarea pe viață nu este mai puțin crudă, întrucât îl supune pe condamnat la o moarte lentă. Pentru lipsa de fundament a argumentului și pentru prezentarea unor controverse privind pedeapsa cu moartea a se vedea C. Bulai, B. Bulai, Manual de Drept penal, Partea generală, Editura Universul Juridic, București, 2007, p. 303-306.

1990, după ce fusese inițial necunoscută pe timp de pace în România dar apoi introdusă, menținută și aplicată de regimurile dictatoriale ce s-au succedat între 1938 și 1989.

Chiar dacă proclamă caracterul exclusiv penal al privării de libertate, textul recunoaște implicit existența a două forme legale în care aceasta poate interveni. În considerarea succesiunii normale a activității judiciare penale, legiuitorul constituant reglementează mai întâi forma provizorie a privării de libertate, manifestată prin reținere și arestare preventivă, pentru ca apoi să amintească de forma definitivă de privare de libertate, concretizată în sancțiunile penale privative de libertate.

Dacă aplicarea ambelor forme de privare de libertate este posibilă decât ca urmare a săvârșirii faptelor săvârșite de legea penală, forma provizorie intervine post delictum dar ante iudicium pe când forma definitivă intervine atât post delictum cât și post iudicium.

Acceptarea posibilității privării de libertate înainte de constatarea definitivă a vinovăției laolaltă cu reglementarea detaliată a cadrului normativ în care poate interveni reprezintă, în opinia noastră, o primă formă sui generis de consacrare, la nivel constituțional, a tipului mixt de proces penal ales în sistemul nostru de drept.⁵ Nu întâmplător, legiuitorul constituant a ales să ofere o reglementare indirectă principiului prezumției de nevinovăție în cadrul reglementării mai largi a privării de libertate cu titlu provizoriu.

În acest context, experiența istorică a demonstrat că este dificilă încercarea de a concilia exigențele modelului inchiuzitorial legate de lupta contra criminalității (impunitum non relinqui facinus) cu cele ale modelului acuzatorial legate de apărarea socială (innocentem non condemnari).⁶ Prin urmare, în considerarea a ceea ce releva în secolul XVIII juristul Mario Pagano: „alegerea unui model de proces penal e semnificativă pentru nivelul de civilizație al unui popor și un indicativ pentru natura raporturilor dintre stat și cetățeni”, și având în vedere cadrulul normativ general în care a fost plasat procesul penal român, putem concluziona că la nivel constituțional s-a optat pentru un model mixt.⁷

Acest model de proces penal este un sistem compus, ce presupune succesiunea a două faze distincte, una instructorie cu natură preeminentă inchiuzitorială și una jurisdicțională (contradictorie) de natură predilectă acuzatorială, model ce acceptă privarea preventivă de libertate.

Întrucât sunt recunoscute la nivel constituțional considerăm că cele două forme de privare de libertate, cu caracter provizoriu și cu caracter definitiv, sunt forme principale.

Pe lângă aceste forme principale de privare de libertate, din economia dispozițiilor procesuale penale reiese că afectarea totală a libertăților individuale mai poate interveni și ca efect secundar al unei activități procesuale principale; în această modalitate se manifestă formele auxiliare de privare de libertate.

Acestea sunt forme de privare de libertate întâlnite cu ocazia desfășurării anumitor proceduri judiciare și intervin în cazul internării medicale ca măsură procesuală de siguranță (art. 162), în cazul executării mandatului de aducere (184 c. proc. pen.), în cazul efectuării expertizei psihiatrice obligatorii (117 alin. 2), în cazul prinderii făptuitorului unei infracțiuni flagrante (art.465 alin.3).

Existența acestor forme auxiliare de privare de libertate, deși nereglementată expres, este recunoscută în mod indirect de Codul de Procedură Penală, acestea beneficiind de aceleași garanții procesuale oferite în temeiul principiului fundamental al garantării libertății persoanei în proces penal ca și formele principale. Astfel, potrivit art. 5 alin. 3 C. proc. pen., dacă cel care împotriva

⁵ Pentru punctarea modelului procesual actual și al relației cu prezumția de vinovăție, a se vedea I. Neagu, *Tratat, Partea generală*, Ed. Global Lex, București, 2007, p. 76-81.

⁶ M. Mercone, *Diritto Processuale Penale*, VI Edizione, Gruppo Editoriale Esselibri-Simone, 2003, p.34-35.

⁷ Tipul mixt de proces penal corespunde modelului european actual. A se vedea M. Delmas-Marty, *Vers un modèle européen de procès pénal*, în *Culegerea Procès pénal et droits de l'homme*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1992, p. 291-303.

căruia s-a luat măsura arestării preventive, s-a dispus internarea medicală ori o măsură de restrângere a libertății consideră că aceasta este ilegală, are dreptul să se adreseze instanței competente, potrivit legii.

De asemenea, potrivit art. 5 alin. 4 C. proc. pen., orice persoană care a fost, în cursul procesului penal, privată de libertate, ilegal sau pe nedrept, are dreptul la repararea pagubei suferite, indiferent de forma în care a intervenit această privare. Această dispoziție, ce dă dreptul la reparații în cazul privării de libertate nelegale și care nu distinge forma în care a intervenit privarea de libertate, este reluată și în art. 504 alin. 2 C. proc. pen..

Concluzionând, apreciem că putem defini privarea de libertate ca fiind forma instituțională, cu caracter exclusiv penal, recunoscută la nivel constituțional și reglementată detaliat la nivel procesual, în care intervine restrângerea exercițiului libertății individuale, ca libertate fundamentală.

Formele în care intervine privarea de libertate în sistemul penal român pot fi clasificate, după modalitatea de reglementare, natură juridică și funcționalitatea lor, în forme principale și forme auxiliare.

Prin formele principale sau propriu-zise de privare de libertate înțelegem modalitățile prin care este afectată total libertatea persoanei, reglementate în mod autonom și principal, având o evidentă natură juridică preventivă și o funcționalitate represivă de sine-stătătoare.

În considerarea acestor aspecte sunt forme principale de privare de libertate sancțiunile penale privative de libertate (pedepsele, măsurile de siguranță și măsurile educative privative de libertate), având caracter definitiv și măsurile procesuale privative de libertate (reținerea, arestarea preventivă, măsura de siguranță a internării medicale), având caracter provizoriu.

Formele auxiliare sunt modalități în care privarea de libertate intervine ca un efect secundar al altei activități judiciare, afectarea totală a libertății fiind o consecință subsidiară și esențial temporară a acestei activități principale.

Formele auxiliare de privare de libertate întâlnim în cazul executării mandatului de aducere, în cazul efectuării expertizei psihiatrice obligatorii și în cazul momentelor preprocesuale ale procedurii speciale de urmărire a unor infracțiuni flagrante. Într-un cadru extraprosesual și evident neconstituțional mai întâlnim o formă de privare de libertate în cazul măsurii administrative de conducere la secție în vederea stabilirii identității, reglementată de art.31 alin.1 lit.b din Legea nr.218/2002, privind organizarea și funcționarea Poliției Române.

În sens restrâns, ca o consecință a modalității exprese de reglementare, prin formele principale sau propriu-zise de privare de libertate înțelegem pe cele care se aduc la îndeplinire prin activități de sine stătătoare și care presupun emiterea unor ordine prealabile, și implică legitimări sau împuterniciri speciale concretizate în mandate.

În acest sens, formele principale de privare de libertate sunt pedepsele privative de libertate (detențiunea pe viață și închisoarea) și măsurile preventive privative de libertate (arestarea și reținerea).

2. Privarea de libertate în cazul mandatului de aducere

Formele auxiliare de privare de libertate se caracterizează prin aceea că afectarea libertății reprezintă consecința secundară a unei activități cu caracter principal, având o altă funcționalitate decât cea a măsurilor preventive privative de libertate. Prin conținutul lor afectogen, indiferent care le-ar fi denumirea în dreptul intern, formele auxiliare de privare de libertate intră sub incidența art. 5 din Convenția Europeană și beneficiază de garanțiile legale și procesuale reglementate în acest sens.⁸

⁸ M. Macovei, *Liberté et sûreté de la personne; un guide sur la mise en oeuvre de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe. Précis sur les droits de l'homme no. 5, Ed. Du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2003, p. 17-18.

O formă de privare de libertate cu caracter auxiliar o întâlnim și în procedura de executare a mandatului de aducere, reglementată de dispozițiile art. 183-184 C. proc. pen..

Mandatul de aducere este un act procedural scris,⁹ având aceleași mențiuni esențiale ca și alte citației, prin care se realizează aducerea silită, în fața organelor judiciare, a persoanelor care anterior citate refuză să se prezinte sau, în cazul învinuitorilor sau inculpaților, care, deși nu fuseseră citate, trebuie aduse pentru considerente excepționale.

Mandatul de aducere reprezintă reflexul material al ordinului sau împuternicirii pe care organul judiciar îl transferă altor autorități publice, în vederea aducerii silită a unui subiect procesual. Aceste autorități sunt organele poliției (nu neapărat cele judiciare), jandarmeriei și poliției comunitare, conform art. 184 alin. 1 C. proc. pen.. Acestea primesc, deci, legitimarea specială de a-l aduce silit pe subiectul procesual vizat în fața organelor judiciare emitente ale mandatului, și implicit legitimarea de a-l priva de libertate.

Privarea de libertate începe în momentul în care autoritățile executante ale mandatului găsesc persoana arătată în mandat și o conduc în fața organelor judiciare, și încetează în momentul în care s-a realizat activitatea în considerarea căreia a fost emis mandatul, respectiv audierea acesteia.

Ca o formă a transpunerii în dreptul intern a cerinței asigurării unui caracter rezonabil a duratei privării de libertate, în materia mandatului de aducere legea prevede că persoanele aduse cu mandat nu pot rămâne la dispoziția organului judiciar (deci nu pot fi private de libertate) decât timpul strict necesar pentru audierea lor, afară de cazul când s-a dispus reținerea ori arestarea preventivă.

În această ultimă situație, privarea de libertate inițiată ca urmare a executării mandatului de aducere continuă sub forma principală a reținerii sau arestării; conținutul formei auxiliare (pentru mandat) este identic cu cel al formei principale (reținere sau arestare), respectiv rămâne privativ de libertate, diferă doar natura juridică a măsurii care o provoacă.

De asemenea, în considerarea dezideratului de a asigura o formă limită a acestei privări de libertate și de a evita arbitrarul, manifestat printr-o durată excesivă, legea prevede că persoana admisă cu mandat de aducere este ascultată de îndată de către organul judiciar.

Natura imperativă a acestui act procedural scris este ilustrată de dispozițiile art. 184 alin. 3¹ care prevăd că, dacă învinuitul sau inculpatul refuză să se supună mandatului, sau încearcă să fugă, va fi constrâns la aceasta.

Garanțiile oferite de art. 5 din Convenția Europeană, și transpuse la nivel general în conținutul principiului garantării libertății persoanei în procesul penal (art. 5 C. proc. pen.) funcționează și în cazul privării de libertate provocate de executarea mandatului de aducere, indiferent de durata acestei măsuri.

Astfel, într-o foarte recentă hotărâre a Curții Europene,¹⁰ deși reclamanta stătuse la poliție numai câteva ore, necesare pentru îndeplinirea unor formalități, faptul că fusese dusă acolo cu forța a determinat Curtea să decidă în sensul aplicabilității art. 5.

3. Privarea de libertate în cazul efectuării expertizei psihiatrice obligatorii

Expertiza este un mijloc de probă cu caracter tehnic, ce implică concursul unor subiecți procesuali cu caracter particular, (experți) fără legitimare causală, care, prin pregătirea lor profesională, extrajuridică, ajută organele judiciare în lămurirea unor fapte sau împrejurări ale cauzei, în vederea realizării scopului procesului penal. Expertiza are o relevanță informativă deosebită¹¹ fiind o prezență constantă în materialul probator al proceselor penale moderne.

⁹ G. Theodoru, *Tratat de Drept procesual penal*, Ediția a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 510.

¹⁰ Cauza Foka c. Turciei, 28940/95, 24 Iunie 2008. În *Ilyia Stefanov c. Bulgariei*, 65755/01, 22 Mai 2008, Curtea arată că art. 5 se aplică și celor mai scurte privări de libertate (reclamantul se prezentase la o secție de poliție la orele 14,00, fusese audiat ca martor între 18,30 și 19,00 și apoi lăsat să plece). D. Bogdan, *Arestarea preventivă și detenția în jurisprudența CEDO*, București, 2008, p. 11.

¹¹ A se vedea I. Neagu, *Drept procesual penal. Tratat*, Ed. Global Lex, București, 2002, 515-516.

În doctrina modernă, expertiza este câteodată prezentată ca justiția penală de mâine: „ieri domnea sistemul probelor legale, astăzi domină principiul intimei convingeri, mâine se va impune proba cu caracter științific”.¹²

De regulă expertizele au un caracter facultativ dar, în anumite situații excepționale, ele devin obligatorii, fie că privesc probleme care vizează fondul cauzei, fie că privesc probleme adiacente fondului.

Nu toate expertizele obligatorii implică și o privare de libertate. Singura situație în care efectuarea expertizei presupune și o afectare totală a libertății persoanei, o întâlnim în cazul expertizei psihiatrice obligatorii.

Privit art. 117 alin. 1 C. proc. pen., efectuarea unei expertize psihiatrice este obligatorie în cazul infracțiunii de omor deosebit de grav, precum și atunci când organul de urmărire penală sau instanța de judecată are îndoială asupra stării psihice a învinutului sau inculpatului. Îndoiala, ca element subiectiv, poate determina efectuarea expertizei numai în măsura în care se materializează în anumite elemente obiective, aflate la dosarul cauzei, din care să reiasă necesitatea expertizării, fie anterioare, fie concomitente desfășurării activității judiciare.

Conținutul privativ de libertate al expertizei psihiatrice obligatorii este ilustrat prin modalitatea de efectuare, ce presupune întotdeauna o anumită durată și internarea într-o instituție sanitară de specialitate.

Durata privării de libertate se raportează la caracterul necesar al expertizei ce implică o analiză succesivă a învinutului sau inculpatului de către medici-legiști.

În vederea efectuării expertizei, organul de cercetare penală, cu aprobarea procurorului sau instanța de judecată dispune internarea învinutului sau inculpatului pe timpul necesar. Pentru identitate de rațiune și în considerarea motivelor care au dus la stabilirea unei competențe unice, a instanței de judecată, pentru luarea măsurii de siguranță a internării medicale, apreciem că, de lege ferenda, și în faza de urmărire penală, internarea învinutului sau inculpatului, în vederea efectuării expertizei psihiatrice obligatorii, ar trebui dispusă numai de către judecător.

Măsura internării, în vederea efectuării expertizei psihiatrice obligatorii, este executorie și se aduce la îndeplinire, în caz de opunere, de organele de poliție.

4. Privarea de libertate efectuată de subiecți privați, în cazul procedurii speciale de urmărire a unor infracțiuni flagrante

Indiferent dacă ne referim la infracțiunea flagrantă în forma tipică, respectiv infracțiunea descoperită în momentul săvârșirii sau imediat după săvârșire, sau în forma atipică, de cvasiflagrantă,¹³ ce constă în urmărirea făptuitorului, imediat după săvârșirea infracțiunii, de către persoana vătămată, de martorii oculari sau de strigătul public, ori în surprinderea făptuitorului aproape de locul comiterii infracțiunii cu arme, instrumente ori orice alte obiecte de natură a-l presupune participant la săvârșirea infracțiunii, starea de flagranță presupune întotdeauna și prezența făptuitorului, în lipsa acestuia infracțiunea neputând fi considerată flagrantă.¹⁴

Starea de flagranță reclamă un răspuns judiciar prompt, simplificat, din partea autorităților statului, în vederea restabilirii ordinii de drept și tragerii cu promptitudine la răspundere penală a făptuitorului.

¹² J. Languier, *Procédure Penale*, 17e edition. Editions Dalloz, 1999, p. 240.

¹³ Această calificare bipartită a infracțiunii flagrante este unanim acceptată de literatura de specialitate: V. Dongoroz, ș.a., *Explicații teoretice ale Codului de Procedură Penală, Partea Specială*, Volumul VI, ediția a II-a, Editura All Beck, București, 2003, p. 362; I. Neagu, *Drept procesual penal. Partea specială. Tratat*, Ed. Global Lex, București, 2008, p. 565; A. Crișu, *Drept Procesual Penal, Partea Specială, Ediția a 2-a*, Editura Hamangiu, 2009, p. 272-273; N. Volonciu, *Tratat de procedură penală, Partea Specială*, vol. II, Ed. Paideia, București, 1993, p. 445.

¹⁴ V. Manzini, *Trattato di diritto procesuale penale*, Torino, Unione Tip ed. Torinese, 1931, vol. IV, p. 109.

În această situație, flagranța modului de săvârșire a infracțiunii simplifică sarcina probei și înlătură aproape complet posibilitatea producerii unor erori judiciare.

Cu toate acestea, săvârșirea infracțiunii, chiar în stare de flagranță, nu coincide cu sesizarea organelor competente să desfășoare instrucția penală.

Întrucât, în momentul săvârșirii infracțiunii flagrante și sesizarea organelor competente există riscul ca făptuitorul să dispară, efectuând astfel starea de flagranță și posibilitatea aplicării procedurii de tragere la răspundere penală, legiuitorul a încercat să elimine această posibilitate, printr-o formă de transfer a puterii judiciare (imperium) la subiecți privați.

Astfel, potrivit art. 465 alin. 3 C. proc. pen., atât în starea de flagranță tipică, cât și în starea de cvasiflagranță, orice persoană are dreptul să-l prindă pe făptuitor și să-l conducă înaintea autorității.

Această posibilitate excepțională, oferită persoanelor particulare există și în dreptul francez¹⁵ în caz de crimă sau delict pedepsibil cu închisoarea și este de asemenea fondată pe starea de flagranță.

Legiuitorul român a evitat folosirea unui termen cu implicații procesuale pentru a defini măsura prin care orice persoană îl poate prinde pe făptuitorul unei infracțiuni flagrante, pentru că acest drept nu trebuie în niciun caz confundat cu măsura reținerii, reglementată de art. 143 C. proc. pen..

Măsura reținerii este o măsură procesuală privativă de libertate, ce poate fi luată numai față de un învinuit sau inculpat, ceea ce presupune începerea urmăririi penale și deci declanșarea procesului penal. De asemenea, reținerea se circumscrie unei durate prestabilite, ce nu poate depăși 24 de ore, și beneficiază de toate garanțiile constituționale și legale împotriva arbitrarului, inclusiv posibilitatea controlului judiciar al legalității măsurii și posibilitatea reparării pagubei în caz de ilegalitate sau netemeinicie.

Spre deosebire, prinderea făptuitorului în caz de infracțiune flagrantă și conducerea lui în fața autorităților, deși implică evident o privare de libertate, nu se circumscrie unui regim juridic prestabilit.

Astfel, deși regula în materia privării de libertate, o dată cu modificările constituționale intervenite în anul 2003, este că orice măsură cu un astfel de conținut are un caracter jurisdicțional (prin excepție doar reținerea putând fi dispusă și de procuror), afectarea libertății în caz de flagranță nu are nici măcar un caracter judiciar, fiind o măsură de natură privată sau particulară, luată în scop judiciar.

Mai mult, prinderea făptuitorului și conducerea lui în fața autorităților implică o formă de privare de libertate, dispusă într-un cadru extraprocesual, întrucât la momentul la care intervine, urmărirea penală și, deci, procesul penal nu sunt încă începute.¹⁶

Măsura a fost privită ca un act de sprijin obștesc, dat organelor judiciare, izvorât dintr-un sentiment de solidaritate umană și obligație cetățenească față de comiterea unor acte cu caracter infracțional.¹⁷ Ea poate fi apreciată și ca o formă de transfer de autoritate, ce operează ex lege, subiecții particulari primind împuternicirea de a opera ca agenți ai puterii statale, dar numai în limitele „mandatului” legal oferit.

¹⁵ Art. 73 C. proc. pen. francez; a se vedea J. Languier, *Procédure Penale*, 17e edition. Editions Dalloz, 1999, p. 59.

¹⁶ În ceea ce privește actul prin care se începe urmărirea penală în cazul procedurii speciale aplicate infracțiunilor flagrante, în lipsa unei dispoziții legale exprese, și în contradicție cu prevederile art. 228 C. proc. pen., care stabilesc că urmărirea penală începe în toate cazurile printr-o rezoluție motivată, doctrina a apreciat pertinent că procesul-verbal de constatare a infracțiunii flagrante are o dublă natură juridică, fiind atât un mijloc de probă cu caracteristici specifice, cât și actul prin care se dispune începerea urmăririi penale. I. Neagu, *Drept procesual penal. Partea specială. Tratat*, Ed. Global Lex, București, 2008, p. 572.

¹⁷ V. Dongoroz ș.a., *Explicații teoretice ale codului de Procedură Penală Român, Partea Generală*. Volumul V, ediția a II-a, Editura Beck, București, 2003, p. 373.

Astfel, această formă de privare de libertate, deși nu are caracterul unui act procesual, este permisă numai în scop procesual, respectiv numai în scopul de a-l prezenta pe făptuitorul infracțiunii flagrante autorității competente.

Autoritatea înaintea căreia este condus făptuitorul poate fi atât un organ judiciar, cât și o altă autoritate de stat, care va sesiza, la rândul său, organul judiciar.¹⁸ Măsura nu are o durată predeterminată în sensul cuantificării temporale; ea durează cât este necesar pentru atingerea scopului în considerarea căruia s-a luat. În aceste limite, privarea de libertate durează din momentul în care a fost prins făptuitorul infracțiunii flagrante până în momentul predării sale autorităților competente. În lipsa unor dispoziții exprese, predarea se face de îndată.

După constatarea infracțiunii flagrante de către organul de urmărire penală sesizat, privarea de libertate a făptuitorului ce a debutat într-un cadru extraprocesual, particular, continuă într-o formă procesuală, obligatorie – reținerea. În acest caz, reținerea durează 24 de ore fără ca în acest termen să intre privarea de libertate intervenită între momentul prinderii sale și predării autorităților competente.

Întrucât nu îmbracă o natură procesuală, privarea de libertate efectuată de subiecți neoficiali în cadrul procedurii flagrante, nu se bucură de garanțiile procesuale ce funcționează în cazul formelor principale de privare de libertate, respectiv reținere, arestare sau internare medicală.

Astfel, nerespectarea cadrului legal excepțional, în care poate interveni această formă auxiliară de privare de libertate, atrage o răspundere penală și civilă diferită de cea incidentă în cazul nerespectării condițiilor legale ale reținerii sau arestării preventive.

În consecință, răspunderea penală a subiecților neoficiali, care privează de libertate în mod nelegal pe făptuitorul infracțiunii flagrante intervine nu pentru săvârșirea infracțiunii de arestare nelegală (infracțiune contra înfăptuirii justiției) întrucât aceștia nu sunt subiecți activi calificați în sensul textului incriminator, ci pentru săvârșirea infracțiunii de lipsire de libertate în mod nelegal.

De asemenea, răspunderea civilă a celor care prejudiciază material sau moral făptuitorul infracțiunii flagrante privat de libertate în mod nelegal, nu este o formă de răspundere patrimonială a statului angajată în condițiile speciale ale art. 504-507 C. proc. pen., ci este o răspundere delictuală obișnuită, angajată în condițiile art. 998-999 C. civ.

Când privarea de libertate, efectuată de subiecți neoficiali, în condițiile art. 465 C. proc. pen. depășește durata și scopul în considerarea cărora a fost permisă devine o privare de libertate ilicită. Spre exemplu este nelegală sechestrarea unui hoț într-un magazin, timp de 7 ore, durată în care asupra acestuia s-au exercitat violențe.¹⁹

În dreptul francez, atât privarea de libertate oficială, cât și cea efectuată de particulari în stare de flagranță, sunt desemnate prin același termen; astfel, dreptul de arestare (*droit d'arrestation*) este legitimat atât pentru subiecții oficiali, organele judiciare, cât și pentru subiecți neoficiali, privați, în caz de infracțiune flagrantă, caz în care nu mai este nevoie de mandat (art. 73 C. proc. pen. francez).

5. Privarea de libertate în măsura administrativă a conducerii la secție prevăzută de art. 31 alin. 1 lit.b din Legea nr. 218/2002 privind organizarea și funcționarea Poliției Române

În ciuda prevederilor constituționale care proclamă regula potrivit căreia privarea de libertate a unei persoane nu mai poate interveni decât ca urmare a desfășurării activității judiciare de natură penală, o formă insiduoasă de afectare totală a libertății individuale o întâlnim și în procedura administrativă, reglementată de legea nr. 218/2002, privind organizarea și funcționarea Poliției Române.

Pentru început trebuie precizat faptul că în realizarea atribuțiilor ce îi revin, potrivit legii, polițistul este investit cu exercițiul autorității publice, având în acest sens o serie de drepturi și obligații principale.

¹⁸ A. Crișu, *Drept procesual penal, Partea specială*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 274.

¹⁹ J. Larguier, *Procédure Penale*, 17e édition. Editions Dalloz, 1999, p. 59.

Cu privire la sfera juridică a libertății individuale, potrivit art. 31 alin. 1 lit. b, din Legea nr. 218/2002, polițistul are dreptul să conducă, la sediul poliției pe cei care, prin acțiunile lor, periclitează viața persoanelor, ordinea publică sau alte valori sociale, precum și persoanele suspecte de săvârșirea unor fapte ilegale, a căror identitate nu a putut fi stabilită în condițiile legii; în cazul nerespectării dispozițiilor date de polițist, acesta este îndreptățit să folosească forța.

Textul califică în mod legal natura măsurii ce implică o formă de privare de libertate, incluzând-o în categoria juridică a măsurilor administrative.

Ca oricărei forme de privare de libertate, legiuitorul îi fixează și o durată maximă, arătând că verificarea situației acestor categorii de persoane și luarea eventualelor măsuri legale consecvenționale se realizează în cel mult 24 de ore.

Referitor la durata acestei măsuri cu caracter administrativ se impune sublinierea relației juridice, existente între această formă de privare de libertate și cea care intervine ca urmare a luării măsurii preventive a reținerii.

Măsura conducerii persoanelor la sediul Poliției în vederea stabilirii identității are, prin efectul legii, un caracter administrativ și este dispusă într-un cadru extraprocesual, pe când măsura reținerii are caracterul juridic de măsură procesuală de prevenție, putând fi dispusă numai în context procesual, după începerea urmăririi penale și beneficiind de sistemul de garanții constituțional și european instituit pentru persoanele private de libertate.

În ciuda acestor diferențe de regim juridic, tot prin efectul legii, din durata maximă de 24 de ore pentru care poate fi reținută o persoană cu titlu de măsură preventivă, se deduce perioada pentru care aceeași persoană a fost privată de libertate ca urmare a conducerii la sediu în vederea stabilirii identității, ca măsură administrativă.²⁰

În acord cu opiniile exprimate în literatura de specialitate,²¹ apreciem că atât operațiunea juridică a deducerii, cât și întreaga reglementare a măsurii privative de libertate de natură administrativă au un vădit caracter neconstituțional.

Dacă la data intrării în vigoare a Legii nr. 218/2002, sub imperiul Constituției din anul 1991 privarea de libertate nu cunoștea limitele actuale, în sensul că putea interveni atât în urma desfășurării unei activități judiciare de natură penală, cât și ca urmare a unei proceduri judiciare administrativ-civile (finalizată cu sancțiunea închisorii contravenționale), după revizuirea legii fundamentale, în anul 2003, această posibilitate de afectare a libertății individuale trebuie circumscrisă unor posibilități mult mai restrânse.

În considerarea garanțiilor constituționale menite să înlăture arbitrarul din materia privărilor de libertate și în acord cu protecția internațională a libertății ca drept fundamental al omului, afectarea în această modalitate a libertății personale nu poate interveni în actualul sistem român de drept, decât fie ca urmare a unei măsuri privative de libertate dispuse în cursul procesului penal (deci numai după începerea acestuia), ori, fie ca sancțiune privativă de libertate dispusă în urma unei hotărâri penale de condamnare definitivă.

Raportată la această interdicție constituțională, măsura conducerii unei persoane la sediul Poliției în vederea stabilirii identității, atunci când implică și o privare de libertate, fiind nu numai o măsură cu caracter administrativ ci și luată într-un cadru extraprocesual penal, contravine flagrant legii fundamentale.

Caracterul neconstituțional al măsurii nu este înlăturat, față de puterea supremă a legii fundamentale în ierarhia actelor normative, nici măcar atunci când privarea de libertate cu titlu administrativ este dispusă în scop procesual, respectiv atunci când stabilirea identității se face față de o persoană implicată într-o activitate judiciară de natură penală, sau față de care se va lua ulterior măsura reținerii.

²⁰ Art. 144 alin. Ultim C. proc. pen.

²¹ Opinia pertinentă a prof. A. Crișu în „Constituția româniei. Comentarii pe articole”, culegere de autori, Editura C. H. Beck, 2008, p. 28.

Până în prezent caracterul neconstituțional al dispozițiilor art. 31 alin 1 lit. b din Legea nr. 218/2002 nu a fost constatat formal, pe care principală, printr-o decizie obligatorie a Curții Constituționale.

Cu toate acestea, rămânerea în vigoare a acestor dispoziții, deci aplicarea lor, nu mai poate fi recunoscută juridic, în condițiile art. 154 alin. 1 din Constituție (ce reglementează conflictul temporal de legi), chiar dacă formal ele continuă să existe.

Din acest punct de vedere, reglementarea constituțională este extrem de clară, arătând că legile și toate celelalte acte normative (adoptate anterior revizuirii constituției) rămân în vigoare numai în măsura în care nu contravin prezentei Constituții.

De asemenea, nici dispoziția cu caracter general, principial, conținută de art. 31 alin. 2 din Legea nr. 218/2002, potrivit căreia în exercitarea drepturilor conferite de acest act normativ (deci inclusiv dreptul de a priva de libertate prin măsura conducerii la secție), polițistul are obligația să respecte întocmai drepturile și libertățile fundamentale ale omului, prevăzute de lege și de Convenția Europeană a Drepturilor Omului, nu este de natură să înlăture caracterul flagrant neconstituțional al măsurii.

6. Închisoarea contravențională

Am arătat că, potrivit sistemului constituțional actual, privarea de libertate nu mai poate interveni decât ca urmare a desfășurării activității judiciare de natură penală. Sistemul român de drept a cunoscut până nu demult și posibilitatea afectării libertății persoanei în urma aplicării unei activități judiciare de natură civilă.

Deși nu mai are relevanță decât pentru rațiuni de evoluție istorică, apreciem că fiind oportună prezentarea câtorva considerații privind închisoarea contravențională, mai ales prin prisma consecințelor acestei instituții pe plan procesual penal, respectiv pentru limitele autorității de lucru judecat și pentru computarea în cazul concursului de privări de libertate.

Închisoarea contravențională era acea specie de sancțiune contravențională principală (alături de avertisment și de amendă) ce consta în privarea de libertate a contravenientului, pentru o perioadă de timp de la o lună la 6 luni.²² În Codul Penal Carol al II-lea, în art. 24 se prevedea pentru faptele contravenționale închisoarea polițienească, de la o zi la o lună.

Închisoarea contravențională era cea mai severă specie de sancțiune contravențională existentă în legislația noastră. Închisoarea contravențională putea fi stabilită numai prin lege sau ordonanță a Guvernului și numai alternativ cu pedeapsa amenzii.

Această sancțiune nu putea fi aplicată decât contravenienților persoane fizice. Pentru minori, închisoarea contravențională nu putea fi aplicată celor care nu împliniseră vârsta de 16 ani, iar pentru cei care împliniseră vârsta de 16 ani, dar nu aveau încă 18 ani, limitele sancțiunii se reduceau la jumătate.

Dacă amenda contravențională era aplicată de regulă de agentul constator, închisoarea contravențională era aplicată numai de instanța de judecată, agentul constator fiind organul care propunea aplicarea acesteia atunci când considera că sancțiunea amenzii era neîndestulătoare.²³

Sancțiunea închisorii contravenționale se deosebea de închisoarea penală, atât prin regimul juridic al aplicării sale, cât și cel al executării.²⁴ În ciuda trimiterii pe care legislația contravențională o făcea la dispozițiile Codului de Procedură Penală, în ceea ce privește executarea închisorii contravenționale, întreaga procedură de sancționare a contravențiilor în acest domeniu avea un caracter civil-administrativ.

În sfârșit, închisoarea contravențională era reglementată în dublu mod: pe de-o parte ca sancțiune de sine stătătoare, aplicată direct pentru unele contravenții cu grad ridicat de pericol și,

²² M. Hotca, *Drept contravențional, Partea generală*, Editura Editas, București, 2002, p. 334.

²³ A. Țiclea, *Reglementarea contravențiilor*, Editura Lumina Lex, București, 1998, p. 80.

²⁴ C. Bulai, *Infrațiuni și contravenții*, în *Studii și cercetări juridice nr. 2/1973*, p. 271.

pe de altă parte, ca sancțiune secundară ce intervine în cazul neexecutării sancțiunii principale inițiale.

Astfel, în cazul în care contravenientul nu achită amenda, cu rea-credință, în termen de 30 de zile de la rămânerea definitivă a sancțiunii, era sesizată instanța în vederea transformării amenzi în închisoare contravențională, ținându-se seama de partea din amendă care a fost achitată.

Singurele aspecte contradictorii, referitoare la consecințele privării de libertate cu caracter contravențional pe planul impedimentelor la executare a sancțiunilor penale, priveau existența efectului negativ al lucrului judecat între o cauză contravențională și una penală.

Astfel, litera de specialitate,²⁵ a apreciat că hotărârea definitivă a instanței civile, prin care se aplica unei persoane pedeapsa închisorii contravenționale, nu avea autoritate de lucru judecat în fața instanței penale și, ca urmare, persoana respectivă putea fi condamnată pentru fapta care a atras aplicarea sancțiunii contravenționale, dacă acea faptă întrunea elementele constitutive ale unei infracțiuni.²⁶

Cu toate acestea, fără a exista o bază legală și ca o expresie a principiului umanismului în materie penală, timpul executat din pedeapsa închisorii contravenționale urma să fie dedus însă din pedeapsa închisorii aplicate de instanța penală.

Concluzii

Concluzionând, apreciem că putem defini privarea de libertate ca fiind forma instituțională, cu caracter exclusiv penal, recunoscută la nivel constituțional și reglementată detaliat la nivel procesual, în care intervine restrângerea exercițiului libertății individuale, ca libertate fundamentală.

Formele în care intervine privarea de libertate în sistemul penal român pot fi clasificate, după modalitatea de reglementare, natură juridică și funcționalitatea lor, în forme principale și forme auxiliare.

Formele auxiliare sunt modalități în care privarea de libertate intervine ca un efect secundar al altei activități judiciare, afectarea totală a libertății fiind o consecință subsidiară și esențial temporară a acestei activități principale.

Formele auxiliare de privare de libertate întâlnim în cazul executării mandatului de aducere, în cazul efectuării expertizei psihiatrice obligatorii și în cazul momentelor preprocesuale ale procedurii speciale de urmărire a unor infracțiuni flagrante. Într-un cadru extraprocesual și evident neconstituțional mai întâlnim o formă de privare de libertate în cazul măsurii administrative de conducere la secție în vederea stabilirii identității, reglementată de art.31 alin.1 lit.b din Legea nr.218/2002, privind organizarea și funcționarea Poliției Române.

Referințe bibliografice

1. BOGDAN D., Arestarea preventivă și detenția în jurisprudența CEDO, București, 2008
2. BULAI C., Infracțiuni și contravenții, în Studii și cercetări juridice nr. 2/1973
3. BULAI C., BULAI B., Manual de Drept Penal, Partea Generală, Editura Universul juridic, București, 2007
4. CRIȘU A., culegere de autori, Constituția României.Comentariu pe articole, Ed. C.H.Beck 2008
5. CRIȘU A., Drept procesual penal, Partea specială, Ed. All Beck, București, 2005

²⁵ A se vedea I. Neagu, *Drept procesual penal. Partea specială. Tratat*, Ed. Global Lex, București, 2008, p. 464-465.

²⁶ Problema se pune cu precădere în cazul infracțiunilor de obicei și anume în cazul prostituției, cerșetoriei sau vagabondajului. Primele dintre actele materiale, deși identice în conținut, era calificate inițial ca fiind contravenții, numai după repetarea acestora de un anumit număr deveneau și infracțiuni, însă într-o anumită unitate.

6. CRIȘU A., Drept Procesual Penal, Partea Specială, Ediția a 2-a, Editura Hamangiu, 2009
7. DELMAS-MARTY M., Vers un modèle européen de procès pénal, în Culegerea Procès pénal et droits de l'homme, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1992
8. DONGOROZ V., KAHANE S., ANTONIU G., BULAI C., ILIESCU N., STĂNOIU R., Explicații teoretice ale Codului de Procedură Penală, Partea Specială, Volumul VI, ediția a II-a, Editura All Beck, București, 2003
9. HOTCA M., Drept contravențional, Partea generală, Editura Editas, București, 2002
10. LARGUIER JEAN, Procédure Penale, 17e édition. Editions Dalloz, 1999
11. MACOVEI M., Liberté et sûreté de la personne; un guide sur la mise en oeuvre de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe. Précis sur les droits de l'homme no. 5, Ed. Du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2003
12. MANZINI V., Trattato di diritto procesuale penale, Torino, Unione Tip ed. Torinese, 1931, vol. IV
13. MERCONE M., Diritto Procesuale Penale, VI Edizione, Gruppo Editoriale Esselibri – Simone, 2003
14. MURARU I., CONSTANTINESCU M., Studii Constituționale, Editura Actami, București, 1995
15. NEAGU I., Drept procesual penal. Partea generală. Tratat, Ed. Global Lex, București, 2007
16. NEAGU I., Drept procesual penal. Partea specială. Tratat, Ed. Global Lex, București, 2008
17. NEAGU I., Drept procesual penal. Tratat, Ed. Global Lex, București, 2002
18. THEODORU G., Tratat de Drept procesual penal, Ediția a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2008
19. ȚICLEA A., Reglementarea contravențiilor, Editura Lumina Lex, București, 1998
20. VOLONCIU N., Tratat de procedură penală, Partea Specială, vol. II, Ed. Paideia, București, 1993

THEORETICAL AND JURISPRUDENTIAL ISSUES CONCERNING ON INTERNATIONAL COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS. EUROPEAN ARREST WARRANT.

MIRELA SORINA POPESCU*
CRISTIAN-GHEORGHE GALĂȚANU**

Abstract

The context of new European realities is mapped first by the disappearance of internal borders within the European Union, and, secondly, by the necessity for Member States to use the most efficient judicial means and tools to fight the crime phenomenon, in order to create a common space of freedom, security and justice. Since the European Arrest Warrant plays a major role within the pale of the above mentioned judicial instrumentation, this paper aims both to achieve a series of conceptual boundaries on the translation into Romanian legislation of the provisions of Framework Decision 2002/584/JHA of the European Union Council, and to conduct a rigorous analysis of the relevant judicial practice of both national and community courts.

Keywords: *European Arrest Warrant, European Union; common space of freedom, security and justice; international judicial cooperation in criminal matters; combating crime phenomenon.*

I. Introduction

In the current context existing within the European Union, delimited by the disappearance of internal borders, the Member States are seeing more and more put in a position to meet challenges of increasingly complexity in order to translate into reality the objective established by art. 41 of the Treaty of Amsterdam, respectively, creating a common space of freedom, security and justice to meet the needs and legitimate aspirations of citizens of European Union member states.

The complexity of the above mentioned challenges, lies, on the one hand, in the difficulty of finding the most effective means to combat crime phenomenon, in general, and cross-border crime, in particular, and on the other hand, in overcoming the inherent resistance which a number of institutions in some Member States (such as Germany, Poland, Czech Republic or Cyprus¹) oppose in the process of sovereignty transfer accomplished by EU institutions.

If in the first aspect, the foundations of the cooperation established by the Maastricht Treaty were transposed into a functional institutional framework by the Treaty of Amsterdam², regarding the opposition of certain Member States in the process of harmonizing national legislation with EU law, opposition manifested on behalf of safeguarding their sovereignty, this difficulty was overcome with the ratification of the Lisbon Treaty³.

However, within the broader effort to find and use the most effective ways of achieving cooperation in criminal matters, we note, concerning on the means of legislative technique used, that are being increasingly preferred those legislative instruments with simplified procedures for

* Judge, Ph. D., Vice-President of the Court of Appeal Pitești (e-mail: sorinamirelapopescu@yahoo.com).

** Assistant, Faculty of Administrative and Juridical Sciences, University of Pitești (e-mail: cristian.galatanu@just.ro).

¹ SIEGEL Scott, 2008, *Courts and compliance in the EU: the European arrest warrant in national constitutional courts* in Jean Monnet Working Paper no. 5/2008

² PĂTRĂUȘ Mihaela, 2008, *Reflections on the European arrest warrant* in *Annales Universitatis Apulensis, Revista Drept-Series Jurisprudentia* nr.10/2008: 286-296

³ DONNELLY Bernard, 2008, *Justice and home affairs in the Lisbon treaty: a constitutionalising clarification?* in *Eipascope* 2008/ 1

implementation in Member States legislations. It was thus chosen primarily the use of Framework Decisions at the expense of the conventions, which assumed their ratification by the signatory states and, therefore, a more difficult procedure of implementation in national legislations⁴. The purposes for the using of these legislative techniques are the harmonization of national legislations with EU laws and the creation of simplified and rapid procedures that will help optimize the capacity of Member States to provide a prompt response within the efforts to combat the crime phenomenon⁵.

Starting from these political and legal realities circumscribing, in general, the current context of achieving the international judicial cooperation in criminal matters, it should be noted that the theme of this study, namely that of the European arrest warrant, occupies a central position within the pale of mechanisms implied by this cooperation, based on Title VI of the Treaty on European Union and, hence, on the principle of mutual recognition. Thus, the Council Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant is one of the most important regulatory tools with relevance in the field of international judicial cooperation in criminal matters and it represents one of the most effective legal means through which such cooperation is accomplished⁶.

At the same time, we should mention that this study aims to focus, mainly, on the analysis of procedural issues relating to the issuance and execution of European arrest warrant, and in achieving this step, we shall try to analyze as comprehensively, both the legal provisions contained in Title III of Law no.302/2004 concerning on international judicial cooperation in criminal matters, with subsequent amendments, and the relevant jurisprudence of national and Community courts.

The authors emphasize that they greatly appreciate the efforts of all those researchers whom through their studies or monographs, have tried to put into context the great importance of the European arrest warrant into the wider frame of international judicial cooperation in criminal matters, efforts which, throughout this study, we sought to exploit in an original manner.

II. Theoretical and jurisprudential issues concerning on the European arrest warrant

a. Definition and general principles governing the European arrest warrant.

The definition of the European arrest warrant is found in the provisions of Law no.302/2004 concerning on international judicial cooperation in criminal matters⁷, with subsequent amendments, which states that “the European arrest warrant is a judicial decision through which a competent judicial authority of a European Union member state requests the arrest and the surrender by another Member State of a person for the purpose of prosecution, trial or execution of a sentence or of a custodial safeguard measure”.

Under this definition, the European arrest warrant is the first legal instrument based on mutual recognition of judicial decisions in criminal matters.

The Romanian law⁸ confirms that defining characteristic of the European arrest warrant and states that this is executed on the principle of mutual recognition and trust, in accordance with Council Framework Decision no. 2002/584/JHA of June 13, 2002.

Council Framework Decision no. 2002/584/JHA reflects a philosophy of integration in a common area of freedom, security and justice⁹ and requires that a new functional model of

⁴ BORGERS Matthias J., 2007, *Implementing framework decisions* in Common Market Law Review no. 5/2007: 1361-1386

⁵ ELSSEN Charles, 2007, *From Maastricht to The Hague: the politics of judicial and police cooperation*, in ERA Forum no. 8/2007: 13-26

⁶ GAY Corinne, 2006, *The European Arrest Warrant and its application by the Member States*, in European Issues no.16/January 2006

⁷ art. 77 paragraph 1(6) of Law no. 302/2004

⁸ art. 77 paragraph (2) of Law no. 302/2004

⁹ art. 41 of the Amsterdam Treaty

cooperation based on mutual trust between Member States is adopted.

Based on these fundamentals, within the mechanism established by the Framework Decision, the surrender of nationals is currently a principle and a general rule with few exceptions related to deadlines and demands on execution.

Also, the Framework Decision 2002/584/JHA establishes that, subsidiary to the principle of surrendering nationals, will be applied the principle of specialty of the surrender, establishing¹⁰ that a person who has been surrendered can not be prosecuted, sentenced or deprived of liberty for an offense committed before his surrender, other than that he was surrendered for.

But, on the application of that principle, of specialty of the surrender, Chamber III of the European Communities Court of Justice, made a ruling, from the formulation, according to art. 35 of the Treaty on European Union, of some preliminary questions by the Supreme Court of Finland (Korkein oikeus)¹¹, whereby decision established that the exception provided under article 27 (3) (c) of Council Framework Decision - 2002/584, under which the specialty does not apply where criminal proceedings are not leading to a measure restricting personal liberty, must be interpreted as meaning that for a “crime [...] other than that which motivated the surrender”, consent must be requested, under article 27 (4) of the Framework Decision, and obtained, if enforcement is needed for a sentence or for a measure involving deprivation of liberty.

The surrendered person can be prosecuted and convicted for such an offense prior to obtaining the consent, provided that it does not apply any liberty restrictive measure during the prosecution or trial for that offense.

However, the Court held that the exception under article 27 (3) (c) does not preclude to the possibility that the person surrendered shall be subject to liberty restrictive measures before obtaining the consent, provided that this restriction is legally justified by other charges specified in the European arrest warrant.

Another aspect covered, at the level of principles, through the Framework Decision, aims the grounds for refusal of cooperation, which have been reduced since the Framework Decision suppressed the verification of double incrimination as a ground for non-compliance and non-surrender on a list of 32 categories of crimes¹², as defined by the issuing State, where they are punishable in the issuing State by a punishment or by a custodial detention for a maximum period of at least 3 years.

But if that offense is punishable by a sentence of less than 3 years, or if it is not included on the list, the principle of double incrimination does apply.

Finally, we consider that some clarifications are required on the application of the principle of proportionality. Thus, the Framework Decision. 2002/584/JHA does not impose any obligation on a Member State to carry out a proportionality control; the issue is to be determined, ultimately, through legislation and judicial practice of each Member State.

Considering the serious consequences of the execution of a European arrest warrant in the restriction of physical liberty and on the freedom of movement of the person sought, the competent authorities should take into account, before deciding to issue such a warrant, where possible, the aspects of proportionality, by assessing the usefulness for that measure to be applied and for its consequences. Therefore, the European arrest warrant should not be used if the coercitive measure that appears proportionate, appropriate and applicable in that case is not the preventive arrest.

We consider that such an interpretation complies with the provisions of the Framework Decision on European arrest warrant and with the general philosophy behind its implementation, in order to transform it into an effective tool to combat, especially, serious crimes and organized crime.

¹⁰ art. 27 paragraph (2) of the Council Framework Decision 2002/584/JHA

¹¹ The European Communities Court of Justice decision, rendered in case C-388/08 PPU, Artur Leymann and Alexei Pustovarov; http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

¹² art. 2 paragraph (2) of the Council Framework Decision 2002/584/JHA

b. Provisions contained in the Romanian legislation on the issue and execution of European arrest warrant.

According to the current legislation¹³, when an preventive arrest warrant or one issued in order to enforce a sentence can not be carried out, whereas the defendant or convict is no longer in Romania, it will be issued an European arrest warrant each time when, according to the Romanian law, the prescription of the criminal liability, the prescription of enforcement of the sentence, the amnesty or the pardon have occurred, and, if necessary, the punishment prescribed by law is at least a year, whether the arrest and surrender are required to exercise the criminal prosecution or for trial, or if the sentence or the custodial safeguard imposed is imprisonment for at least 4 months, whether the arrest and surrender are required for the execution of the penalty or of the security measure involving deprivation of liberty.

Regarding the issuing authority, the Romanian law operates certain distinctions, establishing that the European arrest warrant is issued, during the prosecution phase, by the judge specially appointed by the president of the court which would have jurisdiction to hear the case in substance, and, during the trial phase and that of the enforcement of the sentence, by the judge appointed by the president of the first instance court or of the enforcement court.

According to the law, the competent court verifies the fulfillment of the above mentioned conditions and proceed either to issue an European arrest warrant, to take measures for monitoring its transmission and translation within 24 hours if the person is located on a European Union member state territory, either to establish, by motivated decision, that the conditions required to issue a European arrest warrant are not complied, in which case the decision may be appealed by the prosecutor, within 3 days from communication, at a superior court, and the recourse is trialed within 3 days since the recording of the case, and if the recourse is admitted, the first instance is obliged to issue a European arrest warrant.

If issued a European arrest warrant, the judge may ask to the executing judicial authority the delivery of goods which are required as evidence and, when the location of the person sought is unknown, the European arrest warrant transmission is done through the Center for International Police Cooperation from within the Ministry of Interior and Administrative Reform, which proceed at its dissemination through the channels of the International Criminal Police Organization (Interpol) or through the Schengen Information System, as appropriate. In this case, the transmission can be conducted also through the European Judicial Network secure system, when it will be operational.

In the latter case, the European arrest warrant in Romanian language is submitted to the International Police Cooperation Centre of the Ministry of Interior and Administrative Reform, for dissemination through specific channels. This it will be translated by the issuing court's concern, into the language required by the executing Member State, after the confirmation of the location of the requested person within a given EU member state. If within the district of the issuing court there is no sworn translator for the foreign language in which the translation is required, the issuing authority shall require support from the Ministry of Justice, thereafter the translation is to be performed by its care.

In order to keep record of the activity of the court, it will be made and kept a Register showing the European arrest warrants. In this register are the following mentions: current number, name, surname and nationality of the person sought, the number and address of the Prosecutor's Office or the court where the criminal case is pending, the enforcement court file number, date of issue of the European arrest warrant, the date of transmission of the European arrest warrant, information on the European arrest warrant execution, grounds for non-execution of the European arrest warrant, date of the delivery of the person sought or the European arrest warrant withdrawal date. The Register is not designed to be disclosed.

¹³ art. 81 paragraph (1) of Law no. 302/2004

This procedure is confidential until the arrest of the person required in the State of enforcement.

If the location of the person sought is known, Romanian issuing judicial authority may transmit the European arrest warrant directly to the executing judicial authority.

According to the law¹⁴, the Romanian judicial authorities may submit the European arrest warrant by any secure means of transmission, leaving behind a written proof, provided that the executing judicial authority can verify its authenticity.

Any difficulty that would arise in connection with transmission or authentication of a European arrest warrant will be solved through direct contact between the issuing judicial authority and the executing judicial authority or, with the help of the Ministry of Justice, and subsequent to the submission of the European arrest warrant, the Romanian issuing judicial authority may submit any additional information necessary to execute the mandate.

If direct transmission, the Romanian issuing judicial authorities shall inform the Romanian Ministry of Justice on the last working day of each quarter on the European arrest warrants issued in the reference period and on their stage performance.

Regarding on the temporary transfer and on the hearing of the required person during the execution of the European arrest warrant, the Romanian law¹⁵ provides that when issued a European warrant where a warrant of preventive arrest or a sentence enforcement can not be carried out, as the defendant or the convict is no longer in Romania, the Romanian issuing authority may request the executing judicial authority, before its ruling on the final surrender, to temporarily surrender the person sought in Romania, in order to be heard, or may request an authorization to take statements of that person within the territory of the State where the mandate is being executed.

If the executing judicial authority, having agreed to surrender the person sought, suspend the surrender to complete a pending lawsuit or to allow the enforcement of a sentence imposed by the state of implementation of the mandate for an offense different from the one subject of the European arrest warrant, the Romanian issuing judicial authority will be able to require the temporary surrender of the sought person in order to be heard or tried.

As in the matter of insuring a retrial for the surrendered person, convicted in absentia, this is to be given by the issuing authority, at the request of the executing judicial authority, in this case the provisions of article. 522¹ of the Code of Criminal Procedure will apply accordingly.

If the person sought, that is subject to a European arrest warrant issued for the purpose of prosecution or trial, is a national or a resident of the executing Member State, the guarantee that in case of conviction, once surrendered, the person sought may be transferred, under the law, in the State of his or her nationality is determined by the court issuing the European arrest warrant.

The European arrest warrant is withdrawn if the grounds justifying its issue have disappeared or if the person sought has died.

Withdrawal is requested by the issuing court, who shall inform on it the executing judicial authority, the Ministry of Justice and, where appropriate, the Prosecutor's Office conducting or supervising the activity of criminal prosecution or the court that ordered the preventive arrest measure of the accused, or ruled on the safety measures.

As for taking over the sought person, this is to be conducted by the Centre for International Police Cooperation in the Ministry of Interior and Administrative Reform, within the deadlines agreed with the competent authorities of the executing Member State.

Chapter III of Title III of Law no.302/2004 concerning international judicial cooperation in criminal matters, with subsequent amendments, is governing the manner of execution by the Romanian authorities of a European arrest warrant.

¹⁴ art. 83 paragraph (1) of Law no. 302/2004

¹⁵ art. 84 of Law no. 302/2004

Thus, the law has abolished the verification of double incrimination as a ground for non-execution and non-surrender on a list of 32 categories of offenses¹⁶, when they are sanctioned by the law of the issuing State by a custodial sentence or a detention order of imprisonment with a maximum of at least 3 years.

For the facts not contained in that list, the surrender is conditional upon these facts, which motivate the issuing of the European arrest warrant, being regarded as crimes according to Romanian law, independently from their constituent elements or from their legal qualification (the principle of double incrimination).

The law also establishes the grounds for refusal of enforcement of the European arrest warrant, on which grounds, as well as on the preliminary procedures prescribed by the law and on the procedural remedies (possibilities of reviewing) provided for the decisions given during these procedures, we propose not to insist.

Regarding on the rights of the person arrested under a European arrest warrant, the law¹⁷ provides that this person is entitled to be informed of the contents of the European arrest warrant, and to be assisted by a chosen defense attorney or by one appointed by the court, and, if the arrested person does not understand nor speak Romanian, he or her is entitled to an interpreter, provided free by the court.

Considering on the temporary surrender or on hearing of the sought person in order to take his declarations, the law¹⁸ establishes that, if the issuing judicial authority requests, the judge may order the temporary surrender of the person sought or may proceed to hear this person.

If granted the temporary surrender, this takes place under the conditions and for the determined period mutually agreed between the issuing judicial authority and the enforcement judicial authority, and, in all cases, the person sought has yet to return to Romania to participate within the surrender procedure under the European arrest warrant.

With regards on the case when the temporary surrender is not granted or it is not required, the law provides that the Romanian executing judicial authority shall take a declaration of the sought person, with the participation of the person designated by the issuing judicial authority, if necessary, in accordance with the law of the issuing State.

The sought person's hearing occurs in accordance with the provisions of the Romanian Code of Criminal Procedure and under the conditions established by agreement between the judicial authorities involved, and, in all cases, the procedural rights of the pursued person shall be observed.

Concerning on the possibility of occurrence of procedural incidents, the law¹⁹ establishes that where, during the execution of a European arrest warrant, an exception of unconstitutionality, concerning on a provision of this title of the law, is brought before the Constitutional Court, the judging of this exception shall be made with priority within a period of maximum 45 days from the Constitutional Court's referral.

Also, the law establishes that in all cases, the court will rule on the European arrest warrant's execution by sentence, in compliance with legal deadlines, and that, in order to make a ruling, the court must take into account all the circumstances of the case and the need for a European arrest warrant execution.

If the surrender of the person sought has been postponed, whether if, at the moment of the ruling, the person was or was not under the power of a preventive arrest warrant or of an imprisonment warrant issued by the Romanian judicial authorities, the European arrest warrant is being put into the execution at the date when the reasons justifying the postponement have ceased to exist.

¹⁶ art. 85 of Law no. 302/2004

¹⁷ art. 91 of Law no. 302/2004

¹⁸ art. 92 of Law no. 302/2004

¹⁹ art. 93 of Law no. 302/2004

Regarding on the competition of two claims, the law²⁰ established that where two or more Member States have issued a European arrest warrant in relation to the same person, the Romanian executing judicial authority shall decide on the priority of execution, taking into account all circumstances of the case and, in particular, the location and seriousness of the crime committed, the date of issue of warrants, and the fact that the warrant was issued for criminal prosecution, for trial or for the execution of a sentence or of custodial safeguard. The Romanian executing judicial authority may request, where appropriate, EuroJust's opinion on this decision.

If there is competition between a European arrest warrant and an extradition request submitted by a third state, the Romanian executing judicial authority shall decide taking into account all the circumstances of the case and, in particular, those above mentioned and those set out in the extradition agreement applicable in relation with the third state.

In the situation when it is decided to give preference to the extradition request, the Romanian executing judicial authority shall inform the issuing judicial authority of the European arrest warrant, and when in relation to the same person, before its surrender, the Romanian authorities receive from the competent authorities of the same issuing Member State two or more warrants, the causes concerning on the execution of these European arrest warrants will be connected at the first referred court, which will rule by a single decision on the execution of each of the European arrest warrants.

If surrender is allowed only for one or some of the facts, this is to be stated expressly within the surrender decision.

c. Analysis of the relevant jurisprudence of national and Community courts.

From the recent practice of national and Community courts relevant to us, we shall focus on the decisions which concern the issues on which we intend to insist in this study, namely, issuance and enforcement of the European arrest warrant.

Thus, regarding the execution of European arrest warrant, the Supreme Court ruled as inadmissible the recourse against the decision through which the court takes note of the consent of the person sought for surrender²¹, since, according to art. 90 paragraph (6) of Law no. 302/2004, as amended and supplemented by Law no. 222/2008, if the person sought, consents to surrender, if not cross any of the grounds for refusal of enforcement prescribed by art. 88, the court may rule by sentence on the arrest of the person sought and on the surrender of the person, and in accordance with the provisions of art. 94¹ (2) thesis II of Law no. 302/2004, if the person sought consents to surrender, the decision is final.

Therefore, the recourse against the decision through which, noting the required consent of the person sought to surrender, the court has both decided the arrest and the surrender, is inadmissible, including as regards to the judicial scrutiny on the arrest of the person sought. The arrest of the person sought, under these conditions can not be the subject of a separate judicial scrutiny, since the arrest and the surrender were established in order to execute the European arrest warrant and have a subsequent character to the given consent.

On the same matter, of the enforcement procedure of the European arrest warrant by the Romanian courts, the High Court of Cassation and Justice held²² that in accordance with art. 87 paragraph (1). a) of Law no. 302/2004, if the European arrest warrant was issued for the purpose of execution of a sentence imposed by a decision rendered in absentia or if the person was not legally summoned on the date and place of the hearing which led to the ruling by default, the issuing judicial authority will have to give a guarantee considered sufficient to ensure the person, subject to the European arrest warrant, that will he or she will have the possibility to obtain a retrial in the issuing Member State, in his or hers presence.

²⁰ art. 99 of Law no. 302/2004

²¹ HCCJ, Penal Section, Decision no. 317 from 29 January 2009, <http://www.scj.ro/SP%20jurisprudenta.asp>

²² HCCJ, Penal Section, Decision no. 1118 from 26 March 2008, <http://www.scj.ro/SP%20jurisprudenta.asp>

Applying the principle of "ne bis in idem", under which no person can be tried twice for the same offense, does not preclude retrial of persons convicted in absentia and, therefore, if the issuing court authority should communicate to the Romanian court both information on regulating the principle of "ne bis in idem" and on regulating the possibility for the person convicted in absentia to obtain a retrial in the issuing Member State, the requirement prescribed by art. 87 paragraph (1). a) of Law no. 302/2004 is met.

In another case, taking into account that according to art. 77 paragraph (2) of Law no. 302/2004, the European arrest warrant is executed on the basis of recognition and mutual confidence, in accordance with the provisions of Council Framework Decision no. 2002/584/JHA of June 13, 2002, the Supreme Court held²³ that, in light of the above mentioned wording of Law and of the other provisions of Law no. 302/2004 governing the European arrest warrant, the Romanian court, acting as an enforcement judicial authority is not empowered to check the validity of the preventive arrest measure ordered by the issuing judicial authority of a Member State of the Union and can not establish that the arrest of the person required decided by the competent authorities of the issuing EU Member State is an infringement of art. 5 of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, with the subsequent result of imposing on the person sought, by motivated decision, a non-custodial preventive measure.

The High Court of Cassation and Justice has stated that, if the information provided by the issuing Member State is insufficient, the court has the obligation of seeking additional information necessary to enable a decision making on surrender, without the need of communication of additional information from the issuing Member State to prevent, however, the enforcement of the European arrest warrant under the conditions set by art. 89 of the Law no. 302/2004.

The Supreme Court has also ruled, on the criminal procedural laws governing the disclosure of legal proceedings made during the execution of the European arrest warrant, holding the public nature of court sessions²⁴.

Thus, the High Court of Cassation and Justice held that, according to art. 90 paragraph (14) of Law no. 302/2004, as amended and supplemented by Law no. 222/2008, within the proceedings of enforcing the European arrest warrant, the hearings are public, unless, at the prosecutor's request, at the sought person's request or at the judge's own appreciation, it is decided that the proceedings should be in secret hearing. The provisions of art. 90 paragraph (14) of the above mentioned Law apply both when the European arrest warrant is issued for the purpose of prosecution and also when it is issued for a trial or for the execution of a sentence or of a custodial safeguard.

The provisions of art. 146 paragraph (4) of the Code of Criminal Procedure relating to the arrest settlement proposal in the council chamber, during the criminal prosecution proceedings, are not applicable under art. 7 of Law no. 302/2004 for the European arrest warrant issued for the purpose of prosecution because, under art. 7 of Law no. 302/2004, the requests to the Romanian authorities, in areas covered by this law, shall satisfy the norms of the Romanian criminal procedural law, unless the special law on international judicial cooperation in criminal matters not otherwise provides, and art. 90 paragraph (14) of Law no. 302/2004 explicitly states that the hearing is to be public.

On the ground for refusal of the execution of the European arrest warrant provided in art. 88 paragraph (2) c¹) of Law no. 302/2004 and on the deadline for submission of certified copies of the conviction decision and of any other necessary information, the Supreme Court held²⁵ that, in accordance with art. 88 paragraph (2) c¹) of Law no. 302/2004, amended by Law no. 222/2008, the Romanian judicial enforcement authority may refuse to execute the European arrest warrant,

²³ HCCJ, Penal Section, Decision no. 581 from 18 February 2008, <http://www.scj.ro/SP%20jurisprudenta.asp>

²⁴ HCCJ, Penal Section, Decision no. 586 from 18 February 2009, <http://www.scj.ro/SP%20jurisprudenta.asp>

²⁵ HCCJ, Penal Section, Decision no. 3436 from 26 October 2009, <http://www.scj.ro/SP%20jurisprudenta.asp>

where it was issued in order to execute a sentence of imprisonment or a custodial safeguard, if the person sought is a Romanian citizen and states that he or her refuses to execute the sentence or the custodial safeguard in the issuing Member State. In this case, according to art. 88 paragraph (3) of Law no. 302/2004, the Romanian judicial enforcement authority shall require the issuing judicial authority to submit a certified copy of the sentencing decision, and any other information necessary for indirect recognition of foreign criminal sentencing decision.

Therewith, the High Court of Cassation and Justice has ruled that, in the event that issuing judicial authority shall not submit a certified copy of the sentencing decision and any other necessary information required for indirect recognition of foreign criminal sentencing decisions, within the 20 days deadline provided for in art. 88 paragraph (4) of Law no. 302/2004, the Romanian judicial enforcement authority will refuse to execute the European arrest warrant.

The 20 day period established by art. 88 paragraph (4) of Law no. 302/2004, as a procedural term is calculated in accordance with art. 186 paragraph (2) of the Criminal Procedure Code and therefore neither the starting day, nor the day it expires are not counted when calculating, since as it is clear from the provisions of art. 186 paragraph (4) of the Criminal Procedure Code, the term shall expire at the end of the day when it expires.

Regarding the same enforcement proceedings of the European arrest warrant, the High Court of Cassation and Justice has stated²⁶ that if the court dismissed the request of the chosen defender attorney to postpone the trial and has designated an appointed defender attorney, and then went to trial and ruling on to execute the European arrest warrant, the court had violated the right to defense of the required person, guaranteed by art. 24 of the Constitution, art. 6 of the Criminal Procedure Code and art. 6 of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, since the mere designation of an appointed defender attorney, without giving him the effective opportunity to study the actual files in the case, does not lead to the fulfillment of the obligation of providing legal assistance and it constitutes a deprivation of the required person of an effective defense, likely to infringe his or her right to defense.

On the same subject, the European arrest warrant's execution, the Supreme Court established²⁷ that, according to art. 90 paragraph (8) of Law no. 302/2004, as amended and supplemented by Law no. 222/2008, within the enforcement proceedings of the European arrest warrant, if the person sought consents to surrender, and the judge considers necessary to give a deadline for making a decision on the surrender, the arrest of the sought person shall be decided through a motivated decision.

In relation to the mandatory terms used by the legislator, the judge can not choose between the arrest measure and a non-custodial preventive measure, the arrest of the sought person is required, if it is established that the European arrest warrant meets the formal requirements of the law to be executed.

Article 90 paragraph (11) of Law regulates the possibility of taking, considering the requested person, the measure of ordering the sought person not to leave town, according to art. 145 of the Criminal Procedure Code, but only if the person sought is being released, after the initial deprivation of liberty, during the proceedings of execution of the European arrest warrant.

As on the case where the person sought consents to surrender and claims circumstances constituting grounds for refusal of enforcement – such as his investigation while being in custody in Romania for the facts mentioned in the European arrest warrant - and on the record there is evidence with a high probability on the existence of grounds for refusal, meeting the formal requirements of the European arrest warrant is not sufficient to arrest the person sought, even though determination of the incidence of the ground of refusal with certainty may require

²⁶ HCCJ, Penal Section, Decision no. 945 from 14 March 2008 , <http://www.scj.ro/SP%20jurisprudenta.asp>

²⁷ HCCJ, Penal Section, Decision no. 4214 from 22 December 2008, <http://www.scj.ro/SP%20jurisprudenta.asp>

additional steps. In this case, the judge can not take any preventive measure, custodial or non-custodial, thereafter, he is going to decide by the sentence on the grounds of the case if enforce the European arrest warrant and to rule also on the arrest of the person required to be surrendered to the issuing authority.

Concerning on the issuing of the European arrest warrant, the High Court of Cassation and Justice held²⁸ that, in accordance with art. 81 paragraph (1) of Law no. 302/2004, the Romanian court competent to issue an European arrest warrant is the court that had issued the warrant of preventive arrest during the prosecution or during the trial, if the European arrest warrant is issued for the criminal prosecution or for the trial period, or the enforcement court if the European arrest warrant is issued for the execution of a penalty.

Therefore, if the arrest warrant was issued during the prosecution by the competent court to hear the case at first instance, who then sentenced the defendant, this court is competent to issue the European arrest warrant, even if, when issuing such a warrant, the case is being pending trial on its appeal.

As concerning on the Community Courts jurisprudence on the execution of the European arrest warrant, the European Communities Court of Justice has ruled²⁹ on the matter of the differential treatment for its own citizens with respect to the European arrest warrant execution.

Thus, the Court examined, under article 12 of the Treaty establishing the European Community (Nice consolidated version), which enshrines the principle of non-discrimination, the compatibility of Dutch law, which states different treatment for nationals of other Member States that have not been residents for five years in the Netherlands in relation to treatment of own nationals.

The Court reiterated that the European arrest warrant is based on mutual recognition and that, although in general, Member States are required to comply with a request emanating from a judicial authority of another Member State, they have, within the enforcement proceeding, optional non-execution grounds, with a certain margin of discretion.

To be compatible with the Community law, the differential treatment of their own nationals must be objectively justified, proportionate to the aim pursued and not go beyond what is necessary to achieve this aim.

The Court held that any optional non-execution grounds should aim, in particular, to enable special emphasis on the possibility of increasing the chances of reinserting into society of the person sought after serving his sentences.

Accordingly, the Court held that it is legitimate for the executing Member State not to pursue such an objective, but in relation to these persons who have demonstrated a certain degree of integration into the society of that State. In this case, the only condition concerning its own citizens, the citizenship, on the one hand, and the residence for a continuous period of five years for nationals of other Member States, on the other hand, can be regarded as likely to ensure that the person sought is sufficiently integrated in the State of enforcement.

III. Conclusions

The European arrest warrant is one of the most effective legal instruments through which is achieved the international judicial cooperation in criminal matters and it requires a radical change compared to the old system of extradition, as it had set up a functional system of delivery in the area of freedom, security and justice, with a powerful impact, particularly, on procedures, timing and reasons for nondelivery of a person, creating a uniform effect throughout the European Union.

²⁸ HCCJ, Penal Section, Decision no. 1054 from 2 June 2008, <http://www.scj.ro/SP%20jurisprudenta.asp>

²⁹ The European Communities Court of Justice decision, rendered in case C-123/08, Dominic Wolzenburg; http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

Within this broader context, of international judicial cooperation in criminal matters, the European arrest warrant reflects a philosophy of integration in a common judicial area and involves a new model of cooperation based on mutual trust between Member States, with increased confidence and mutual recognition of judicial proceedings used during criminal cases or of the judgments given in other countries, as a basis, by simplifying or eliminating the procedures for recognition or enforcement thereof³⁰.

Therefore, the European arrest warrant has the merit that it can be used efficiently, effectively and proportionately as a tool for prevention and punishment of crimes, ensuring at the same time, the fundamental rights of suspects and convicted persons.

References

1. BORGERS Matthias J., 2007, *Implementing framework decisions* in Common Market Law Review no. 5/2007: 1361-1386
2. Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and surrender procedures between Member States, published in the Official Journal of the European Union no. L 190 of 18 July 2002
3. Council Framework Decision no. 2009/299/JHA of 26 February 2009 amending Framework Decisions 2002/584/JHA, 2005/214/JHA, 2006/783/JHA, 2008/909/JHA and 2008/947/JHA, strengthening the procedural rights of persons and encourage the principle of mutual recognition of decisions rendered in the absence of the person at the trial, published in the Official Journal of the European Union no. L 81 of March 27, 2009
4. DONNELLY Bernard, 2008, *Justice and home affairs in the Lisbon treaty: a constitutionalising clarification?* in *Eipascope* 2008/1
5. ELSÉN Charles, 2007, *From Maastricht to The Hague: the politics of judicial and police cooperation*, in *ERA Forum* no. 8/2007: 13-26
6. GAY Corinne, 2006, *The European Arrest Warrant and its application by the Member States*, in *European Issues* no.16/January 2006
7. Law no. 302 of June 28, 2004 on international judicial cooperation in criminal matters, with subsequent amendments, published in *Official Gazette* no. 594 from July 1, 2004
8. PĂTRĂUȘ Mihaela, 2008, *Reflections on the European arrest warrant* in *Annales Universitatis Apulensis, Revista Drept-Series Jurisprudentia* nr.10/2008: 286-296
9. POPESCU, Mirela Sorina, GĂLĂȚANU, Cristian-Gheorghe, 2009, *International judicial cooperation in criminal matters. Mutual recognition of judicial decisions*, in *Revista de Drept Penal. Serie nouă* nr.2/2009: 109 – 117
10. SIEGEL Scott, 2008, *Courts and compliance in the EU: the European arrest warrant in national constitutional courts* in *Jean Monnet Working Paper* no. 5/2008
11. Treaty of March 25, 1957 on the functioning of the European Union, consolidated version, published in the Official Journal of the European Union no. C 115 of May 9, 2008
12. Treaty of March 25, 1957 establishing the European Community, consolidated version, published in the Official Journal of the European Union no. C 321 E of 29 December 2006
13. Treaty of February 7, 1992 on European Union (Maastricht Treaty), consolidated version, published in the Official Journal of the European Union no. C 115 of May 9, 2008
14. Treaty of October 2, 1997 amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and other related acts (Amsterdam Treaty) published in the Official Journal of the European Communities no. C 340 of 11 November 1997

³⁰ POPESCU, Mirela Sorina, GĂLĂȚANU, Cristian-Gheorghe, 2009, *International judicial cooperation in criminal matters. Mutual recognition of judicial decisions*, in *Revista de Drept Penal. Serie nouă* nr.2/2009: 109 - 117

15. Treaty of 13 December 2007 amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community (Treaty of Lisbon), published in the Official Journal of the European Union no. C 306 of December 17, 2007

ASPECTE TEORETICE ȘI JURISPRUDENȚIALE PRIVITOARE LA COOPERAREA JUDICIARĂ INTERNAȚIONALĂ ÎN MATERIE PENALĂ. MANDATUL EUROPEAN DE ARESTARE

MIRELA SORINA POPESCU*
CRISTIAN-GHEORGHE GĂLĂȚANU**

Abstract

Contextul noilor realități europene este delimitat, pe de o parte, de dispariția granițelor în interiorul Uniunii Europene, iar, pe de altă parte, de necesitatea statelor membre de a utiliza cele mai eficiente mijloace și instrumente juridice pentru combaterea fenomenului infracțional, în scopul creării unui spațiu comun de libertate, securitate și justiție. Întrucât mandatul european de arestare ocupă un loc central în cadrul instrumentarului juridic sus-menționat, prezentul studiu își propune atât să realizeze o serie de delimitări conceptuale privind transpunerea în legislația românească a dispozițiilor Deciziei-cadru 2002/584/JAI a Consiliului Uniunii Europene referitoare la mandatul european de arestare, cât și să efectueze o analiză riguroasă a practicii judiciare relevante în materie a instanțelor naționale și comunitare.

Cuvinte cheie: Mandatul European de Arestare; Uniunea Europeană; spațiu comun de libertate, securitate și justiție; cooperare judiciară internațională în materie penală; combaterea fenomenului infracțional;

I. Introducere

În actualul context existent în cadrul Uniunii Europene, context marcat de dispariția granițelor interne, Statele Membre se văd tot mai mult puse în situația de a face față unor provocări din ce în ce mai complexe în vederea transunerii în realitate a obiectivului stabilit prin art. 41 al Tratatului de la Amsterdam, respectiv, a creării unui spațiu comun de libertate, securitate și justiție care să corespundă nevoilor și aspirațiilor legitime ale cetățenilor Statelor Membre ale Uniunii Europene.

Complexitatea provocărilor sus-menționate, rezidă, pe de o parte, în dificultatea găsirii celor mai eficiente mijloace de combatere a fenomenului infracțional, în general, și a criminalității transfrontaliere, în particular, iar pe de altă parte, în depășirea rezistenței inerente pe care o serie de instituții ale unor State Membre (cum ar fi cazul Germaniei, Poloniei, Cehiei sau Ciprului¹) o opun în cadrul procesului de transfer de suveranitate realizat către instituțiile Uniunii Europene.

Dacă în ceea ce privește primul aspect, fundamentele cooperării stabilite prin Tratatul de la Maastricht au fost transpuse într-un cadru instituțional funcțional prin Tratatul de la Amsterdam², în ceea ce privește opoziția anumitor State Membre la procesul de armonizare a legislației naționale cu dreptul Uniunii Europene, opoziție manifestată în numele salvagădării propriei suveranități, aceasta a reușit să fie surmontată odată cu ratificarea Tratatului de la Lisabona³.

* Magistrat judecător, doctor, Vicepreședinte al Curții de Apel Pitești (e-mail: sorinamirelapopescu@yahoo.com).

** Asist.univ., Facultatea de Științe Juridice și Administrative, Universitatea din Pitești (e-mail: cristian.galatanu@just.ro).

¹ SIEGEL Scott, 2008, *Instanțele judecătorești și conformitatea în UE: Mandatul European de Arestare în curțile constituționale naționale* în Jean Monnet Working Paper no. 5/2008: 2-3

² PĂTRĂUȘ Mihaela, 2008, *Reflecții privind mandatul european de arestare* în Annales Universitatis Apulensis, Revista Drept-Series Jurisprudencia nr.10/2008: 286-296

³ DONNELLY Bernard, 2008, *Justiția și afacerile interne în tratatul de la Lisabona: o clarificare constituțională?* în Eipascope 2008/1

Totodată, în cadrul efortului mai larg de găsire și utilizare a celor mai eficiente modalități de realizare a cooperării judiciare în materie penală, putem nota, referitor la mijloacele de tehnică legislativă utilizate, faptul că sunt preferate tot mai mult acele instrumente normative europene care au o procedură de implementare în legislația Statelor Membre cât mai simplificată. Astfel, s-a ales utilizarea cu precădere a Deciziilor-cadru în detrimentul convențiilor care presupuneau ratificarea lor de către statele semnatare și, implicit, o procedură mai greoaie de implementare în legislațiile naționale⁴. Scopurile utilizării acestor tehnici legislative sunt armonizarea legislației naționale cu legislația Uniunii Europene și crearea unor proceduri simplificate și rapide care să contribuie la optimizarea capacității Statelor Membre de a oferi un răspuns prompt în cadrul eforturilor de combatere a fenomenului infracțional⁵.

Pornind de la aceste realități politico-juridice care circumscriu, în linii generale, actualul context în care se realizează inclusiv cooperarea judiciară internațională din materie penală, trebuie să subliniem că tematica abordată de prezentul studiu, respectiv aceea a mandatului european de arestare, ocupă un loc central în cadrul mecanismelor presupuse de această cooperare, care are la bază Titlul VI al Tratatului privind Uniunea Europeană și, implicit, principiul recunoașterii reciproce. Astfel, Decizia-cadru 2002/584/JAI a Consiliului Uniunii Europene referitoare la mandatul european de arestare reprezintă unul dintre cele mai importante instrumente normative cu relevanță în materia cooperării judiciare internaționale în materie penală, iar mandatul european de arestare este unul dintre cele mai eficiente mijloace juridice prin care se realizează această cooperare⁶.

În același timp, trebuie să precizăm că prezentul studiu își propune să se axeze, în principal, pe analiza aspectelor procedurale privitoare la emiterea și executarea mandatului european de arestare, demers în realizarea căruia vom încerca să efectuăm o analiză cât mai temeinică atât a dispozițiilor legale cuprinse în Titlul III al Legii nr.302/2004 privitoare la cooperarea judiciară internațională în materie penală, cu modificările și completările ulterioare, cât și a jurisprudenței relevante a instanțelor naționale și comunitare.

Autorii țin să sublinieze că apreciază în mod deosebit eforturile tuturor preopinienților care, prin intermediul studiilor sau monografiilor realizate, au încercat să contextualizeze importanța deosebită a mandatului european de arestare în cadrul, mai larg, al cooperării judiciare internaționale în materie penală, eforturi pe care, în cuprinsul prezentului studiu, am încercat să le valorificăm într-o manieră cât mai originală.

II. Aspecte teoretice și jurisprudențiale privitoare la mandatul european de arestare

a. Definiția și principiile generale de reglementare a mandatului european de arestare.

Definiția mandatului european de arestare se regăsește în dispozițiile Legii nr.302/2004 privitoare la cooperarea judiciară internațională în materie penală⁷, cu modificările și completările ulterioare, care stabilește că „mandatul european de arestare este o decizie judiciară prin care o autoritate judiciară competentă a unui stat membru al Uniunii Europene solicită arestarea și predarea de către un alt stat membru a unei persoane, în scopul efectuării urmăririi penale, judecării sau executării unei pedepse ori a unei măsuri de siguranță privative de libertate”.

Potrivit acestei definiții, mandatul european de arestare este primul instrument juridic bazat pe recunoașterea reciprocă a hotărârilor în materie penală.

⁴ BORGERS Matthias J., 2007, *Implementarea deciziilor cadru* în Common Market Law Review no. 5/2007: 1361-1386

⁵ ELSSEN Charles, 2007, *De la Maastricht la Haga: politica cooperării judiciare și polițienești*, în ERA Forum no. 8/2007: 13-26

⁶ GAY Corinne, 2006, *Mandatul European de Arestare și aplicarea sa de către Statele Membre*, în European Issues no.16/January 2006

⁷ art. 77 alin. 1 din Legea nr.302/2004

Legea română⁸ confirmă această caracteristică definitorie a mandatului european de arestare și statuează că acesta se execută pe baza principiului recunoașterii și încrederii reciproce, în conformitate cu dispozițiile Deciziei-cadru a Consiliului nr. 2002/584/JAI din 13 iunie 2002.

Decizia-cadru a Consiliului nr. 2002/584/JAI reflectă o filozofie de integrare într-un spațiu comun de libertate, securitate și justiție⁹ și presupune adoptarea unui nou model funcțional de cooperare bazat pe încredere reciprocă între statele membre.

Plecând de la aceste fundamentări, în cadrul mecanismului instituit prin Decizia-cadru, predarea resortisanților este, în prezent, un principiu și o regulă generală, cu puține excepții și care au legătură cu termenele și cu solicitările referitoare la executare.

Totodată, Decizia-cadru nr. 2002/584/JAI stabilește că în subsidiar aplicării principiului predării resortisanților, urmează a se face aplicarea principiului specialității predării, stabilind că¹⁰ o persoană care a fost predată nu poate fi urmărită penal, condamnată sau privată de libertate pentru o infracțiune săvârșită înaintea predării sale, alta decât cea care a motivat predarea sa.

Însă, cu privire la aplicarea acestui din urmă principiu, al specialității predării, Camera a III-a a Curții de Justiție a Comunităților Europene a pronunțat o hotărâre în urma formulării, în baza art. 35 a Tratatului privind Uniunea Europeană, a unor întrebări preliminare de către Curtea Supremă din Finlanda (*Korkein oikeus*)¹¹, hotărâre prin intermediul căreia a stabilit că excepția prevăzută la articolul 27 alineatul (3) litera (c) din Decizia - cadru 2002/584, potrivit căreia principiul specialității nu se aplică în cazul în care procedura penală nu duce la aplicarea unei măsuri care să restrângă libertatea individuală a persoanei, trebuie interpretată în sensul că, în cazul unei „infracțiuni [...] alta decât cea care a motivat predarea”, consimțământul trebuie solicitat, conform articolului 27 alineatul (4) din Decizia-cadru, și obținut dacă este necesară executarea unei pedepse sau a unei măsuri privative de libertate.

Persoana predată poate fi urmărită penal și condamnată pentru o astfel de infracțiune înainte ca acest consimțământ să fie obținut, în măsura în care nu se aplică nicio măsură restrictivă de libertate pe parcursul urmăririi penale sau al judecării infracțiunii respective.

Cu toate acestea, Curtea a statuat că excepția prevăzută la articolul 27 alineatul (3) litera (c) nu se opune posibilității ca persoana predată să fie supusă unei măsuri restrictive de libertate înainte de obținerea consimțământului, în condițiile în care această restrângere este legal justificată de alte capete de acuzare menționate în mandatul european de arestare.

Un alt aspect reglementat la nivelul principiilor prin Decizia-cadru vizează motivele de refuz al cooperării, care au fost reduse, întrucât Decizia-cadru a suprimat verificarea dublei incriminări ca motiv de neexecutare și de nepredare cu privire la o listă de 32 de categorii de infracțiuni¹², așa cum sunt acestea definite de statul emitent, în cazul în care acestea sunt pedepsite în statul emitent printr-o pedeapsă sau măsură de siguranță privative de libertate pentru o perioadă maximă de cel puțin 3 ani.

Dacă însă infracțiunea în cauză se pedepsește cu o pedeapsă mai mică de 3 ani, sau nu este inclusă pe listă, se aplică principiul dublei incriminări.

În final, apreciem că se impun câteva precizări cu privire la aplicarea principiului proporționalității. Astfel, Decizia-cadru nr. 2002/584/JAI nu prevede nicio obligație pentru un stat membru emitent să efectueze un control de proporționalitate, acest aspect urmând să fie stabilit, în ultimă instanță, prin intermediul legislației și practicii judiciare a fiecărui stat membru.

Luând în considerare consecințele grave ale executării unui mandat european de arestare în ce privește restricțiile asupra libertății fizice și a libertății de mișcare a persoanei solicitate,

⁸ art. 77 alin. 2 din Legea nr.302/2004

⁹ art. 41 al Tratatului de la Amsterdam

¹⁰ art. 27 alin. 2 din Decizia-cadru nr. 2002/584/JAI

¹¹ Hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene, pronunțată în dosarul C-388/08 PPU, Artur Leymann și Aleksei Pustovarov, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

¹² art. 2 pct. 2 din Decizia-cadru nr. 2002/584/JAI

autoritățile competente ar trebui să țină seama, înainte de a decide emiterea unui astfel de mandat, acolo unde este posibil, de aspecte ce țin de proporționalitate, prin aprecierea utilității acestuia în cazul respectiv față de măsura care trebuie aplicată și consecințele acesteia. Prin urmare, ar trebui ca mandatul european de arestare să nu fie utilizat în cazul în care măsura coercitivă care pare proporțională, adecvată și aplicabilă cazului respectiv nu este arestarea preventivă.

Apreciem că o astfel de interpretare respectă dispozițiile Deciziei-cadru privind mandatul european de arestare și filozofia generală care stă la baza punerii sale în aplicare, în vederea transformării acestuia într-un instrument eficient de combatere, în special, a infracțiunilor grave și a criminalității organizate.

b. Dispoziții cuprinse în legislația română cu privire la emiterea și executarea mandatului european de arestare.

Potrivit dispozițiilor legale în vigoare¹³, în situația în care un mandat de arestare preventivă sau de executare a pedepsei nu poate fi dus la îndeplinire, întrucât inculpatul ori condamnatul nu se mai află pe teritoriul României, urmează a se emite un mandat european de arestare ori de câte ori nu a intervenit, potrivit legii române, prescripția răspunderii penale sau a executării pedepsei ori amnistia sau grațierea, și dacă, după caz, pedeapsa prevăzută de lege este de cel puțin un an, dacă arestarea și predarea se solicită în vederea exercitării urmăririi penale ori a judecării sau dacă pedeapsa sau măsura de siguranță privativă de libertate aplicată este de cel puțin 4 luni, dacă arestarea și predarea se solicită în vederea executării pedepsei sau a măsurii de siguranță privative de libertate.

Referitor la autoritatea emitentă, legea română operează anumite distincții, stabilind că mandatul european de arestare este emis, în faza de urmărire penală, de către judecătorul delegat de președintele instanței căreia i-ar reveni competența să judece cauza în fond, iar în faza de judecată și de executare, de către judecătorul delegat de președintele primei instanțe ori de cel al instanței de executare.

Potrivit legii, judecătorul competent verifică îndeplinirea condițiilor sus-menționate și procedează fie la emiterea mandatului european de arestare, la supravegherea luării măsurilor pentru transmiterea acestuia și la dispunerea traducerii mandatului european de arestare, în termen de 24 de ore în cazul în care persoana este localizată pe teritoriul unui stat membru al Uniunii Europene, fie constată, prin încheiere motivată, că nu sunt îndeplinite condițiile arătate pentru a emite un mandat european de arestare, caz în care încheierea poate fi atacată cu recurs de procuror, în termen de 3 zile de la comunicare, iar recursul se judecă de instanța superioară, în termen de 3 zile de la înregistrarea cauzei, în caz de admitere a acestuia, prima instanță fiind obligată să emită un mandat european de arestare.

În cazul emiterii unui mandat european de arestare, judecătorul poate solicita autorității judiciare de executare remiterea bunurilor care constituie mijloace materiale de probă, iar în situația în care locul unde se află persoana solicitată nu este cunoscut, transmiterea mandatului european de arestare se realizează prin intermediul Centrului de Cooperare Polițienească Internațională din cadrul Ministerului Internelor și Reformei Administrative, care procedează la difuzarea în Sistemul Informatic Schengen sau pe canalele Organizației Internaționale a Poliției Criminale (Interpol), după caz. În acest caz, transmiterea se poate efectua și prin sistemul securizat al Rețelei Judiciare Europene, când acesta va fi operațional.

În această ultimă ipoteză, mandatul european de arestare în limba română se transmite Centrului de Cooperare Polițienească Internațională din cadrul Ministerului Internelor și Reformei Administrative, în vederea difuzării pe canale specifice. Acesta va fi tradus, prin grija instanței emitente, în limba impusă de statul membru de executare, după ce se confirmă localizarea persoanei solicitate pe teritoriul unui anumit stat membru al Uniunii Europene. În cazul în care în

¹³ art. 81 alin. 1 din Legea nr. 302/2004

circumscripția instanței emitente nu există un traducător autorizat pentru limba străină în care este necesară traducerea, autoritatea judiciară emitentă solicită sprijinul Ministerului Justiției, urmând ca traducerea să se efectueze prin grija acestuia.

Pentru evidența activității instanței, se întocmește și se păstrează Registrul de evidență a mandatelor europene de arestare. În acest registru se fac următoarele mențiuni: numărul curent; numele, prenumele și cetățenia persoanei solicitate; numărul și data adresei parchetului ori a instanței pe rolul căreia se află cauza penală; numărul dosarului instanței de executare; data emiterii mandatului european de arestare; data transmiterii mandatului european de arestare; informații asupra executării mandatului european de arestare; motivele neexecutării mandatului european de arestare; data predării persoanei solicitate; data retragerii mandatului european de arestare. Registrul nu este destinat publicității.

Această procedură are caracter confidențial până la arestarea persoanei solicitate în statul membru de executare.

În cazul în care se cunoaște locul unde se află persoana solicitată, autoritatea judiciară română emitentă poate transmite mandatul european de arestare direct autorității judiciare de executare.

Potrivit legii¹⁴, autoritățile judiciare române pot transmite mandatul european de arestare prin orice mijloc de transmitere sigur, care lasă o urmă scrisă, cu condiția ca autoritatea judiciară de executare să poată verifica autenticitatea acestuia.

Orice dificultate care ar interveni în legătură cu transmiterea sau verificarea autenticității unui mandat european de arestare se va soluționa prin contact direct între autoritatea judiciară emitentă și autoritatea judiciară de executare sau cu sprijinul Ministerului Justiției, iar ulterior transmiterii mandatului european de arestare, autoritatea judiciară română emitentă poate transmite orice informații suplimentare necesare pentru executarea mandatului.

În cazul transmiterii directe, autoritățile judiciare emitente române informează Ministerul Justiției în ultima zi lucrătoare a fiecărui trimestru cu privire la mandatele europene de arestare emise în perioada de referință și stadiul executării acestora.

Privitor la transferul temporar și audierea persoanei solicitate în timpul executării mandatului european de arestare, legea română¹⁵ stabilește că atunci când s-a emis un mandat european în situația în care un mandat de arestare preventivă sau de executare a pedepsei nu poate fi dus la îndeplinire, întrucât inculpatul ori condamnatul nu se mai află pe teritoriul României, autoritatea judiciară emitentă română va putea solicita autorității judiciare de executare, înainte ca aceasta să se fi pronunțat asupra predării definitive, predarea temporară în România a persoanei urmărite, în vederea ascultării sale, sau va putea solicita să fie autorizată luarea declarației acestei persoane pe teritoriul statului de executare a mandatului.

Dacă autoritatea judiciară de executare, după ce a aprobat predarea persoanei urmărite, dispune suspendarea predării până la terminarea unui proces în curs sau până la executarea pedepsei aplicate în statul de executare a mandatului pentru o faptă diferită de cea care face obiectul mandatului european, autoritatea judiciară română emitentă va putea solicita predarea temporară a persoanei în vederea ascultării sale sau a judecării.

Cât privește asigurarea rejudecării în cazul predării persoanei condamnate în lipsă, aceasta este dată de autoritatea judiciară emitentă, la cererea autorității judiciare de executare, dispozițiile art. 522¹ din Codul de procedură penală urmând a se aplica în mod corespunzător.

În cazul în care persoana solicitată care face obiectul unui mandat european de arestare, emis în scopul urmăririi penale sau al judecării, este resortisant sau rezident al statului membru de executare, garanția că, în caz de condamnare, odată predată, persoana solicitată poate fi transferată în condițiile legii în statul de cetățenie este dată de instanța emitentă a mandatului european de arestare.

¹⁴ art. 83 alin. 1 din Legea nr. 302/2004

¹⁵ art. 84 din Legea nr. 302/2004

Mandatul european de arestare se retrage în cazul în care au dispărut temeiurile care au justificat emiterea acestuia ori dacă persoana solicitată a decedat.

Retragerea se solicită de instanța emitentă, care informează despre aceasta autoritatea judiciară de executare, Ministerul Justiției și, după caz, parchetul care efectuează ori supraveghează activitatea de urmărire penală sau instanța care a dispus asupra măsurii arestării preventive a inculpatului ori care a hotărât cu privire la măsurile de siguranță.

Cât privește preluarea persoanei solicitate, aceasta se realizează de Centrul de Cooperare Polițienească Internațională din cadrul Ministerului Internelor și Reformei Administrative, în termenele stabilite împreună cu autoritățile competente ale statului membru de executare.

Capitolul III al Titlului al III-lea al Legii nr.302/2004 privitoare la cooperarea judiciară internațională în materie penală, cu modificările și completările ulterioare, reglementează modul de executare de către autoritățile române a unui mandat european de arestare.

Astfel, legea a suprimat verificarea dublei incriminări ca motiv de neexecutare și de nepredare cu privire la o listă de 32 de categorii de infracțiuni¹⁶, atunci când acestea sunt sancționate de legea statului emitent cu o pedeapsă sau cu o măsură de siguranță privativă de libertate a cărei durată maximă este de cel puțin 3 ani.

Pentru faptele ce nu se regăsesc în respectiva enumerare, predarea este subordonată condiției ca aceste fapte care motivează emiterea mandatului european de arestare să constituie infracțiune potrivit legii române, independent de elementele constitutive sau de încadrarea juridică a acestora (principiul dublei incriminări).

Legea stabilește și motivele de refuz a executării mandatului european de arestare, motive asupra cărora, la fel ca și în cazul procedurilor preliminare prevăzute de lege și a căilor de atac prevăzute pentru încheierile pronunțate în cursul acestor proceduri, nu ne propunem să insistăm.

În ceea ce privește drepturile persoanei arestate în baza unui mandat european de arestare, legea¹⁷ prevede că aceasta are dreptul să fie informată cu privire la conținutul mandatului european de arestare, precum și de a fi asistată de un apărător ales sau numit din oficiu de instanță, iar în situația în care persoana arestată nu înțelege sau nu vorbește limba română, aceasta are dreptul la interpret, asigurat gratuit de către instanță.

Referitor la predarea temporară sau luarea declarației persoanei solicitate, legea¹⁸ stabilește că, dacă autoritatea judiciară emitentă solicită, judecătorul poate dispune predarea temporară a persoanei solicitate sau procedeză la audierea persoanei solicitate.

În cazul în care s-a acordat predarea temporară, aceasta se efectuează în condițiile și pe durata stabilite de comun acord între autoritatea judiciară emitentă și cea de executare, în toate cazurile persoana urmărită trebuind însă să se întoarcă în România pentru a participa la desfășurarea procedurii de predare în baza mandatului european de arestare.

Cu privire la cazul în care nu se acordă predarea temporară sau aceasta nu este solicitată, legea stabilește că autoritatea judiciară de executare română procedeză la luarea unei declarații persoanei solicitate, cu participarea persoanei desemnate de autoritatea judiciară emitentă, dacă este cazul, în conformitate cu legea statului membru emitent.

Audierea persoanei solicitate se face potrivit prevederilor Codului de procedură penală român și în condițiile stabilite potrivit înțelegerii dintre autoritățile judiciare implicate, în toate cazurile urmând a se respecta drepturile procesuale ale persoanei urmărite.

Legat de posibilitatea survenirii unor incidente procedurale, legea¹⁹ stabilește că, în cazul în care, în cursul procedurii de executare a unui mandat european de arestare, este sesizată Curtea Constituțională cu o excepție de neconstituționalitate a unei dispoziții din prezentul titlu, judecarea excepției se face cu precădere, în termen de cel mult 45 de zile de la sesizarea Curții Constituționale.

¹⁶ art. 85 din Legea nr. 302/2004

¹⁷ art. 91 din Legea nr. 302/2004

¹⁸ art. 92 din Legea nr. 302/2004

¹⁹ art. 93 din Legea nr. 302/2004

Totodată, legea stabilește că, în toate cazurile, instanța de judecată urmează să se pronunțe asupra executării mandatului european de arestare prin sentință, cu respectarea termenelor legale, și că, în scopul luării unei hotărâri, instanța va trebui să țină seama de toate împrejurările cauzei și de necesitatea executării mandatului european de arestare.

În cazul în care predarea persoanei solicitate a fost amânată, indiferent dacă, la momentul pronunțării hotărârii, aceasta se află ori nu se află sub puterea unui mandat de arestare preventivă sau de executare a pedepsei închisorii emis de autoritățile judiciare române, mandatul european de arestare este pus în executare la data încetării motivelor care au justificat amânarea.

În ceea ce privește concursul de cereri, legea²⁰ a stabilit că în cazul în care două sau mai multe state membre au emis un mandat european de arestare în legătură cu aceeași persoană, autoritatea judiciară de executare română va decide asupra priorității de executare, ținând seama de toate circumstanțele și, în special, de locul săvârșirii și gravitatea infracțiunii, de data emiterii mandatelor, precum și de împrejurarea că mandatul a fost emis în vederea urmăririi penale, a judecării sau în vederea executării unei pedepse sau a unei măsuri de siguranță. Autoritatea judiciară de executare română va putea solicita, dacă este cazul, avizul EuroJust cu privire la această hotărâre.

În cazul concurenței între un mandat european de arestare și o cerere de extrădare prezentată de către un stat terț, autoritatea judiciară de executare română va decide luând în considerare toate circumstanțele și în special pe cele sus-arătate și pe cele prevăzute în convenția de extrădare aplicabilă în relația cu statul terț.

În situația în care va decide să acorde întâietate cererii de extrădare, autoritatea judiciară de executare română va aduce acest lucru la cunoștința autorității emitente a mandatului european de arestare, iar atunci când cu privire la aceeași persoană, înainte de predarea acesteia, autoritățile române primesc din partea autorităților competente ale aceluiași stat membru emitent două sau mai multe mandate, cauzele privind executarea acestor mandate europene de arestare se vor conexe la instanța cea dintâi sesizată, pronunțându-se o singură hotărâre cu privire la executarea fiecăruia dintre mandatele europene de arestare.

Dacă predarea este admisă doar pentru una sau unele dintre fapte, în hotărârea de predare urmează să se menționeze expres acest lucru.

c. Analiza practicii judiciare relevante a instanțelor naționale și comunitare

Din practica recentă a instanțelor naționale și comunitare relevantă în materia tratată de noi, ne vom opri asupra unor hotărâri care vizează aspectele asupra cărora ne-am propus să insistăm în prezentul studiu, respectiv, emiterea și executarea mandatului european de arestare.

Astfel, privitor la executarea mandatului european de arestare, instanța supremă a statuat inadmisibilitatea recursului împotriva hotărârii prin care instanța ia act de consimțământul persoanei solicitate la predare²¹, întrucât potrivit art. 90 alin. (6) din Legea nr. 302/2004, astfel cum a fost modificată și completată prin Legea nr. 222/2008, în cazul în care persoana solicitată consimte la predare, dacă nu este incident vreunul din motivele de refuz al executării prevăzute în art. 88, instanța se poate pronunța prin sentință atât asupra arestării persoanei solicitate, cât și asupra predării acesteia, iar în conformitate cu dispozițiile art. 94¹ alin. (2) teza a II-a din Legea nr. 302/2004, în cazul în care persoana solicitată consimte la predare, hotărârea este definitivă.

Prin urmare, recursul declarat împotriva hotărârii prin care, luând act de consimțământul persoanei solicitate la predare, instanța dispune atât arestarea, cât și predarea, este inadmisibil, inclusiv în ceea ce privește controlul judiciar asupra arestării persoanei solicitate. Arestarea persoanei solicitate, în aceste condiții, nu poate forma obiectul controlului judiciar distinct, întrucât arestarea și predarea se dispun în scopul executării mandatului european de arestare și au un caracter subsecvent consimțământului dat.

²⁰ art. 99 din Legea nr. 302/2004

²¹ I.C.C.J., Secția penală, decizia nr. 317 din 29 ianuarie 2009, <http://www.scj.ro/SP%20jurisprudenta.asp>

Referitor tot la procedura de executare a mandatului european de arestare de către instanțele de judecată române, Înalta Curte de Casație și Justiție a apreciat că²² în conformitate cu prevederile art. 87 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 302/2004, dacă mandatul european de arestare a fost emis în scopul executării unei pedepse aplicate printr-o hotărâre pronunțată în lipsă sau dacă persoana în cauză nu a fost legal citată cu privire la data și locul ședinței de judecată care a condus la hotărârea pronunțată în lipsă, autoritatea judiciară emitentă va da o asigurare considerată suficientă care să garanteze persoanei care face obiectul mandatului european de arestare că va avea posibilitatea să obțină rejudecarea cauzei în statul membru emitent, în prezența sa.

Aplicarea principiului „*ne bis in idem*”, potrivit căruia nicio persoană nu poate să fie judecată de două ori pentru aceeași faptă, nu exclude rejudecarea cauzei privitoare la persoana condamnată în lipsă și, prin urmare, în cazul în care autoritatea judiciară emitentă comunică instanței de judecată române atât informații referitoare la reglementarea principiului „*ne bis in idem*”, cât și la reglementarea posibilității persoanei condamnate în lipsă de a obține rejudecarea cauzei în statul membru emitent, cerința prevăzută în art. 87 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 302/2004 este îndeplinită.

Într-o altă cauză, luând în considerare faptul că potrivit art. 77 alin. (2) din Legea nr. 302/2004, mandatul european de arestare se execută pe baza principiului recunoașterii și încrederii reciproce, în conformitate cu dispozițiile Deciziei-cadru a Consiliului nr. 2002/584/JAI din 13 iunie 2002, instanța supremă a reținut că²³ în raport cu textul de lege menționat, precum și cu celelalte prevederi din Legea nr. 302/2004 care reglementează mandatul european de arestare, instanța română, ca autoritate judiciară de executare, nu are competența de a verifica temeinicia măsurii arestării preventive dispuse de autoritatea judiciară emitentă dintr-un stat membru al Uniunii Europene și nu poate constata că arestarea persoanei solicitate este dispusă de către autoritățile competente din statul membru al Uniunii Europene emitent cu încălcarea art. 5 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, cu consecința luării față de persoana solicitată, prin încheiere motivată, a unei măsuri preventive neprivative de libertate.

Înalta Curte de Casație și Justiție a hotărât că, în cazul în care informațiile comunicate de statul membru emitent sunt insuficiente, instanța are obligația de a solicita acestuia informații suplimentare, necesare pentru a permite luarea unei hotărâri privind predarea, fără însă ca necesitatea comunicării informațiilor suplimentare să împiedice, însă, punerea în executare a mandatului european de arestare în condițiile prevăzute în art. 89 din Legea nr. 302/2004.

Instanța supremă s-a pronunțat și asupra regulilor de drept procesual penal care guvernează publicitatea procedurilor judiciare efectuate în cursul executării mandatului european de arestare, respectiv asupra caracterului public al ședințelor de judecată²⁴.

Astfel, Înalta Curte de Casație și Justiție a reținut că, în conformitate cu dispozițiile art. 90 alin. (14) din Legea nr. 302/2004, astfel cum a fost modificată și completată prin Legea nr. 222/2008, în procedura de executare a mandatului european de arestare, ședința de judecată este publică, afară de cazul în care, la cererea procurorului, a persoanei solicitate sau din oficiu, judecătorul apreciază că se impune judecarea cauzei în ședință secretă. Dispozițiile art. 90 alin. (14) din legea menționată sunt aplicabile atât în cazul în care mandatul european de arestare este emis în scopul efectuării urmăririi penale, cât și în cazul în care acesta este emis în scopul judecării sau executării unei pedepse ori a unei măsuri de siguranță privative de libertate.

Prevederile art. 146 alin. (4) din Codul de procedură penală referitoare la soluționarea propunerii de arestare preventivă în camera de consiliu, în cursul urmăririi penale, nu sunt aplicabile în temeiul art. 7 din Legea nr. 302/2004 în cazul mandatului european de arestare emis

²² I.C.C.J., Secția penală, decizia nr. 1118 din 26 martie 2008, <http://www.scj.ro/SP%20jurisprudenta.asp>

²³ I.C.C.J., Secția penală, decizia nr. 581 din 18 februarie 2008, <http://www.scj.ro/SP%20jurisprudenta.asp>

²⁴ I.C.C.J., Secția penală, decizia nr. 586 din 18 februarie 2009, <http://www.scj.ro/SP%20jurisprudenta.asp>

în scopul efectuării urmăririi penale, întrucât, conform art. 7 din Legea nr. 302/2004, cererile adresate autorităților române în domeniile reglementate de această lege se îndeplinesc potrivit normelor române de drept procesual penal, numai dacă prin legea specială privind cooperarea judiciară internațională în materie penală nu se prevede altfel, iar art. 90 alin. (14) din Legea nr. 302/2004 prevede explicit că ședința de judecată este publică.

Referitor la motivul de refuz al executării mandatului european de arestare prevăzut în art. 88 alin. (2) lit. c¹) din Legea nr. 302/2004 și la termenul de transmitere a unei copii certificate a hotărârii de condamnare și a oricăror alte informații necesare, instanța supremă a reținut că²⁵, în conformitate cu art. 88 alin. (2) lit. c¹) din Legea nr. 302/2004, modificată prin Legea nr. 222/2008, autoritatea judiciară română de executare poate refuza executarea mandatului european de arestare, în cazul în care acesta a fost emis în scopul executării unei pedepse cu închisoarea sau a unei măsuri de siguranță privative de libertate, dacă persoana solicitată este cetățean român și declară că refuză să execute pedeapsa ori măsura de siguranță în statul membru emitent. În acest caz, potrivit art. 88 alin. (3) din Legea nr. 302/2004, autoritatea judiciară română de executare solicită autorității judiciare de emitere transmiterea unei copii certificate a hotărârii de condamnare, precum și orice alte informații necesare, în vederea recunoașterii hotărârii penale străine de condamnare pe cale incidentală.

Totodată, Înalta Curte de Casație și Justiție a hotărât că în eventualitatea în care autoritatea judiciară de emitere nu transmite o copie certificată a hotărârii de condamnare și orice alte informații necesare, solicitate în vederea recunoașterii hotărârii penale străine de condamnare pe cale incidentală, în termenul de 20 de zile prevăzut în art. 88 alin. (4) din Legea nr. 302/2004, autoritatea judiciară română de executare va refuza executarea mandatului european de arestare.

Termenul de 20 de zile prevăzut în art. 88 alin. (4) din Legea nr. 302/2004, fiind un termen procedural, se calculează conform dispozițiilor art. 186 alin. (2) din Codul de procedură penală și, prin urmare, la calcularea sa nu se socotește ziua de la care începe să curgă termenul și nici ziua în care acesta se împlinește, întrucât așa cum rezultă din dispozițiile art. 186 alin. (4) din Codul de procedură penală, termenul pe zile expiră la sfârșitul zilei în care se împlinește.

Legat tot de procedura de executare a mandatului european de arestare, Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat²⁶ că dacă instanța a respins cererea apărătorului ales de amânare a judecării cauzei și a desemnat un apărător din oficiu, procedând la judecarea cauzei și pronunțarea hotărârii cu privire la executarea mandatului european de arestare, instanța a încălcat dreptul la apărare al persoanei solicitate, garantat de art. 24 din Constituție, art. 6 din Codul de procedură penală și art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, întrucât simpla desemnare a unui apărător din oficiu, fără a-i da acestuia posibilitatea efectivă de a studia actele dosarului, nu conduce la îndeplinirea obligației de asigurare a asistenței juridice și constituie o lipsire a persoanei solicitate de o apărare efectivă, de natură a încălca dreptul la apărare al acesteia.

În aceeași materie, a executării mandatului european de arestare, instanța supremă a stabilit că²⁷, potrivit art. 90 alin. (8) din Legea nr. 302/2004, astfel cum a fost modificată și completată prin Legea nr. 222/2008, în procedura de executare a mandatului european de arestare, dacă persoana solicitată nu consimte la predare, iar judecătorul apreciază necesar să acorde un termen pentru luarea unei hotărâri cu privire la predare, arestarea persoanei solicitate se dispune prin încheiere motivată.

În raport cu termenii imperativi folosiți de legiuitor, judecătorul nu poate opta între măsura arestării și o măsură preventivă neprivativă de libertate, arestarea persoanei solicitate impunându-se, dacă se constată că mandatul european de arestare întrunește formal condițiile prevăzute de lege pentru a fi executat.

²⁵ I.C.C.J., Secția penală, decizia nr. 3436 din 26 octombrie 2009, <http://www.scj.ro/SP%20jurisprudenta.asp>

²⁶ I.C.C.J., Secția penală, decizia nr. 945 din 14 martie 2008, <http://www.scj.ro/SP%20jurisprudenta.asp>

²⁷ I.C.C.J., Secția penală, decizia nr. 4214 din 22 decembrie 2008, <http://www.scj.ro/SP%20jurisprudenta.asp>

Art. 90 alin. (11) din aceeași lege reglementează posibilitatea luării față de persoana solicitată a măsurii obligării de a nu părăsi localitatea, potrivit art. 145 din Codul de procedură penală, însă numai în cazul în care persoana solicitată este pusă în libertate, ulterior privării inițiale de libertate, pe parcursul procedurii de executare a mandatului european de arestare.

Cât privește cazul în care persoana solicitată nu consimte la predare și invocă o împrejurare care constituie motiv de refuz al executării - cum este cercetarea sa în stare de arest în România pentru faptele menționate în mandatul european de arestare -, iar la dosar există date care confirmă cu un grad ridicat de probabilitate existența motivului de refuz, întrunirea condițiilor de formă ale mandatului european de arestare nu este suficientă pentru arestarea persoanei solicitate, chiar dacă stabilirea cu certitudine a incidenței motivului de refuz necesită demersuri suplimentare. În acest caz, judecătorul nu va putea lua nicio măsură preventivă, privativă sau neprivativă de libertate, urmând ca prin hotărârea cu privire la fondul cauzei, dacă va dispune executarea mandatului european de arestare, să se pronunțe și cu privire la arestarea persoanei solicitate în vederea predării sale către autoritatea judiciară emitentă.

Referitor la emiterea mandatului european de arestare, Înalta Curte de Casație și Justiție a reținut că²⁸, în conformitate cu prevederile art. 81 alin. (1) din Legea nr. 302/2004, instanța română competentă să emită mandatul european de arestare este instanța care a emis mandatul de arestare preventivă în cursul urmăririi penale sau al judecării, dacă mandatul european de arestare se emite în vederea efectuării urmăririi penale ori a judecării, sau instanța de executare, dacă mandatul european de arestare se emite în vederea executării pedepsei.

În consecință, în cazul în care mandatul de arestare preventivă a fost emis în cursul urmăririi penale de către instanța competentă să judece cauza în primă instanță, care ulterior l-a condamnat pe inculpat, această instanță este competentă să emită mandatul european de arestare, chiar dacă la momentul emiterii unui astfel de mandat cauza se află în cursul judecării în apel.

Cât privește jurisprudența instanțelor comunitare referitoare la executarea mandatului european de arestare, Curtea de Justiție a Comunităților Europene s-a pronunțat²⁹ în legătură cu tratamentul diferențiat pentru proprii resortisanți referitor la executarea mandatului european de arestare.

Astfel, Curtea a examinat, în temeiul articolului 12 din Tratatul de instituire a Comunității Europene (versiune consolidată la Nisa) și care consacră principiul nediscriminării, compatibilitatea legislației olandeze, care prevede un tratament diferențiat al resortisanților altor state membre ce nu au avut reședința timp de cinci ani pe teritoriul olandez în raport cu tratamentul aplicat propriilor resortisanți.

Curtea a reiterat faptul că mandatul european de arestare se bazează pe principiul recunoașterii reciproce și că, deși, în general, statele membre sunt obligate să dea curs unei cereri care provine de la o autoritate judiciară a unui alt stat membru, acestea dispun, în cadrul punerii în aplicare a motivelor de neexecutare facultativă, de o marjă certă de apreciere.

Pentru a fi compatibil cu dreptul comunitar, tratamentul diferențiat aplicat resortisanților trebuie să fie justificat în mod obiectiv, să fie proporțional cu obiectivul urmărit și să nu depășească ceea ce este necesar pentru atingerea acestuia din urmă.

Curtea a considerat că motivul de neexecutare facultativă are ca scop în special să permită acordarea unei importanțe deosebite posibilității de a crește șansele de reinserție socială a persoanei căutate după executarea pedepsei.

În consecință, Curtea a apreciat că este legitim ca statul membru de executare să nu urmărească un astfel de obiectiv decât în ceea ce privește persoanele care au demonstrat un anumit grad de integrare în societatea din statul membru respectiv. În speță, singura condiție referitoare la

²⁸ I.C.C.J., Secția penală, încheierea nr. 1054 din 2 iunie 2008, <http://www.scj.ro/SP%20jurisprudenta.asp>

²⁹ Hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene, pronunțată în dosarul C-123/08, Dominic Wolzenburg, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/_6/

proprii resortisanți, cea a cetățeniei, pe de o parte, și condiția privind reședința neîntreruptă pe o durată de cinci ani pentru resortisanții altor state membre, pe de altă parte, pot fi considerate de natură a garanta că persoana căutată este suficient de integrată în statul membru de executare.

III. Concluzii

Mandatul european de arestare este unul dintre cele mai eficiente instrumente juridice prin intermediul cărora se realizează cooperarea judiciară internațională în materie penală și presupune o schimbare radicală raportat la vechiul sistem de extrădare, întrucât a instituit un sistem funcțional de predare în cadrul spațiului de libertate, securitate și justiție, cu impact, în special, asupra procedurilor, termenelor și motivelor de nepredare a unei persoane, creând un efect uniform în întreaga Uniune Europeană.

În cadrul acestui context mai larg, al cooperării judiciare internaționale în materie penală, mandatul european de arestare reflectă o filozofie de integrare într-un spațiu judiciar comun și implică un nou model de cooperare bazat pe încredere reciprocă între statele membre, având ca fundament creșterea încrederii reciproce și recunoașterea procedurilor judiciare instrumentate în cursul proceselor penale sau a hotărârilor pronunțate în alte state, prin simplificarea sau eliminarea procedurilor de recunoaștere sau punere în executare a acestora³⁰.

Prin urmare, mandatul european de arestare are meritul de a putea fi utilizat în mod eficient, efectiv și proporțional ca un instrument pentru prevenirea și sancționarea infracțiunilor, garantând, în același timp, drepturile fundamentale ale suspectilor și ale persoanelor condamnate.

Referințe bibliografice

1. BORGERS Matthias J., 2007, *Implementarea deciziilor cadru* în Common Market Law Review no. 5/2007: 1361-1386
2. Decizia-cadru a Consiliului 2002/584/JAI din 13 iunie 2002 privind mandatul european de arestare și procedurile de predare între statele membre, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene Nr. L 190 din 18 iulie 2002
3. Decizia-cadru JAI nr. 299 din 26 februarie 2009 de modificare a Deciziilor-cadru 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI și 2008/947/JAI, de consolidare a drepturilor procedurale ale persoanelor și de încurajare a aplicării principiului recunoașterii reciproce cu privire la deciziile pronunțate în absența persoanei în cauză de la proces, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 81 din 27 martie 2009
4. DONNELLY Bernard, 2008, *Justiția și afacerile interne în tratatul de la Lisabona: o clarificare constituțională?* în Eipascope 2008/1
5. ELSEN Charles, 2007, *De la Maastricht la Haga: politica cooperării judiciare și polițienești*, în ERA Forum no. 8/2007: 13-26
6. GAY Corinne, 2006, *Mandatul European de Arestare și aplicarea sa de către Statele Membre*, în European Issues no.16/January 2006
7. Legea nr. 302 din 28 iunie 2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, cu modificările și completările ulterioare, publicată în Monitorul Oficial Nr. 594 din 1 iulie 2004
8. PĂTRĂUȘ Mihaela, 2008, *Reflecții privind mandatul european de arestare* în Annales Universitatis Apulensis, Revista Drept-Series Jurisprudentia nr.10/2008: 286-296
9. POPESCU, Mirela Sorina, GĂLĂȚANU, Cristian-Gheorghe, 2009, *Cooperarea judiciară internațională în materie penală. Recunoașterea hotărârilor judecătorești*, Revista de Drept Penal. Serie nouă nr.2/2009: 109 – 117

³⁰ POPESCU, Mirela Sorina, GĂLĂȚANU, Cristian-Gheorghe, 2009, *Cooperarea judiciară internațională în materie penală. Recunoașterea hotărârilor judecătorești*, Revista de Drept Penal. Serie nouă nr.2/2009:109 - 117

10. SIEGEL Scott, 2008, *Instanțele judecătorești și conformitatea în Uniunea Europeană: Mandatul European de Arestare în curțile constituționale naționale* în Jean Monnet Working Paper no. 5/2008

11. Tratat din 25 martie 1957 privind funcționarea Uniunii Europene, versiunea consolidată, publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. C 115 din 9 mai 2008

12. Tratat din 25 martie 1957 de instituire a Comunității Europene, versiunea consolidată, publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. C 321 E din 29 decembrie 2006

13. Tratat din 7 februarie 1992 privind Uniunea Europeană (Tratatul de la Maastricht) , Versiune consolidată, publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. C 115 din 9 mai 2008

14. Tratat din 2 octombrie 1997 de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană, a Tratatelor de instituire a Comunităților Europene și a altor acte conexe (Tratatul de la Amsterdam) publicat în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene nr. C 340 din 11 noiembrie 1997

15. Tratat din 13 decembrie 2007 de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene (Tratatul de la Lisabona), publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. C 306 din 17 decembrie 2007

LEGAL COUNSELLING FOR THE SELLING FOR THE DEFENDANT OR THE CULPRIT DURING CRIMINAL PURSUIT OR JUDGEMENT STAGE

ADRIAN BENDEAC*

Keywords: *legal counselling, defendant, culprit, criminal pursuit*

1. Introduction

As a principle, legal counselling of parties during the criminal trial is optional meaning that the interested parties are left to decide whether they choose to be granted legal counselling or not.

There are, nevertheless, some exceptions to the rule specified above, whereby legal counselling is compulsory by law.

We understand by legal counselling the support that defenders (attorneys-at-law) give to the parties within the criminal trial by their explanations, advice and interventions¹ as specialists in law. For the case of legal counselling, the defender concluded in the presence of the party whose interests he is defending.

The profession of an attorney-at-law is considered in the specialized literature as being, no doubt about it, the oldest legal profession, going back in the Roman era, originating from the old patricians, who wanted to defend and protect their clientele².

One of the first Romanian Criminal Procedure Treaties stated that “considering its role and importance, the defence was and it still is considered as a real public interest institution, equal in importance with the Public Ministry. It is beyond any doubt that the role of the defence is as important and noble as that of the prosecution. Our society is interested that both these offices should participate in the serving of the justice. To provide equality of rights and guarantees for these institutions is to accomplish all the most instrumental and the healthiest possible conditions for the making of justice”³.

According to provisions of art. 91 of the Legal Profession Statutes “an attorney provides counselling and representation before courts of law, criminal prosecutor bodies, jurisdictional authorities, public notaries, court bailiffs, public administrations, institutions and other legal persons, in order to defend and represent by specific legal means the legitimate rights, interests and freedoms of individuals. The counselling and the representation of the client comprise all the deeds, means and operations permitted by the law and necessary for protecting and defending the interests of the client.”

According to art. 1.1. of the Code of Conduct for European Lawyers issued by the Council of Bars and Law Societies of Europe – CCBE “In a society founded on respect for the rule of law the lawyer fulfils a special role. The lawyer’s duties do not begin and end with the faithful performance of what he or she is instructed to do so far as the law permits. A lawyer must serve

* Attorney-at-law, Ph.D. candidate, Faculty of Law, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: adrianbendeac@yahoo.com).

¹ O. Stoica, The Role of the Attorney-at-law in the Accomplishment of the Citizens’ Right to Defence, in R.R.D. no. 3/1972, pages 111-112; in the same regard Ion Neagu, Treatise on Criminal Procedure – General Part Universul Juridic Lex Publishing House, Bucharest, 2008, p. 236.

² Ligia Danila, Organization and Practice the Attorney-at-law Profession, Lumina Lex Publishing House, 1999, p. 7.

³ Ion Tanoviceanu, Treatise on Law and Criminal Procedure, second edition, revised and completed, Judiciary Printing House, Bucharest, 1927, p.8.

the interests of justice as well as those whose rights and liberties he or she is trusted to assert and defend and it is the lawyer's duty not only to plead the client's cause but to be the client's adviser."

Legal counselling can be granted only by attorneys⁴. According to provisions of art. 3 paragraph 2 of the Lawyer Profession Statutes, "The attorney profession may exercised only by the attorney registered in the List of Chartered Attorneys issued by the bar association they belong to"; also, according to provisions of paragraph 4 „Provision of attorney services is forbidden to any individual who is not an attorney registered with a bar association and listed on the Bar Associations' List of Chartered Attorneys and to any other legal person, except for limited liability law practices⁵."

Legal counselling granted by a person that has not the qualification to be an attorney under the conditions of the Law no. 51/1995 and, all the same, is not a member of a bar constituted under the meaning of this law means that the defender is missing and implies the cancellation of the legal action. In order to enforce the principle of the equality of the rights of all citizens to a fair trial, the law has warranted the right to defence under legal procedural rules (art. 171 - 174 of the Criminal Procedure Code), whereby any person with specialized legal knowledge, generically referred to as defender, may provide legal counselling to the participants in the criminal trial or represent them, either hired or appointed ex officio, under the conditions of the law. The role of the defender is to prevent any mistake or violation of law by the judicial bodies⁶.

The Constitutional Court's ruling on this matter has supported this same idea under Decision no. 150 as of February 10th 2009, published in the Official Gazette of Romania, 1st Part, no. 152 as of March 11th 2009, as 'In the law maker's opinion, law practice is a public service, which is organized and operates based on a specific law, and the attorney profession can be exercised by a professional body selected and operating according to regulations established by the law. [...] This option of the law maker cannot be considered as unconstitutional, insofar as a legal practice's purpose is to provide qualified legal counselling and the norms based on which it operates do not contravene the constitutional principles."

The legitimacy of this institution is in a close connection to the right to defence as enshrined by a number of specific laws⁷.

⁴ Vintila Dongoroz, Siegfried Kahane, George Antoniu, Constantin Bulai, Nicoleta Iliescu, Rodica Stanoiu, Theoretical Explanations of the Romanian Criminal Procedure Code. General Part, vol. I, Academie Publishing House, Bucharest, 1975, p.351; in the same regard, O.Stoica, the book we referred to, p. 113 and Ion Neagu the book we referred to, p. 236.

⁵ See Decision no. 1401 as of November 3rd 2009 of the Constitutional Court published in the Official Gazette, 1st Part no. 855 as of December 9th 2009 concerning the rejection of the unconstitutional exception of provisions art. 3 line (4) of Attorney-at-law condition as of 2004 – as being unacceptable.

⁶ Out of the motivation of the Appeal in the law spirit concerning the criminal trial procedures concerning the defence right under the situation that the parties were assisted or represented by persons that are not attorneys-at-law under the conditions of Law no. 51/1995 – No.27572/953/2006 promoted by the Prosecutor's Office ICCJ – admitted by the decision no. XXVII as of 6th April 2007 by the High Court of Cassation and Justice .

⁷ - art. 6 Criminal Procedure Code: (1) The right to be defended is granted to the defendant, culprit and other parties during the criminal trial. (2) During the criminal trial, legal offices have the obligation to provide for the parties full exercise of the process rights under the conditions provided by the law and to administrate the evidence necessary in the defence... (4) Any party has the right to be assisted by a defender during the criminal trial; - art. 24 of Romanian Constitution: (1) The right of defence is granted. (2) During the criminal trial, parties have the right to be assisted by an attorney, especially on appointed; - art. 15 of Law no. 304/2004 concerning judicial organization: The right of defence is granted. During the criminal trial, parties have the right to be represented or, as the case may be, assisted by a defender, chosen or appointed, according to the law.

2. Types of legal counselling

As a principle, legal counselling of parties during the criminal trial is optional⁸ (voluntary), meaning that the interested parties are left to decide whether they choose to be granted legal counselling or not.

There are, nevertheless, some exceptions to the rule specified above, whereby legal counselling is compulsory by law⁹.

Seen from the perspective, legal counselling may be official counselling, when the defence counsel is appointed ex officio by the judiciary, and unofficial, when the defence counsel is chosen by the parties in the law suit¹⁰.

Thus, the counselling can be provided either at the choice of the defendant or his relatives, or by appointment ex officio of a defence counsel¹¹.

Taking into account the nature of the relationship between the defender and the defended party and the confidentiality nature of these relationships, the interested parties must have the possibility to hire a defender of their choice. The counselling of the party by a defender willingly hired by the party to be defended in court cannot be but an *intuitu personae* act of choice¹².

2. 1. Optional legal counselling

Concerning legal counselling of the accused or of the defendant, the law¹³ regulates in extenso the issues regarding when such form of counselling should be provided. Thus, in art. 171 (1) the law stipulates that the accused or the defendant has the right to be assisted by a defender during the criminal prosecution and during trial, and that the law enforcement bodies have the obligation to inform him or her about this right. In the previous regulation¹⁴, the provisions of art. 171 para. 1 were similar, except that they were not providing the obligation of law enforcement bodies to inform the accused or the defendant on the existence of such right¹⁵.

The interested party participating in the criminal law suit has the possibility to exercise his or her right to defence as he or she may deem fit. According to this rule, the party wishing to be assisted in the trial may choose an attorney in defend him / her in court¹⁶.

According to provisions of art. 113 para. 1 of the Lawyer Profession Statutes, 'the right of the attorney to assist, represent or exercise any another activities specifically related to his/her profession arises under legal counselling agreement concluded in writing between the attorney and the client or his/her representative.'

These activities, in the case of optional legal counselling (voluntary), make the subject of the legal counselling agreement concluded between the attorney and the client and become binding on the attorney. Legal counselling, in our opinion, does not cover the representation, because, without a representation mandate, the attorney cannot perform the activities specifically related to

⁸ Gheorghita Mateut, *The Defender, subject of the criminal process, as further amended* (II), in Dr. no. 6/1996, pages 33-34; in the same regard, Ion Neagu the book we referred to, p. 236.

⁹ Ion Neagu the book we referred to, p. 236.

¹⁰ Gheorghe Nistoreanu, Mihai Apetrei and Laurentiu Nae – *Legal counselling in criminal trial*, Internal Affairs Ministry Publishing House, 1993, p. 57.

¹¹ Ion Tanoviceanu, *Law and criminal procedure treaty*, second edition, revised and completed, Curierul Judiciar Printing House, Bucharest, 1927, p.9.

¹² Nicolae Volonciu, *Criminal Procedure Treaty*, general part, vol. I, Paideia Publishing House, Bucharest, 1993, p. 20.

¹³ *Criminal Procedure Code*, republished in the Official Gazette no. 78 as of April 30th 1997 as further amended and completed.

¹⁴ In the previous elaboration of art. 171 line 1 it is indicated that "the defendant or the culprit has the right to be assisted by a defender during the criminal trial."

¹⁵ Ion Neagu the book we referred to, p. 237.

¹⁶ Gh. Mateut, the book we referred to (II), p. 34; in the same regard also see Ion Neagu the book we referred to, p. 237.

his or her profession in the absence of the accused or of the defendant and without the consent thereof. Thus, under the circumstances, where the case file contains a power of attorney establishing only the right of the attorney concerned to provide legal counselling to the accused or the defendant, even if the proceedings to be initiated are not of a personal nature (hearing or the confrontation of the accused /defendant), the presence per se of the attorney cannot be deemed as a representation of the accused / defendant.

Likewise, when the defence counsel is present to debates or to the ruling, but the defended party is missing from both these proceedings, the term of the appeal runs starting from the date of the writ of summons has been served to the interested party, and not from the date of court ruling in the case¹⁷.

Optional legal counselling is provided for a fee to be mutually agreed upon between the client or his/her representative. The success fee is not allowed in criminal cases, unless it is connected to the civil aspects of the matter¹⁸.

In order to take advantage of the possibility to be assisted by an attorney, the interested party may request the court to postpone the ruling, to allow the party to hire a defender¹⁹.

The case law²⁰ as until the amendments brought to Law no. 356/2006 specified that, should the case file contain a power of attorney for a hired defence counsel chosen by the interested party, then the court of law cannot proceed to the judgment of the case in the absence of the counsel concerned, even if the legal counselling has actually been provided to the party in the law suit by an attorney appointed ex officio to act as the counsel of the defence²¹.

These solutions, taking into account the present content of art. 171 para. 4¹, are no longer possible. Thus, according to the legal text invoked herein, when legal counselling is compulsory, if the chosen defender does not participate for unjustified reasons to the criminal prosecution act or fails to appear in court on the established term without providing for a replacement, or leaves or refuses to provide the defence, the judiciary body shall have to arrange for the appointment of an ex officio counsel of defence, to replace hired defender, allowing the latter the time needed to prepare the defence. During the trial, after the debates have commenced and provided that circumstances described above remain unchanged, the judiciary body may order replacement of the chosen defender with an ex officio defence counsel, allowing the latter a minimum of 3 days to prepare the defence²².

Per a contrario, according to art. 172 line 1, in the case of optional legal counselling, when normally the presence in person of the accused or the defendant is not compulsory, the absence, whether justified or not, of the defender chosen by the accused or the defendant will not prevent the conducting of the criminal prosecution, provided only that the defender has been notified as to the date and time of the criminal proceedings in question..

In the trial stage, in case that the legal counselling is optional, if the defender chosen by the accused or the defendant is unreasonably missing and the party to be defended has been validly summoned under the conditions specified by law, the court may proceeded to rule in the case, and

¹⁷ Roman Pandects no. 6/2004, p. 48, Decision no. 1052 as of February 28th, 2003 of I.C.C.J., Criminal Department.

¹⁸ See also art. 134 line (6) of the Attorney-at-law condition.

¹⁹ Gh. Mateut, the book we referred to (II), p. 34; Bucharest Appeal Court, 2nd criminal department, December no. 328/1994, in Legal and criminal practice practical book for 1994 of Bucharest Appeal Court, with Notes by Vasile Papadopol, Continent XXI Publishing House, Bucharest 1995, p. 35.

²⁰ Ion Neagu the book we referred to, p. 237, Bucharest Municipality Court of Law, 1st criminal department, December no. 556/1992, with Note by V. Papadopol, in Legal and criminal practice practical book for 1992 of Bucharest Municipality Court of Law, Press and Publishing House ``Sansa`` SRL, Bucharest, 1993, pages 26-27.

²¹ Ion Neagu the book we referred to, p. 238, Bucharest Municipality Court of Law, 2nd criminal department, December No. 712/1991, with Note by V. Papadopol, in Legal and criminal practice practical book for 1991 of Bucharest Municipality Court of Law, Press and Publishing House ``Sansa`` SRL, Bucharest, 1992, pages 23-25.

²² Ion Neagu the book we referred to, p. 238.

the absence of the parties may not give grounds to the court to judge in the matter, according to art. 291 para. 1 and para 2.

Nevertheless, if the defender chosen by the accused or the defendant is absent from the proceedings for justified reasons, and case file contains a request for a deferral of the judgement to the end of the court session or a request for a continuance due to personal reasons (preparation of the defence, impossibility to attend due to medical reasons, holiday etc.) or even if there is no such request in the case file, the court may decide to leave the case for the end of the court session or may, in its discretion, establish a new term for the judgement of the case.

Should the court rejects as unsubstantiated such a request filed by the chosen defender of the accused or the defendant, or even in the absence of such request, the court shall have the obligation at the first call of the session to acknowledge the fact that the parties in the law suit are missing from the court, and may instruct and direct under the provisions of art. 104 line 13 of the Internal Regulation of courts of law, approved by HCSM no. 387/2005, published in Official Gazette, 1st Part, no. 958/2005, to leave the case file for the end of the court session, and, following a second call, to proceed according to procedural rules in force.

Thus, "in case that that defence counsel is hired by the defendant on the day of the trial, the court may not reject the defender's request for a postponement to the preparation of the defence, on the grounds that the defendant has already been granted a postponement to allow him /her to hire a defender. Under these circumstances, the refusal of the chosen defender to make his / her final arguments in court is deemed justified, and the appointment of a defence counsel ex officio does not meet the requirements regarding an effective defence of the defendant, the court sentence being, in this case, contrary to the law and therefore subject to the cancellation under art.385⁹ para. 1 point 17¹ of the Civil Procedure Code"²³.

2.2. Mandatory legal assistance

In some cases, the law provides for mandatory legal assistance of the accused of the defendant and of the other parties in a trial. Such legal provisions are a direct consequence of the idea according to which the defence is an institution of social interest, which operates not only in the interest of the defendant, but also for ensuring the proper management of the criminal law suit.

The cases when legal assistance is mandatory are a real and concrete warranty of the right to defence. In these cases, the absence of a counsel for the defence gives grounds for the revocation of the judgment.

Designation ex officio of a single counsel for the defence of several defendants having conflicting interests in the case equals with lack of defence for the parties concerned, where the legal counselling is required by law; that is why the sentence delivered under such circumstances shall be null and void²⁴.

Likewise, in cases where legal assistance is required by law, and the defendants concerned have obviously conflicting interests, the court must ensure their legal counselling by a counsel ex officio for each and every defendant; the appointment of one single counsel of defence for all the defendants showing conflicting interests is equal with lack of defence and gives grounds for the revocation of the judgment as null and void, as stipulated under art. 197 para. 2 C of the criminal procedure.²⁵

²³ Criminal decision no. 1962/16.04.2003 a C.P.S.J., criminal department, in the Jurisprudence Bulletin, Decision Practical Book for 2003 of I.C.C.J., All Beck Publishing House, Bucharest 2005, pages 743-744.

²⁴ (Supremen Court, criminal division, Dec. nr. 590/1976, R.R.D. nr. 9/1976, p. 65) - Nicolae Volonciu, Criminal Procedure Law Vol. I, Bucharest, 1987, p. 123; idem Vasile Papadopol and Mihai Popovici, Alphabetical List of Law Cases in Criminal Matters 1976-1980, Science and Encyclopedic Publishing House, Bucharest, 1982, p. 35.

²⁵ Tulcea Court of Law, penal ruling no. 53/1978, Vasile Papadopol and Mihai Popovici, Alphabetical List of Law Cases in Criminal Matters 1976-1980, Science and Encyclopedic Publishing House, Bucharest, 1982, p. 37;

If, however, the defendants having conflicting interests in a law suit hire the same counsel of defence, the court cannot censor such option, because the court's interference in this case would be deemed as a violation of the right to defence. The court has the possibility and the obligation to take into account of the contradicting interests of the parties only when appointing a counsel *ex officio*, who may in no case be the same for all the parties involved²⁶.

Legal assistance is designed in certain circumstances to safeguard the defendant's right to defence, protecting him against the risk of resolution of the criminal case without the help and assistance of a qualified defender²⁷.

When legal assistance is mandatory, the defendant cannot be tried in the absence of a counsel of defence²⁸.

In the past, archaic concepts were denying the need for defence, erroneously stating that "either the accused is guilty and, as a result, he or she does not need a defender, or the defendant is guilty, in which case the defence is no longer necessary."²⁹

The Constitutional Court found that the right to defence cannot be confused with the right to mandatory legal counselling, since the former is guaranteed in all the cases, while the latter is enforced by the law maker, which also establishes the instances when this latter right should be exercised. Because the Fundamental Law guarantees the right to defence, but not the right to mandatory legal counselling, the Court held that determination of the cases in which the latter becomes mandatory should be established exclusively by the legislator³⁰.

The Court also held that the right to defence refers to voluntary juridical assistance, and that exceptions to this rule may be established solely by the legislature. In cases where the law provides for mandatory legal assistance of the accused or the defendant, the defence acts as a social assistance institution, which works both in favour of the accused or the defendant, and in favour of ensuring the smooth running of the criminal trial, in consideration of some special situations as specified by the law³¹.

The scope of mandatory legal counselling of the accused or the defendant as stipulated under the Criminal Procedure Code in force as of January 1, 1969 was extended by the provisions of Law no. 32/1990. The Law no. 51/1995, republished, has also brought substantive changes to the provisions governing mandatory legal assistance. The latest changes were introduced by the Law no. 356/2006. Thus, according to the new provisions of art. 171 para. 2, legal counselling is mandatory when the defendant is a minor, or an intern of a rehabilitation centre or of an educational medical institution, when the defendant is detained or arrested in another case, when the defendant is subject to a security order for his or her hospitalization or placement under, or even in cases when the criminal investigation body or the court considers that the accused or the defendant is incapable to defend himself / herself, as well as in other cases stipulated by law.

see also Decision no. 1555 din 11.04.2000 a C.S.J., Criminal Division, published by Gabriel Ionescu, Iosif Ionescu, Law issues from the Supreme Court Case Law in Criminal Matters, 1990-2000, Juris Argessis Publishing House, Bucharest, p.618 .

²⁶ Decision no. 1893 of 02.09.1997 delivered by de C.S.J., Criminal Division, published in Gabriel Ionescu, Iosif Ionescu, Law issues from the Supreme Court Case Law in Criminal Matters, 1990-2000, Juris Argessis Publishing House, Bucharest,, p.619.

²⁷ Nicolae Volonciu, Criminal Procedure Law, General Part, Didactic and Pedagogic Printing House, Bucharest, 1972, p. 63.

²⁸ Supreme Court Decision no. 18/1960, Decision Omnibus, 1960, p. 57.

²⁹ N. Volonciu, Criminal Procedure Law, General Part, Didactic and Pedagogic Printing House, Bucharest, 1972, p. 59

³⁰ Constitutional Court Decision no. 7/2000 – Geanina Anemona Cudritescu, Code of Criminal Procedure and Related Laws, C.H. Beck Printing House, Bucharest,, 2007, p. 162. see also the final Decision of the Court no. 916 of December 14 2006, published in M. Of. Nr. 50 din 23 January 2007.

³¹ Constitutional Court Decision no. 533/2005, Code of Criminal Procedure and Related Laws, C.H. Beck Printing House, Bucharest, 2007, p. 162.

During the trial as such, legal counselling is also mandatory there where the crime committed is punishable by life imprisonment or by imprisonment of 5 years or more.

The comparative analysis of this legal text reveals that mandatory legal assistance is insufficiently regulated under the initial version of the Criminal Procedure Code, and the issue has been more extensively covered by the Law no. 32/1990 and the Law no. 281/2003. At the same time, however, in the Law no. 356/2006 we witness a reduction in the cases where legal assistance is mandatory, by elimination from the art. 171 para. 2 of the provisions regarding the accused or defendant who are conscripts, short-term military, concentrated or mobilized reservist or a student of a military educational institution. The new provisions are in part justified by the modification in the legal regime of the compulsory military service. One can also notice, on other hand, the introduction of new legal assumptions, which take account of the limitation of the freedom of movement of the accused or defendant against whom the security hospitalization measure has been ordered. Also, the legislator, acting reasonably, has considered application of the mandatory legal counselling counsel in the case where a safety measure of placement under medical treatment was taken against the accused or the defendant, taking account of his /her poor physical, which might prevent the accused or the defendant for the exercise of his / her right to defence.

The situations when the legal counselling of the accused or of the defendant is mandatory throughout the entire criminal proceedings can be grouped into the following five categories: 1) when the accused /defendant is a minor, 2) when against the accused or the defendant there is an order of detention, preventive arrest, hospitalization or placement under medical treatment, even if in a different case file, or when he /she is placed in a rehabilitation centre or an educational medical institution, 3) when the criminal investigation body or the court considers that the accused or the defendant is unable to defend himself /herself, 4) the law punished the crime committed by life imprisonment or imprisonment of 5 years or more, 5) and any other cases as stipulated by law.

In light of the provisions of the Criminal Procedure Code (Art. 171 para. 2 and 3) legal counselling is mandatory throughout the entire course of the criminal proceedings:

a) when the defendant is a minor;

The obligation to grant legal counselling remains in force throughout the criminal investigation, as long as the defendant is still a minor. Legal assistance is mandatory both during the trial in the first instance and during the appeal, unless the minor has reached adulthood at the time when the case is filed to the court. In other words, legal assistance is mandatory during the trial, provided only that the accused or the defendant was a minor when the case was brought to court, even if, later on, in the course of the trial proceedings, he / she becomes of age (art. 483 para. 2).

Also, if the defendant, who was a minor at the time of committing the crime, becomes of age at any time during trial, the trial will be held in a non-public session³².

Considering the young age of a minor accused or defendant, when he or she is under 16 years old during any of his her court hearing or confrontation, if the criminal investigation body deems necessary, it shall serve a supine to the Probation Service from the juvenile place of domicile and to his /her parents and, where appropriate, to his /her trustee or legal guardian under whose care the juvenile defendant is placed (art. 481 para. 1).

Judiciary practice held that any breach in the legal provisions regarding the legal assistance of juvenile defendant at the presentation of the criminal investigation material is sanctioned by absolute nullity and results into returning of the case to the prosecutor for the re-initiation of the criminal investigations.

Proceedings in an offense committed by a juvenile delinquent shall be held in his / her presence, except when the juvenile circumvents the trial (art. 484 para. 1). Breach in this rule is deemed as a violation of the legal provisions governing criminal proceedings, and the act will be

³² Decision no. 31/2008 M.Of. no 204/31.03.2009 ICCJ, Unit Departments

relatively null and void according to art. 197 para. 1. Thus, if the juvenile accused is tried by the court of appeal in his / her absence, in spite of evidence being brought to court that the defendant could not appear in court due to his /her poor health condition, and the appointment of a counsel ex officio, in disregard of the defendant's seeking for a postponement of the trial to allow him /her to hire a defender instead of the ex officio counsel, who has meanwhile deceased, is deemed a violation under art. 484 para. 1 and art. 171 para. 2 and para. 4 of the Criminal Procedure Code³³.

According to art. 483 para. 1 of the Criminal Procedure Code, and art. 16 of Law 92/1992 on the judiciary organization, the cases involving a juvenile defendant shall be judged according to the ordinary rules of jurisdiction, by judges appointed by the Minister of Justice. The case law holds that violation of the regulation governing the trial of cases involving juvenile delinquents by other judges than the appointed ones is sanctioned by absolute nullity of the sentence delivered in such case, as stipulated in art. 192 para. 2 of the Criminal Code of Procedure³⁴.

b) When the accused or defendant is subject to an order of detention, preventive arrest, hospitalization or placement under medical treatment, even if in a different other case, or when he / she is placed in a rehabilitation centre or an educational medical institution.

Legal assistance is mandatory only during the period of deprivation or restriction of the defendant of his /her individual liberty; therefore, in case the defendant is set free, the obligation of the legal counselling is no longer applicable to any trial or procedural acts occurring after the defendant's release. Violation of the legal provisions on mandatory juridical assistance occurs when, at one the trial terms, while the defendant was arrested, he /she was deprived of legal assistance, even if thereafter the defendant was released from prison. However, no violation in the right to defence occurs there where, during the court proceedings, the defendant is attended by one of the chosen defenders only, with the second defender being absent for health reasons. In such circumstance, the request for adjournment of the trial was rejected as unfounded. If the arrested defendant has a chosen defence counsel who requests, for justified reasons, a delay in the judgment of the case, the court may not refuse the request and proceed with the trial, even if the defendant concerned has previously been granted a postponement of the trial, by deciding to appoint an ex officio counsel of defence for the defendant; failure of the court to act this way is a violation of art. 171 para. 2 and para. 3 of the Criminal Code of Procedure and the court ruling in the case are completely null and void.

The judiciary practice has raised the question whether the omission to mandatorily provide for a counsel of defence and the omission to present the defendant with the criminal prosecution material - in case where the hearing of the defendant in another court case has occurred before the drafting of the criminal investigation completion report – should result into the sanction of absolute nullity. Faced with this problem, some courts of law have reasonably decided that, although the criminal prosecution proceedings were conducted while the defendant was at free, considering that the defendant was arrested in another case before the drafting of the criminal investigation completion report and the issuance of indictment, the defendant concerned must benefit from mandatory legal counselling and from being presented with the criminal prosecution report, according to art. 172 para. 1 and para. 2.

This solution was criticized as being unlawful³⁵, because, in the case shown above, the prosecution proceedings were conducted without initiation of the criminal court case, and the accused, who had meanwhile become a defendant, was free at that time.

³³ Decision no. 1813/1997, delivered by C.S.J. Criminal Division, published in Gabriel Ionescu, Iosif Ionescu, *Law Issues and the Supreme Court Case Law in Criminal Matters, 1990-2000*, Juris Argessis Publishing House, Bucharest, p.616

³⁴ (Constanta law court, criminal sentence no. 291/1995) – National Institute of Magistrate, *Juvenile Justice Theoretical Studies and Case Law*, Coordinators, Maria Coca Cozma, Cristina Mihaela Craciunescu, Lavinia Valeria Lefterache, Legal Universe Printing House, Bucharest, 2003, p. 168-169.

³⁵ I. Pop, Note, in R.R.D. no. 5/1986, pp. 69-71, Volonciu III, p. 206

Under Art. 257, in such a situation it would seem that presentation of the criminal prosecution material is optional, the only obligation of the criminal investigation body being that of hearing the accused. Mention should be made here that not only the arguments of the theorists in criminal procedural law, but also the point of view expressed by the Constitutional Court have managed to prevail. Thus, the final Constitutional Court Decision no. 24/1999 published in Official Gazette of Romania, Part I, no. 136 of April 1, 1999, has admitted the unconstitutionality exception and found that the provision "(...), where appropriate (...)" of art. 257 are unconstitutional. Consequently, presentation of the criminal investigation report is mandatory (required), and not "voluntary", as it was unconstitutionally considered to be. The fact that, after completion of the criminal investigation without initiation of the criminal action, before the drafting of the criminal investigation completion report, the defendant was arrested in another court case would not attract the obligation of the criminal investigation body to follow the provisions of art. 172 para. 1 and para. 2, because, virtually, the criminal prosecution, in the sense of conducting the specific procedural acts, has come to an end.

Mandatory legal assistance is required in cases where, during the criminal investigation or upon presentation of the criminal prosecution material, the defendant was arrested³⁶, or, as in the case analyzed above, the defendant would not have found himself /she in any of the situations described above.

In our opinion, legal counselling of the accused or defendant is mandatory also if the arrest was ordered by a public prosecutor's demand, along with the initiation of the criminal action and the prosecution of the defendant, in so far as the law makes no distinction in terms of legal counselling of the arrested person in relation to the legal nature of the acts of arrest³⁷.

Legal assistance is mandatory as long as the defendant is detained. In case the accused or the defendant is set free, legal assistance is no longer mandatory for any actions conducted thereafter³⁸.

An extension is noticed in the number of cases when the accused or the defendant is granted mandatory legal counselling after he /she is deprived of freedom, in the sense of the express regulation of the detention, hospitalization or placement under compulsory medical treatment. The reason in this case, alike in the case of the arrested or the detained, is that the defendant subjected to hospitalization or compulsory placement under medical treatment was unable to exercise his /her right to defence, which makes the intervention of a qualified defence counsel mandatory.

³⁶ Supreme Court of Law, decision no. 3/1972, in C.D., 1972, pp. 29-30; Supreme Court of Law, s. pen., dec. no. 992/1982, in R.R.D., no. 1983, p. 64.

³⁷ Gh. Mateut, loc. cit. (II), p. 37. see also : Constitutional Court Decision no. 207 of June 5 1997, final, establishing the nullity of the reasoned appeal, as per Decision 18 of February 3 1998, published in M.Of. no. 77 of February 18 1998; Decision No. 122 of September 23 1999, final, published in M.Of. no. 537 din 3 November 1999 (rejecting as inadmissible the non-constitutionality exception regarding the provisions of art. 257 of the Code of Criminal Procedure, invoked by reference to art. 16, art. 21, art. 25 and art. 48 of the Fundamental Law); Final Decision of the Constitutional Curt of Romania no. 187 of November 18, published in M. Of. no. 64 of February 14 2000 (also rejecting as inadmissible the exception of unconstitutionality of the provisions of art. . 257 of the Code of Criminal Procedure invoked in relation with art. 24 of the Fundamental Law).

³⁸ Appellate Court - Bucharest. a II-a pen. dec. no. 328/1994, p. 35. As already said above (Gh. Mateut, loc. cit. (II), p. 37), the legal provisions regarding the compulsory legal assistance to be provided to the defendant under arrest are violated in the case that, at any of the trial terms, while the defended in under arrest, he /she has not been assisted by a defense counsel, even if the defendant is subsequently set free or when, during the legal prosecution, the defendant has been heard by the prosecutor in the absence of the counsel of the defence (Appellate Court of Bucharest, dec. no. 76/1994, published in "Bucharest Appellate Court - A Collection of Criminal Case Law for the Year 1994, cu annotations by Vasile Papadopol, Continent XXI Publishing House, Bucharest, 1995, p. 30, or when the ruling on the request for extension of the defendant's arrest has been conducted in the absence of the counsel for the defence (Appellate Court of Bucharest, s. I, dec. no. 126/1994, in Bucharest Appellate Court - A Collection of Criminal Case Law for the Year 1994, with annotations by Vasile Papadopol, Continent XXI House, Bucharest, 1995, p. 31).

c) when the criminal investigation body or the court considers that the defendant could not be self defence.

There is also an obligation, for example, in the case that the defendant against whom an order was given to be hospitalized on grounds of a mental disease requires revocation of such order. When called upon to such a request, the court is obliged to appoint a defender ex officio, unless the defendant has not chosen a defender himself / herself³⁹.

Note should also be made that, relative to the previous regulation, the legislator has extended the obligatorily of legal assistance for the accused who could not defend himself, in this case the defence becoming mandatory throughout the entire course of the criminal case, and not during the trial stage.

d) in other cases provided by the⁴⁰.

To the situations in which the legal counselling of the accused / defended is mandatory during the entire criminal law suit, there has been added, for the trial phase, one single situation regulated by art. 171 para. 3 of the Criminal Code of Procedure.

-during the trial, the legal counselling is mandatory for the defendant also in the case where the law prescribes punishment of the offenses committed by life imprisonment or imprisonment of more than 5⁴¹.

Regulating this situation, the text of law refers to the punishment provided in the special part of the Criminal Code for crimes referred court, and not to the punishment increased or decreased as result of finding of the aggravating or mitigating circumstances specified in the general part of the Criminal Code⁴².

We believe, in compliance with the opinion expressed⁴³ by the juridical practice⁴⁴ that the provision of art. 171 para. 3 does not apply in cases of attempted crimes, if the half of special maximum punishment does not exceed 5 years. In this sense, there is no reference in the law provisions (art. 171 para. 3) as to the idea according to which the legal counselling is also mandatory in the case of attempted crimes, for all the crimes for which the punishment provided

³⁹ Supreme Court of Law, penal department. dec. no. 4571/1971, in R.R.D. nr. 12/1972, p. 145; T.S., s. pen., dec. nr. 724/1974, in Vasile Papadopol, Mihai Popovici, *Alphabetic List of Criminal Case Law for 1976 – 1980*, Scientific and Encyclopaedic Printing House, Bucharest, 1982, p. 35; T. jud. Dolj, dec. pen. nr. 71/1981, in Vasile Papadopol, Mihai Popovici, *Alphabetic List of Criminal Case Law for 1976 – 1980*, Scientific and Encyclopaedic Printing House, Bucharest, 1982, p. 52.

⁴⁰ In the specialised literature (G. Vlaicu, *Defence Ex Officio at the Defendant's Request*, in Dr. nr. 7/1993, pp. 54-55; Gh. Mateut, loc. cit., (II), p. 40) it has been shown that, with reference to art. 24 of the Fundamental Law, stipulating that "the right to defence is guaranteed" and that "during the law suit, the parties have the right to be assisted by an attorney of their choice or appointed ex officio", the legal assistance cannot be refused when the defendant also requests the judges to appoint a defence counsel ex officio, to provide legal assistance, except where the defence is compulsory by law.

⁴¹ The judgement of the appeal filed by the prosecutor without the defendant acquitted for taking bribe to be assisted by a defender leads to declaration of the sentence as completely null and void, because, in this case, the legal assistance is compulsory under art. 171 para. 3 (Supreme Court of Law, penal department, dec. no. 1712/1992, unpublished). Appellate Court of Bucharest, s. I pen., dec. no. 127/20005, in Appellate Court of Bucharest – A Collection of Criminal Case Law 2005, Legal Universe Bucharest, 2006, p. 237-238; Appellate Court of Bucharest, s. I pen., dec. no. 1110/2004, in Appellate Court of Bucharest – A Collection of Criminal Case Law, 2003- 2004, Brilliance Printing House, Piatra Neamt, 2006, pp. 266-270; Appellate Court of Bacau, s. pen., dec. no. 375/2004, in National Case Law 2004 -2005, Case Law of Appellate Courts and Court Houses, Brilliance Printing House, Piatra Neamt, 2006, pp. 705-706; Appellate Court of Bucharest, s. I pen., dec. no. 181/20003, in Appellate Court of Bucharest, A Collection of Criminal Case Law, 2003- 2004, Brilliance Printing House, Piatra Neamt, 2006, pp. 245-246.

⁴² Supreme Court of Law, s. pen., dec. no. 1622/1972, in R.R.D. no. 2/1973, p. 165.

⁴³ Dongoroz I, p.353.

⁴⁴ Suceava Court of Law, dec. pen. no. 129/1982, unpublished

by law is higher than 5 years⁴⁵.

In case that, during the trial, the legal classification of a crime scene changes into a crime involving the obligatory legal assistance, then it such assistance shall be provided, else the sentence shall be absolutely null and void. In the trial stage, the right to legal counselling is always conditioned by the defendant's attendance in presence in court⁴⁶.

Such a condition is justified considering the content of the notion of legal assistance and its distinction from legal representation, al the more that, in cases stipulated by law (for example, if the defendant is hospitalized and, because of his health condition, he cannot be brought before the court, or in any other cases where he /she is not transportable, or when the defendant files a complaint against the order given that he should be arrested or prevented to leave from the locality, or to expend his preventive arrest), the defender may also act as representative. It is a fact that the presence of defendant in person is a matter of legal counselling, except where the defender is also a legal representative.

Given the special procedural position of the accused or defendant, as explained above, the mandatory legal counselling cases are strictly referring to the accused / defendant. In exceptional circumstances, the law provides also for the mandatory legal counselling of the other parties, too (the injured party, the civil party and the party holding civil liability). Thus, art. 173 para. 3 stipulates that, where the judiciary body finds, for any reason, that any other party than the defendant might not be able to defend itself, such body shall have to order ex officio or upon request the taking of the measures for the appointment of a defence counsel⁴⁷.

With regard to the consequences of failure to abide by the legal provisions on the legal counselling to be provided to the defendant, discussions were held, starting from the provisions of art. 197 para. 2, prior to the amendment of the Law no. 356/2006.

In a first opinion⁴⁸, it was held that, when the legal assistance envisages the accused, the absence of a defender may result into the relative nullity specified under art. 197 para. 1 (if the accused suffered a damaged which cannot be compensated in any other way than by annulment of the act), or under art. 197 para. 4, when the annulment of the act made in the absence of the defender « is required for the finding of the truth and for the fair settlement of the case ». In argumentation of this opinion art. 197 para. 2 was invoked, which expressly regulated only the consequence of disregarding the provisions regarding the defendant's presence and legal counselling. Thus, distinct situations were found, in terms of the legal counselling of the accused (the person against whom criminal prosecution has been initiated and who is therefore the subject

⁴⁵ V. Ramureanu, Legal Defense of the Defendant before the Court, in R.R.D. no. 10/1972, p. 36; M. C. Ardeleanu, Legal assistance in case of an attempted crime punished by law with imprisonment for more than 5 years, in R.R.D. no. 9/1982, pp. 27-32; Gh. Mateut, quoted work, pp. 38-39; Supreme court, dec. no. 25/1994, in Supreme Court of Law, Law Cases, Decision Book on the year 1994, Proema Publishing House, Baia Mare 1995, pp.165-166.

⁴⁶ D. Popescu, comment in Supreme Court of Law, penal department, dec. no. 7/1969 and Supreme Court of Law, penal department, dec. no. 489/1974, in George Antoniu, Vicolae Volonciu, Ion Neagu, Valeriu Stoica, Dana Popoescu, Vasile Papadopol, Criminal Case Law volume 4, Academia Romana Printing House, Bucharest, 1993, p. 158; V. Papadopol, note to Appellate Court of Bucharest. dec. no. 250/1994, in « Appellate Court of Bucharest - A Collection of Criminal Case Law for the year 1995, with notes by Vasile Papadopol, Continent 21 XXI Printing House, Bucharest, 1996, pp. 33-34; Gr. Theodoru, L. Moldovan, Criminal Procedure Law, Scientific and Pedagogic Printing House, Bucharest, 1979, p. 66; Dongoroz I, p. 50; George Antoniu, Vicolae Volonciu, Ion Neagu, Valeriu Stoica, Dana Popoescu, Vasile Papadopol, Case Law volume 4, Academia Romana Printing House, Bucharest, 1993, p. 188

⁴⁷ It has been shown that, for the legal counseling to be compulsory in this case, it is necessary that the court sentence should explicitly rule that the defendant would not be able to defend himself (D. Popescu, Comments, in George Antoniu, Vicolae Volonciu, Ion Neagu, Valeriu Stoica, Dana Popoescu, Vasile Papadopol, Penal Practice volume 4, Academia Romana Printing House, Bucharest, 1993, p. 158).

⁴⁸ V. Ramureanu, Legal counseling of the accused/defendant during the criminal prosecution penal proceedings, in R.R.D. no. 9/1971, pp. 34-35.

of procedural rights and obligations, though he / she is not a party in the criminal law) and the legal counselling of the defendant (person against whom the criminal action has been initiated and, therefore, has become a party in the criminal law suit).

In a second opinion⁴⁹, it was held that, although art. 197 para. 2 refers expressly only to the defendant situation, in reality it refers to all the provisions of art. 171 and art. 173, which regulate the cases of mandatory legal counselling of the accused or of the defendant, the situation of the accused being assimilated by the legislator with that of the defendant in what concerns the obligatory nature of the legal counselling, there where the law provides such an interpretation is in full accordance with the provisions of art. 171 para. 2 [legal assistance is mandatory for juvenile accused or defendant (...)]. This interpretation is imposed by the obligatory character of the legal assistance in the cases expressly provided by the law, discrimination, in this sense, between the accused and the defendant being unacceptable.

De lege lata, in relation with the provisions of art. 197 para 2, amended by Law no. 356/2006, the absolute nullity sanction becomes incidental also in the case of violation of the regulations regarding participation and assistance of the accused by a defender, when these are mandatory by law.⁵⁰

Conclusions

In the case of optional counselling, as well as for the compulsory counselling, choosing the defender can be done both during the criminal pursuit and in the trial stage, but the defence is an institution of social interest, which operates not only in the interest of the defendant, but also for ensuring the proper management of the criminal law suit.

Thus, legal counselling is mandatory when the defendant is a minor, or an intern of a rehabilitation centre or of an educational medical institution, when the defendant is detained or arrested in another case, when the defendant is subject to a security order for his or her hospitalization or placement under, or even in cases when the criminal investigation body or the court considers that the accused or the defendant is incapable to defend himself / herself, as well as in other cases stipulated by law. During the trial as such, legal counselling is also mandatory there where the crime committed is punishable by life imprisonment or by imprisonment of 5 years or more.

On the other hand, taking into account the nature of the relationship between the defender and the defended party and the confidentiality nature of these relationships, the interested parties must have the possibility to hire a defender of their choice.

As a conclusion, in a society founded on respect for the rule of law the lawyer fulfils a special role. The lawyer's duties do not begin and end with the faithful performance of what he or she is instructed to do so far as the law permits. A lawyer must serve the interests of justice as well as those whose rights and liberties he or she is trusted to assert and defend and it is the lawyer's duty not only to plead the client's cause but to be the client's adviser.

References

1. Ion Neagu, Treatise on Criminal Procedure – General Part Universul Juridic Lex Publishing House, Bucharest, 2008

2. Ligia Danila, Organization and Practice the Attorney-at-law Profession, Lumina Lex Publishing House, 1999

⁴⁹ See also : Gh. Mateut, p. 41; D. Popescu, Comments to Supreme Court of Law, s. pen., dec. no. 3786/1982, in George Antoniu, Nicolae Volonciu, Ion Neagu, Valeriu Stoica, Dana Popoescu, Vasile Papadopol, Criminal Case Law volume 4, Academia Romana Printing House, Bucharest, 1993, p. 156; I. Dumitru, pp. 55-56.

⁵⁰ Ion Neagu, p. 241-248.

3. Ion Tanoviceanu, Treatise on Law and Criminal Procedure, second edition, revised and completed, Judiciary Printing House, Bucharest, 1927
4. Vintila Dongoroz, Siegfried Kahane, George Antoniu, Constantin Bulai, Nicoleta Iliescu, Rodica Stanoiu, Theoretical Explanations of the Romanian Criminal Procedure Code. General Part, vol. I, Academie Publishing House, Bucharest, 1975
5. Law Revue no. 6/1996
6. Gheorghe Nistoreanu, Mihai Apetrei and Laurentiu Nae – Legal counselling in criminal trial, Internal Affairs Ministry Publishing House, 1993
7. Nicolae Volonciu, Criminal Procedure Treaty, general part, vol. I, Paideia Publishing House, Bucharest, 1993
8. Criminal Procedure Code, republished in the Official Gazette no. 78 as of April 30th 1997
9. Romanian Revues no. 6/2004
10. Legal and criminal practice practical book for 1994 of Bucharest Appeal Court, with Notes by Vasile Papadopol, Continent XXI Publishing House, Bucharest 1995
11. Legal and criminal practice practical book for 1991 of Bucharest Municipality Court of Law, Press and Publishing House ``Sansa`` SRL, Bucharest, 1992
12. Legal and criminal practice practical book for 1992 of Bucharest Municipality Court of Law, Press and Publishing House ``Sansa`` SRL, Bucharest, 1993
13. Jurisprudence Bulletin, Decision Practical Book for 2003 of I.C.C.J., All Beck Publishing House, Bucharest 2005
14. Nicolae Volonciu, Criminal Procedure Law Vol. I, Bucharest, 1987
15. Vasile Papadopol and Mihai Popovici, Alphabetical List of Law Cases in Criminal Matters 1976-1980, Science and Encyclopedic Publishing House, Bucharest, 1982
16. Gabriel Ionescu, Iosif Ionescu, Law issues from the Supreme Court Case Law in Criminal Matters, 1990-2000, Juris Argessis Publishing House, Bucharest
17. Penal Law Revue on the year IX no. 1/2002
18. Nicolae Volonciu, Criminal Procedure Law, General Part, Didactic and Pedagogic Printing House, Bucharest, 1972
19. Supreme Court of Law, Practical Book, 1960
20. Code of Criminal Procedure and Related Laws, C.H. Beck Printing House, Bucharest, 2007
21. National Institute of Magistrate, Juvenile Justice Theoretical Studies and Case Law, Coordinators, Maria Coca Cozma, Cristina Mihaela Craciunescu, Lavinia Valeria Lefterache, Legal Universe Printing House, Bucharest,
22. Romanian Law Revue no. 5/1986
23. Romanian Law Revue no. 12/1970
24. Bucharest Appellate Court - A Collection of Criminal Case Law for the Year 1994, with annotations by Vasile Papadopol, Continent XXI House, Bucharest, 1995
25. Romanian Law Revue no. 12/1972
26. Vasile Papadopol, Mihai Popovici, Alphabetic List of Criminal Case Law for 1976 – 1980, Scientific and Encyclopaedic Printing House, Bucharest, 1982
27. Romanian Law Revue no. 7/1993
28. Supreme Court of Law, , Law Cases, Decision Book on the year 2005, C.H. Beck Publishing House, Bucharest, 2006
29. Appellate Court of Bucharest – A Collection of Criminal Case Law 2005, Legal Universe Bucharest,
30. Appellate Court of Bucharest – A Collection of Criminal Case Law, 2003- 2004, Brilliance Printing House, Piatra Neamt, 2006,
31. National Case Law 2004 -2005, Case Law of Appellate Courts and Court Houses, Brilliance Printing House, Piatra Neamt, 2006

-
32. Appellate Court of Bucharest, A Collection of Criminal Case Law, 2003- 2004, Brilliance Printing House, Piatra Neamt, 2006
 33. Romanian Law Revue no nr. 2/1973
 34. Romanian Law Revue no 10/1972
 35. Romanian Law Revue no 9/1982
 36. Supreme Court of Law, Law Cases, Decision Book on the year 1994, Proema Publishing House, Baia Mare 1995
 37. George Antoniu, Nicolae Volonciu, Ion Neagu, Valeriu Stoica, Dana Popoescu, Vasile Papadopol, Penal Practice volume 4, Academia Romana Printing House, Bucharest, 1993
 38. Appellate Court of Bucharest - A Collection of Criminal Case Law for the year 1995, with notes by Vasile Papadopol, Continent 21 XXI Printing House, Bucharest, 1996
 39. Gr. Theodoru, L. Moldovan, Criminal Procedure Law, Scientific and Pedagogic Printing House, Bucharest, 1979
 40. V. Papadopol, in Legal and criminal practice practical book for 1991 of Bucharest Municipality Court of Law, Press and Publishing House ``Sansa`` SRL, Bucharest, 1992
 41. Romanian Law Revue no. 9/1971
 42. Romanian Law Revue no. 3/1972

ASISTENȚA JURIDICĂ ACORDATĂ ÎN VINUITULUI SAU INCULPATULUI ÎN CURSUL URMĂRIRII PENALE ȘI AL FAZEI DE JUDECATĂ

Adrian BENDEAC*

Cuvinte-cheie: asistenta juridica, invinuit, inculpat, urmarire penala

1. Introducere

Prin asistenta juridica se intelege sprijinul pe care aparatorii (avocati) il dau partilor in cadrul procesului penal prin lamuirile, sfaturile si interventiile lor¹ ca specialisti in domeniul dreptului. În principiu, asistenta juridica a partilor in procesul penal este facultativa in sensul ca cei interesati sunt lasati sa decida daca isi aleg sau nu un avocat care sa le acorde asistenta juridica. De la regula aratata mai sus exista insa si derogari, in sensul ca, in lumina reglementarilor in vigoare, asistenta juridica poate fi si obligatorie. In cazul asistentei juridice, aparatorul pune concluzii in prezenta partii ale carei interese le apara.

Profesia de avocat este considerata in literatura de specialitate ca fiind, fara indoiala, profesia juridiciana cea mai veche, cu radacinile in indepartata epoca romana, avand la origine obiceiul vechilor patricieni, care doreau sa isi apere si sa isi protejeze clientela².

Avand ca punct de reper unul dintre primele tratate de procedura penala romanesti, se sublinia faptul ca „prin menirea si importanta sa, apararea a fost si este considerata ca o adevarata institutie de interes public, de o egala importanta cu Ministerul public. Incontestabil rolul apararii este tot atat de important si nobil ca si acela al acuzarei, Societatea este interesata ca amandoua aceste oficii sa poata participa la realizarea justitiei... A asigura o egalitate de drepturi si garantii pentru aceste institutii este a realiza tot ce poate fi mai util si mai sanatos pentru impartirea dreptatii”³.

Potrivit dispozitiilor art. 91 din Statutul profesiei de avocat, acesta „asigură asistență și reprezentare juridică în fața instanțelor judecătorești, a organelor de urmărire penală, a autorităților cu atribuții jurisdicționale, a notarilor publici și a executorilor judecătorești, a organelor administrației publice, a instituțiilor și a altor persoane juridice, pentru apărarea și reprezentarea cu mijloace juridice specifice a drepturilor, libertăților și intereselor legitime ale persoanelor. Asistarea și reprezentarea clientului cuprinde toate actele, mijloacele și operațiunile permise de lege și necesare ocrotirii și apărării intereselor clientului.”

Potrivit art. 1.1. din Codul deontologic al avocaturii din Uniunea Europeana, emis de Consiliul Barourilor Uniunii Europene – CCBE „Intr-o societate intemeiata pe respect fata de justitie, avocatul indeplineste un rol eminent. Misiunea sa nu se limiteaza doar la executarea fidela a unui mandat in cadrul legii. Intr-un stat de drept, avocatul este indispensabil justitiei si justitiabililor si are sarcina de a apara drepturile si libertatile acestora: el este deopotrivă sfatuitorul si aparatorul clientului sau.”

* Avocat, drd., Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu”, București (e-mail: adrianbendeac@yahoo.com).

¹ O. Stoica, Rolul avocatului in realizarea dreptului de aparare a cetatenilor, in R.R.D. nr. 3/1972, pp. 111-112; in același sens Ion Neagu, *Tratat de procedura penala – Partea generala*, Ed. Universul Juridic, Bucuresti, 2008, p. 236.

² Ligia Danila, *Organizarea si exercitarea profesiei de avocat*, Ed. Lumina Lex, 1999, p. 7.

³ Ion Tanoviceanu, *Tratat de drept si procedura penala*, editiunea a doua, revazut si completat, Tipografia Judiciară, Bucuresti, 1927, p.8.

Asistenta juridica poate fi acordata numai de avocati⁴. Potrivit dispozitiilor art. 3. alin. 2 din Statutul profesiei de avocat, „Profesia de avocat se exercita numai de avocatii inscriși în Tabloul avocaților întocmit de baroul din care fac parte.” iar potrivit dispozitiilor alin. 4 „Este interzisă, sub sancțiunile prevăzute de lege, exercitarea oricărei activități specifice profesiei de avocat de către o persoană fizică ce nu are calitatea de avocat înscris într-un barou și pe Tabloul avocaților sau de către o altă persoană juridică cu excepția societății civile profesională de avocați cu răspundere limitată⁵.”

Asistența juridică acordată de o persoană care nu a dobândit calitatea de avocat în condițiile Legii nr. 51/1995 și, totodată, nu este membru al unui barou constituit în temeiul acestei legi echivalează cu lipsa apărătorului și atrage nulitatea absolută a actului procesual. Pentru a se da eficiență principiului egalității tuturor cetățenilor la un proces echitabil, legea a instituit garanții ale dreptului de apărare cuprinse în norme juridice procesuale (art. 171 - 174 din Codul de procedură penală), ceea ce impune ca persoane având cunoștințe juridice de specialitate, denumite generic apărător, să acorde asistență juridică participanților în procesul penal sau să-i reprezinte, ales sau din oficiu, în condițiile legii. Rolul apărătorului este de a preîntâmpina orice greșeală sau violare a legii din partea organelor judiciare⁶.

În același sens s-a pronunțat și Curtea Constituțională care a statuat prin Decizia nr. 150 din 10 februarie 2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 152 din 11 martie 2009, ca „În concepția legiuitorului, avocatura este un serviciu public, care este organizat și funcționează pe baza unei legi speciale, iar profesia de avocat poate fi exercitată de un corp profesional selectat și funcționând după reguli stabilite de lege. [...] Această opțiune a legiuitorului nu poate fi considerată ca neconstituțională, având în vedere că scopul ei este asigurarea unei asistențe juridice calificate, iar normele în baza cărora funcționează nu contravin principiilor constituționale.”

Sediul legal al acestei institutii se afla în stransa legatura cu dreptul la aparare, conscarat pe larg în cuprinsul mai multor acte normative⁷.

2. Felurile asistentei juridice

În principiu, asistenta juridica a partilor în procesul penal este facultativa⁸ (voluntara), în sensul ca cei interesati sunt lasati sa decida daca isi aleg sau nu un avocat care sa le acorde asistenta juridica.

⁴ Vintila Dongoroz, Siegfried Kahane, George Antoniu, Constantin Bulai, Nicoleta Iliescu, Rodica Stanoiu, Explicatii teoretice ale Codului de procedura penala roman. Partea generala, vol. I, Ed. Academie, Bucuresti, 1975, p.351 ; în același sens, O.Stoica, op. cit., p. 113 și Ion Neagu op. cit., p. 236.

⁵ A se vedea Decizia nr. 1401 din 03/11/2009 a Curtii Constitutionale publicata în Monitorul Oficial, Partea I nr. 855 din 09/12/2009 referitoare la respingerea exceptiei de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 3 alin. (4) din Statutul profesiei de avocat din 2004 – ca fiind inadmisibile.

⁶ Din motivarea Recursului în Interesul Legii referitor la aplicarea dispozițiilor procesual penale privind exercitarea dreptului la apărare în situația în care părțile au fost asistate sau reprezentate de persoane care nu au dobândit calitatea de avocat în condițiile Legii nr. 51/1995 – Nr.27572/953/2006 promovată de Procurorul General al Parchetului ICCJ – admis prin decizia nr. XXVII din 16 aprilie 2007 de Înalta Curte de Casatie și Justitie.

⁷ - art. 6 C.pr.pen.: (1) Dreptul de apărare este garantat invinuitului, inculpatului și celorlalte parti în tot cursul procesului penal. (2) În cursul procesului penal, organele judiciare sunt obligate să asigure partilor deplina exercitare a drepturilor procesuale în condițiile prevăzute de lege și să le administreze probele necesare în apărare... (4) Orice parte are dreptul să fie asistată de apărător în tot cursul procesului penal;

- art. 24 din Constituția României: (1) Dreptul la apărare este garantat. (2) În tot cursul procesului, partile au dreptul să fie asistate de un avocat, ales sau numit din oficiu;- art. 15 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciara: Dreptul la apărare este garantat. În tot cursul procesului penal, partile au dreptul să fie reprezentate sau, după caz, asistate, de un apărător, ales sau numit din oficiu, potrivit legii.

⁸ Gheorghita Mateut, Aparatorul, subiect al procesului penal, în lumina ultimelor modificari legislative (II), în Dr. nr. 6/1996, pp. 33-34; în același sens, Ion Neagu op. cit., p. 236.

De la regula aratata mai sus exista si derogari, in sensul ca, in lumina reglementarilor in vigoare, asistenta juridica poate fi obligatorie⁹.

In raport de criteriul desemnarii aparatorului, se poate opera o alta clasificare in asistenta juridica oficiala, atunci cand numirea aparatorului este realizata din oficiu de catre organele judiciare si neoficiala cand aparatorul este ales de partile din proces¹⁰.

Astfel, asistenta se produce fie pe cale de alegere facuta de insasi inculpat sau rudele sale, fie prin numire din oficiu a unui aparator¹¹.

Avand in vedere natura relatiilor dintre aparator si parte precum si caracterul de deplina confidentiala al acestor raporturi, cei interesati trebuie sa aiba posibilitatea sa recurga la serviciile aparatorului pe care il aleg personal. Asistenta partii de catre un aparator, ca urmare a unui act de vointa al partii, nici nu poate fi conceputa decat ca un act de alegere *intuitu personae*¹².

2.1. Asistenta juridică facultativă

In privinta asistentei juridice a invinuitului sau inculpatului, cum era si firesc, legea¹³ a prevazut, in mod detaliat, aspecte legate de acordarea acesteia. Astfel, in art. 171 alin. 1 se arata ca invinuitul sau inculpatul are dreptul sa fie asistat de aparator in tot cursul urmaririi penale si al judecatii, iar organele judiciare sunt obligate sa-i aduca la cunostinta acest drept. In reglementarea anterioara¹⁴, dispozitiile art. 171 alin. 1 erau asemanatoare, cu diferenta ca nu prevedeau obligatia organelor judiciare de a aduce la cunostinta invinuitului sau inculpatului despre existenta acestui drept¹⁵.

Persoana interesata, participanta la procesul penal, are posibilitatea de a-si exercita dreptul la aparare in modul in care acesta gaseste de cuviinta. Potrivit acestei reguli, partea care doreste sa fie asistata in proces isi alege un avocat in vederea acordarii asistentei juridice¹⁶.

Potrivit dispozitiilor art. 113 alin. 1 din Statutul profesiei de avocat, „Dreptul avocatului de a asista, a reprezenta ori a exercita orice alte activități specifice profesiei se naște din contractul de asistență juridică, încheiat în formă scrisă, între avocat și client ori mandatarul acestuia.”

Aceste activitati, in cazul asistentei juridice facultative (voluntare), fac obiectul Contractului de asistenta juridica incheiat intre avocat si client si devin obligatorii pentru avocat. Asistenta juridica, in opinia noastra, nu acopera si reprezentarea intrucat in cazul lipsei unui mandat de reprezentare, avocatul nu poate exercita alte activitati specifice profesiei in lipsa invinuitului sau inculpatului si implicit fara acordul acestuia. Astfel, in situatia in care, la dosarul cauzei se gaseste o imputernicire avocatiala din care rezulta doar dreptul de asistenta juridica al avocatului pentru invinuit sau inculpat, chiar daca actul ce urmeaza a se desfasura nu este unul cu caracter personal (ascultarea invinuitului/inculpatului sau confruntarea) prezenta doar a avocatului nu poate conduce la ideea ca invinuitul este reprezentat.

In acelasi sens, cand aparatorul este prezent la dezbateri sau la pronuntare, dar partea lipseste la ambele aceste momente procesuale, termenul de apel curge de la comunicare, iar nu de la

⁹ Ion Neagu op. cit., p. 236.

¹⁰ Gheorghe Nistoreanu, Mihai Apetrei si Laurentiu Nae – Asistenta juridica in procesul penal, Editura Ministerului de Interne, 1993, p. 57.

¹¹ Ion Tanoviceanu, Tratat de drept si procedura penala, editiunea a doua, revazut si completat, Tipografia Curierul Judiciar, Bucuresti, 1927, p.9.

¹² Nicolae Volonciu, Tratat de procedura penala, partea generala, vol. I, Editura Paideia, Bucuresti, 1993, p. 208.

¹³ Codul de procedura penala, republicat in M.Of. nr. 78 din 30.04.1997 cu modificarile si completarile ulterioare.

¹⁴ In redactarea anterioara a art. 171 alin. 1 se rata ca “invinuitul sau inculpatul are dreptul de a fi asistat de un aparator in tot cursul procesului penal.”

¹⁵ Ion Neagu op. cit., p. 237.

¹⁶ Gh. Mateut, op. cit. (II), p. 34; in acelasi sens si Ion Neagu op. cit., p. 237.

pronunțare¹⁷.

Asistenta juridică facultativă presupune plata unui onorariu asupra caruia avocatul și clientul ori mandatarul acestuia au cazut de acord. Onorariul de succes nu poate fi practicat în cauzele penale decât în legătură cu latura civilă a cauzei¹⁸.

Pentru valorificarea posibilității ca partea să-și angajeze un avocat în vederea acordării asistentei juridice, partea poate să solicite instanței amânarea judecării cauzei în vederea angajării unui apărător¹⁹.

În practica judiciară²⁰ anterioară modificărilor survenite prin Legea nr. 356/2006, s-a statuat că, în ipoteza în care la dosar există imputernicire avocătială de apărător ales, instanța de judecată nu poate proceda la judecarea cauzei în lipsa acestuia, chiar dacă asistenta juridică a fost realizată efectiv, însă de către un avocat desemnat din oficiu în calitate de apărător²¹.

Aceste soluții, având în vedere conținutul actual al art. 171 alin. 4¹, nu mai sunt posibile. În acest sens, conform textului legal invocat, când asistenta juridică este obligatorie, dacă apărătorul ales nu se prezintă nejustificat la data stabilită pentru efectuarea unui act de urmărire penală sau la termenul de judecată fixat și nici nu asigură substituirea, pleacă sau refuză să efectueze apărarea, organul judiciar ia măsuri pentru desemnarea unui apărător din oficiu care să îl înlocuiască acordându-i timpul necesar pentru pregătirea apărării. În cursul judecării, după începerea dezbaterilor, în aceleși circumstanțe, se va dispune înlocuirea apărătorului ales cu unul desemnat din oficiu, acordându-se termen de minimum 3 zile pentru pregătirea apărării²².

Per a contrario, potrivit art. 172 alin. 1, în cazul în care asistenta juridică este facultativă, deci implicit prezenta învinutului sau inculpatului nu este obligatorie, lipsa justificată sau nu a apărătorului ales al învinutului sau inculpatului, nu împiedică efectuarea actului de urmărire penală cu condiția ca apărătorul să fi fost încunostiințat de data și ora efectuării actului.

În faza de judecată, în cazul în care asistenta juridică este facultativă, dacă apărătorul ales al învinutului sau inculpatului, lipsește nejustificat și dacă partea pe care o reprezintă este legal citată și procedura este îndeplinită, judecata poate avea loc, neprezentarea părților citate neîmpiedicând judecarea cauzei, potrivit art. 291 alin. 1 și 2.

Totuși, în condițiile în care apărătorul ales al învinutului sau inculpatului, lipsește justificat iar la dosarul cauzei există o cerere de amânare pentru strigarea cauzei la sfârșitul ședinței de judecată sau există o cerere de amânare pentru un alt termen de judecată, pentru motive personale (pregătirea apărării, imposibilitate de prezentare din motive medicale, efectuarea concediului de odihnă etc.) sau chiar dacă nu există o astfel de cerere, instanța poate dispune lăsarea cauzei la sfârșitul ședinței sau poate dispune amânarea pentru un alt termen de judecată.

În situația în care, instanța de judecată va respinge ca neîntemeiată o astfel de cerere formulată de către apărătorul ales al învinutului sau inculpatului, sau chiar în lipsa unei astfel de cereri, aceasta va fi obligată la prima strigare să constate lipsa părților, situație în care, potrivit prevederilor art. 104 alin. 13 din Regulamentul de ordine interioară a instanțelor judecătorești, aprobat prin HCSM nr. 387/2005, publicat în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 958/2005, să dispună lăsarea dosarului la sfârșitul ședinței când, după o nouă strigare, în ordinea listei, se va proceda

¹⁷ Pandectele Romane nr. 6/2004, p. 48, decizia nr. 1052 din 28.02.2003 a I.C.C.J., Secția Penală.

¹⁸ A se vedea art. 134 alin. (6) din Statutul profesiei de avocat.

¹⁹ Gh. Mateut, op. cit. (II), p. 34; C. Apel București, s. a. II-a pen., dec. nr. 328/1994, în Culegere de practică judiciară penală pe anul 1994 a Curtii de Apel București, cu note de Vasile Papadopol, Ed. Continent XXI, București 1995, p. 35.

²⁰ Ion Neagu op. cit., p. 237, T. mun. București, s. I-a pen., dec. nr. 556/1992, cu Nota de V. Papadopol, în Culegere de practică judiciară penală pe anul 1992 a Tribunalului Municipiului București, Casa de Editură și Presă „Sansa” SRL, București, 1993, pp. 26-27.

²¹ Ion Neagu op. cit., p. 238, T. mun. București, s. a. II-a pen., dec. Nr. 712/1991, cu Nota de V. Papadopol, în Culegere de practică judiciară penală pe anul 1991 a Tribunalului Municipiului București, Casa de Editură și Presă „Sansa” SRL, București, 1992, pp. 23-25.

²² Ion Neagu op. cit., p. 238.

conform dispozițiilor procedurale.

Astfel, „în cazul în care apărătorul inculpatului este angajat în ziua judecării, cererea de amânare în vederea pregătirii apărării nu poate fi respinsă pentru motivul că, anterior, judecata mai fusese amânată la cererea inculpatului pentru angajarea unui apărător. Refuzul apărătorului ales de a pune concluzii, în condițiile menționate, este justificat și desemnarea unui apărător din oficiu nu satisface cerințele unei apărări efective a inculpatului, hotărârea instanței fiind contrară legii și casabilă în temeiul art.385⁹ alin.1 pct.17¹ C.proc.pen²³”.

2.2. Asistența juridică obligatorie

În anumite situații, legea impune asistenta juridică a invinuitului sau inculpatului, precum și a celorlalte părți. Asemenea dispoziții legale sunt consecința directă a concepției potrivit căreia apărarea este o instituție de interes social, ce funcționează nu numai în interesul invinuitului sau inculpatului ci și în interesul asigurării unei bune desfășurări a procesului penal.

Cazurile când asistenta juridică este obligatorie constituie garanții reale și concrete ale dreptului la apărare. În aceste cazuri, lipsa apărătorului, constituie motiv de nulitate a hotărârii pronunțate.

Desemnarea din oficiu a unui singur apărător pentru mai mulți inculpați care au în cauză interese contrare echivalează cu neasistarea acestora de către apărător, în cazurile în care asistenta juridică este obligatorie potrivit legii; de aceea hotărârea pronunțată în aceste condiții este lovită de o nulitate absolută²⁴.

În același sens, în cazurile în care asistenta juridică este obligatorie potrivit legii, iar inculpații au în cauză, interese evident contradictorii, instanța trebuie să asigure asistenta juridică a acestora de către un apărător din oficiu pentru fiecare inculpat; desemnarea unui singur apărător pentru toți inculpații cu interese contrare echivalează cu neasistarea acestora de către un apărător și constituie o cauză de nulitate absolută a hotărârii pronunțate, conform art. 197 alin. 2 C.proc. pen.²⁵.

În cazul în care însă, inculpații, chiar dacă au interese procesuale contrare, și-au angajat același apărător, instanța nu poate cenzura opțiunea lor, deoarece amestecul ei ar echivala cu încălcarea normelor privind garantarea dreptului de apărare. Instanța are posibilitatea și obligația de a ține seama de contrarietatea de interese ale părților numai în cazul desemnării apărătorului din oficiu, care nu poate fi același pentru părțile aflate în această situație²⁶.

Asistenta juridică obligatorie este menită să garanteze în anumite situații dreptul de apărare al inculpatului, punându-l la adăpost de riscul rezolvării cauzei penale fără sfatul și sprijinul unui apărător calificat²⁷.

²³ Decizia penală nr. 1962/16.04.2003 a C.S.J., s. pen., în Buletinul Jurisprudenței, Culegere de decizii pe anul 2003 a I.C.C.J., Ed. All Beck, București 2005, pp. 743-744.

²⁴ (Trib. Suprem, secția penală, dec. nr. 590/1976, R.R.D. nr. 9/1976, p. 65) - Nicolae Volonciu, *Drept procesual penal* Vol. I, tipografia Universității din București, 1987, p. 123; idem Vasile Papadopol și Mihai Popovici, *Repertoriu Alfabetic de practica judiciară în materie penală pe anii 1976-1980*, Editura științifică și enciclopedică, București, 1982, p. 35.

²⁵ Trib. Jud. Tulcea, dec. pen. Nr. 53/1978, Vasile Papadopol și Mihai Popovici, *Repertoriu Alfabetic de practica judiciară în materie penală pe anii 1976-1980*, Editura științifică și enciclopedică, București, 1982, p. 37; în același sens și Decizia nr. 1555 din 11.04.2000 a C.S.J., Secția penală publicată în Gabriel Ionescu, Iosif Ionescu, *Probleme de drept din jurisprudența Curții Supreme de Justiție în materie penală, 1990-2000*, Editura Juris Argessis, București, p.618 și R.D.P. anul IX nr. 1/2002, p. 120.

²⁶ Decizia nr. 1893 din 02.09.1997 pronunțată de C.S.J. secția penală publicată în Gabriel Ionescu, Iosif Ionescu, *Probleme de drept din jurisprudența Curții Supreme de Justiție în materie penală, 1990-2000*, Editura Juris Argessis, București, p.619.

²⁷ Nicolae Volonciu, *Drept procesual penal, partea generală*, Editura didactică și pedagogică, București, 1972, p. 63.

Cand asistenta juridica este obligatorie, inculpatul nu poate fi judecat in lipsa aparatorului²⁸.

In trecut, in conceptiile arhaice, se nega necesitatea apararii, apreciindu-se in mod eronat ca "sau acuzatul e vinovat si atunci nu are nevoia unui aparator, ori este vinovat si atunci apararea sa nu mai este necesara"²⁹.

Curtea Constitutionala a constatat ca dreptul la aparare nu poate fi confundat cu dreptul la asistenta juridica obligatorie, primul fiind garantat in toate cazurile, iar cel de-al doilea fiind creat de legiuitor, care stabileste si cazurile in care se considera ca este necesar. Intrucat Legea fundamentala garanteaza dreptul la aparare, iar nu si pe cel la asistenta juridica obligatorie, Curtea a statuat ca stabilirea cazurilor in care aceasta din urma este obligatorie constituie atributul exclusiv al legiuitorului³⁰.

Curtea a mai retinut deasemenea ca dreptul la aparare, se refera la asistenta juridical facultativa, iar exceptiile de la aceasta regula pot fi stabilite in mod exclusive de legiuitor. In cazurile in care legea impune asistenta juridica obligatorie a invinutului sau inculpatului, apararea are valoarea unei institutii de cert interes social, care functioneaza atat in favoarea invinutului sau inculpatului, cat si in vederea asigurarii unei bune desfasurari a procesului penal, in considerarea unor situatii speciale ce rezulta din insasi enumerarea cuprinsa in textul de lege³¹.

Asistenta juridica obligatorie a invinutului sau a inculpatului, existenta in redactarea Codului de procedura penala intrat in vigoare la 1 ianuarie 1969, a fost extinsa prin dispozitiile Legii nr. 32/1990. Legea nr. 51/1995, republicata, a adus deasemenea modificari in material asistentei juridice obligatorii. Ultimele dintre acestea sunt aduse prin Legea nr. 356/2006. Astfel, potrivit noilor dispozitii ale art. 171 alin. 2, asistenta juridica este obligatorie cand invinuitul sau inculpatul este minor, internat intr-un centru de reeducare sau intr-un institut medical educativ, cand este retinut sau arestat chiar in alta cauza, cand fata de acesta a fost dispusa masura de siguranta a internarii medicale sau obligatia la tratament medical chiar in alta cauza ori cand organul de urmarire penala sau instanta apreciaza ca invinuitul sau inculpatul nu si-ar putea face singur apararea, precum si in alte cazuri prevazute de lege. De asemenea, in cursul judecatii, asistenta juridica mai este obligatorie si in circumstantele in care legea prevede pentru infractiunea savrasita pedeapsa detentiunii pe viata sau pedeapsa inchisorii de 5 ani sau mai mare.

Prin analiza comparata a acestui text de lege se observa reglementarea sumara a cazurilor de asistenta juridica obligatorie in forma initiala a Codului de procedura penala, urmata de extinderea acestor ipoteze prin Legea nr. 32/1990, respective Legea nr. 281/2003. In acelasi timp, inasa, conform prevederilor Legii nr. 356/2006, se constata o reducere a cazurilor in care asistenta juridical este obligatorie, prin eliminarea din cuprinsul art. 171 alin. 2 a referirilor la invinuitul sau inculpatul militar in termen, militar cu termen redus, rezervist concentrat sau mobilizat ori elev al unei institutii militare de invatamant. Noile prevederi sunt, in parte, justificate de modificarea regimului juridic al stagiului militar obligatoriu. Se remarca pe de alta parte, introducerea unor noi ipoteze legale, constand in luarea in considerare a restrangerii libertatii de miscare a invinutului ori inculpatului fata de care s-a dispus masura de siguranta a internarii medicale. De asemenea, in mod justificat, legiuitorul a conscrat asistenta juridica obligatorie si in ipoteza in care fata de invinuit sau inculpat s-a dispus masura de siguranta a obligarii la tratament medical, in considerarea starii fizice precare a acestuia, aspect care poate sa determine imposibilitatea exercitarii apararii de catre invinuit sau inculpat.

²⁸ Trib. Suprem, dec. de indrumare nr. 18/1960, Culegerea de decizii, 1960, p. 57.

²⁹ N. Volonciu, *Drept procesual penal, partea generala*, Editura didactica si pedagogica, Bucuresti, 1972, p. 59

³⁰ Decizia Curtii Constitutionale, nr. 7/2000 – Geanina Anemona Cudrutescu, *Codul de Procedura penala si legile conexe*, Editura C.H. Beck, Bucuresti, 2007, p. 162. In acelasi sens s-a pronuntat Curtea si prin Decizia nr.916 din 14 decembrie 2006, definitiva, publicata in M. Of. Nr. 50 din 23 ianuarie 2007.

³¹ Decizia Curtii Constitutionale, nr. 533/2005, *Codul de Procedura penala si legile conexe*, Editura C.H. Beck, Bucuresti, 2007, p. 162.

Situatiile in care asistenta juridica a invinuitului sau inculpatului este obligatorie in tot cursul procesului penal pot fi grupate in cinci categorii, si anume: 1) cand invinuitul sau inculpatul este minor, 2) cand fata de invinuit sau inculpat s-a dispus masura retinerii, a arestarii preventive, masura de siguranta a internarii medicale sau obligatia la tratament medical, chiar in alta cauza, ori cand acesta este internat intr-un centru de reeducare sau intr-un institut medical educativ, 3) cand organul de urmarire penala sau instanta apreciaza ca invinuitul sau inculpatul nu si-ar putea face singur apararea, 4) cand legea prevede pentru infractiunea savrasita pedeapsa detentiei pe viata sau pedeapsa inchisorii de 5 ani sau mai mare, 5) in alte cazuri prevazute de lege.

In lumina dispozitiilor Codului de procedura penala (art. 171 alin. 2 si 3), asistenta juridica este obligatorie in tot cursul procesului penal:

a) cand invinuitul sau inculpatul este minor

Obligatia de a acorda asistenta juridica se mentine in tot cursul urmaririi penale cat timp invinuitul sau inculpatul nu a devenit major. Asistenta juridica este obligatorie atat la judecarea in prima instanta, cat si in apel si recurs, numai daca minorul nu a devenit major la data sesizarii instantei respective. Cu alte cuvinte, asistenta juridica este obligatorie, in cursul judecatii, daca invinuitul sau inculpatul era minor in momentul sesizarii instantei, chiar daca ulterior, in cursul judecatii, a devenit major (art. 483 alin. 2).

De asemenea, in cazul in care inculpatul, minor la data savarsirii faptei, a devenit major, indiferent de momentul intervenirii majoratului, judecata va avea loc in sedinta nepublica³².

Avand in vedere varsta frageda a invinuitului sau inculpatului minor, cand acesta are varsta sub 16 ani, la orice ascultare sau confruntare a acestuia, daca organul de urmarire penala considera necesar, citeaza Serviciul de probatiune de la domiciliul minorului, precum si pe parinti, iar cand este cazul, pe tutore, curator sau persoana in ingrijirea ori supravegherea careia se afla minorul (art. 481 alin. 1).

In practica judiciara s-a statuat ca nerespectarea dispozitiilor legale privind asistenta juridica a inculpatului minor la prezentarea materialului de urmarire penala este sanctionata cu nulitatea absoluta si impune restitirea cauzei la procuror in vederea refacerii urmaririi penale.

Judecarea cauzei privind o infractiune savarsita de un minor se face in prezenta acestuia, cu exceptia cazului cand minorul s-a sustras de la judecata (art. 484 alin. 1). In caz contrar, fiind o incalcare a dispozitiilor legale ce reglementeaza desfasurarea procesului penal, actul este lovit de nulitate relativa, potrivit art. 197 alin. 1. Astfel, judecarea inculpatului minor de catre instanta de recurs in absenta acestuia, desi s-a facut dovada ca nu s-apatut prezenta la judecata fiind bolnav, si desemnarea unui aparator din oficiu, desi inculpatul a cerut amanarea judecatii in vederea angajarii unui aparator in locul celui ales, decedat in cursul procesului, constituie incalcare ale prevederilor art. 484 alin. 1 si ale art. 171 alin. 2 si 4 Cod proc. pen³³.

Potrivit art. 483 alin. 1 Cod proc. Pen., si art. 16 din Legea 92/1992 pentru organizarea judecatoreasca, cauzele in care inculpatul este minor se judeca potrivit regulilor de competenta obisnuite, de judecatori desemnati de catre ministrul justitiei. In jurisprudenta s-a statuat ca, inlucarea normei referitoare la judecarea cauzelor cu minori de alti magistrati decat cei desemnati se sanctioneaza cu nulitatea absoluta a hotararii pronuntate, in conditiile art. 192 alin. 2 Cod proc. pen³⁴.

b) cand fata de invinuit sau inculpat s-a dispus masura retinerii, a arestarii preventive, masura de siguranta a internarii medicale sau obligatia la tratament medical, chiar in alta cauza, ori cand

³² RIL, decizia 31/2008 M.Of. nr. 204/31.03.2009 ICCJ, Sectiile Unite.

³³ Decizia nr. 1813 din 13.07. 1997, pronuntata de C.S.J. sectia penala, publicata in Gabriel Ionescu, Iosif Ionescu, Probleme de drept din jurisprudenta Curtii Sreme de Justitie in materie penala, 1990-2000, Editura Juris Argessis, Bucuresti, p.616

³⁴ (Judecatoria Constanta, sentinta penala nr. 291/1995) – Institutul national al Magistraturii, Justitia pentru minori, Studii teoretice si jurisprudenta, Coordonatori, Maria Coca Cozma, Cristina Mihaela Craciunescu, Lavinia Valeria Lefterache, Editura Universul juridic, Bucuresti, 2003, p. 168-169

acesta este internat intr-un centru de reeducare sau intr-un institut medical educativ.

Asistenta juridica este obligatorie numai in intervalul de timp cat dureaza privarea ori restrangerea libertatii individuale; de aceea, in situatia in care invinuitul sau inculpatul a fost pus in libertate nu mai exista obligativitatea asistentei juridice la actele procesuale sau procedurale realizate ulterior punerii in libertate. Dispozitiile legale privind asistenta juridical obligatorie a inculpatului arestat sunt incalcate in situatia in care, la unul din termenele de judecata, inculpatul fiind arestat, nu i-a fost asigurata asistenta juridica, chiar daca ulterior acesta a fost lasat in libertate. Dimpotriva, nu s-a constatat inlacinarea dreptului la aparare in ipoteza in care la judecarea cauzei a participat unul dintre aparatorii alesi, in conditiile neparticiparii celui de-al doilea, pentru motive de sanatate. In aceste circumstante, cererea de amanare a judecatii a fost respinsa ca fiind nefondata. Daca inculpatul arestat are aparator ales, iar acesta, pentru motive justificate, a cerut lasarea cauzei mai la urma, instanta nu poate respinge cererea si proceda la judecarea procesului, chiar in cazul in care partea a beneficiat anterior de o amanare, desemnand din oficiu un aparator pentru inculpat; prin aceasta procedura se incalca prevederile art. 171 alin. 2 si 3 Cod proc. Pen., iar hotararea pronuntata este lovita de nulitate absoluta.

In practica judiciara s-a ridicat problema daca omisiunea asigurarii, in mod obligatoriu, a unui aparator si omisiunea prezentarii materialului de urmarire penala inculpatului – in situatia in care ascultarea acestuia in alta cauza intervine inainte de intocmirea referatului de terminare a urmaririi penale – atrage sanctiunea nulitatii absolute. Avand de rezolvat aceasta problema unele instante au hotarat intemeiat ca, desi a fost efectuata urmarirea penala in timp ce inculpatul era in stare de libertate, tinand seama de faptul ca acesta a fost arestat in alta cauza inainte de intocmirea referatului de terminare a urmaririi penale si emiterea rechizitoriului, se impune asistenta juridical obligatorie a inculpatului si prezentarea materialului de urmarire penala, conform art. 172 alin. 1 si 2.

Aceasta solutie a fost criticata, ca fiind nelegala³⁵, deoarece, in ipoteza aratata mai sus, urmarirea penala s-a desfasurat fara punerea in miscare a actiunii penale, iar invinuitul, devenit ulterior inculpat, s-a aflat in stare de libertate.

Potrivit dispozitiilor art. 257, intr-o asemenea situatie ar parea ca, prezentarea materialului de urmarire penala ar fi facultativa, singura obligatie a organului de cercetare penala fiind de a-l asculta pe invinuit. Trebuie facuta aici precizarea ca nu numai argumentele teoreticienilor dreptului procesual penal, ci si punctul de vedere al Curtii Constitutionale au reusit sa prevaleze. Astfel, prin Decizia Curtii Constitutionale nr. 24/1999, definitiva, publicata in Monitorul Oficial ai Romaniei, Partea I, nr. 136 din 1 aprilie 1999, s-a admis exceptia de neconstitutionalitate si s-a constatat ca dispozitia "(...) daca se socoteste necesar (...)" din art. 257 este neconstitutional. Asadar prezentarea materialului de urmarire penala este obligatorie (necesara), iar nu "facultativa", cum in mod neconstitutional, era caracterizat. Faptul ca, dupa terminarea urmaririi penale fara punerea in miscare a actiunii penale, inainte de intocmirea referatului de terminare a urmaririi penale, a intervenit arestarea inculpatului in alta cauza nu ar atrage obligatia organelor de urmarire penala de a da curs dispozitiilor art. 172 alin. 1 si 2, deoarece, practic, urmarirea penala, in sensul de efectuare a actelor pe careaceasta le cuprinde, s-a incheiat.

Asistenta juridica obligatorie se impune in cazurile in care, pe parcursul urmaririi penale sau la prezentarea materialului de urmarire penala, inculpatul se afla arestat³⁶, ori, ca in cazul analizat mai sus, inculpatul nu s-ar fi aflat in nici una din ipotezele aratate.

Apreciem ca este obligatorie asistenta juridica a invinuitului sau inculpatului si in ipoteza in care arestarea s-a dispus prin rechizitoriu, o data cu punerea in miscare a actiunii penale si trimiterea in judecata a inculpatului, intrucat legea nu face nici o distinctie sub aspectul asistentei

³⁵ I. Pop, Nota, in R.R.D. nr. 5/1986, pp. 69-71, Volonciu III, p. 206; D. Popescu, Comentariu in C 5, p. 157.

³⁶ T.S., dec. indrumare nr. 3/1972, in C.D., 1972, pp. 29-30; T.S., s. pen., dec. nr. 992/1982, in R.R.D., nr. 1983, p. 64.

juridice a celui arestat, in raport de natura juridica a actelor de arestare³⁷.

Asistenta juridica este obligatorie atata timp cand dureaza privarea de libertate. In situatia in care invinuitul sau inculpatul a fost pus in libertate, asistenta juridica nu mai este obligatorie pentru actele indeplinite ulterior acestei date³⁸.

Se remarca extinderea situatiilor in care invinuitul sau inculpatul beneficiaza de asistenta juridica obligatorie ca urmare a privarii libertatii, in sensul reglementarii exprese a retinerii, internarii medicale, respectiv, obligarii la tratament medical. Ratiunea acestui caz este aceeași ca și in ipoteza celui arestat sau retinut, constand in impiedicarea efectiva a celui internat sau fata de care s-a dispus obligarea la tratament medical l-a exercitarea completa a drepturilor procesuale in aparare, ceea ce conduce l-a necesitatea interventiei calificate a aparatorului.

c) cand organul de urmarire penala sau instanta apreciaza ca invinuitul sau inculpatul nu si-ar putea face singur apararea.

Exista o asemenea obligatie, spre exemplu, in cazul in care inculpatul cu privire la care s-a luat masura de siguranta a internarii medicale pe motiv ca sufera de o boala mintala solicita instantei revocarea acestei masuri. La solutionarea unei asemenea cereri, instanta are obligatia sa desemneze un aparator din oficiu in ipoteza in care inculpatul nu si-a ales aparator³⁹.

Trebuie observat ca, fata de reglementarea precedenta, legiuitorul a extins obligativitatea asistentei juridice si fata de invinuitul care nu si-ar putea face singur apararea, ea devenind in aceasta situatie obligatorie in tot cursul procesului penal si nu numai in faza de judecata.

d) in alte cazuri prevazute de lege⁴⁰.

Situatiilor in care asistenta juridica a invinuitului sau inculpatului este obligatorie in tot cursul procesului penal li se adauga, pentru faza de judecata, un singur caz, prevazut de art. 171 alin. 3 Cod proc. Pen.

³⁷ Gh. Mateut, loc. cit. (II), p. 37. In acest cotext, v. si : Decizia Curtii Constitutionale nr. 207 din 5 iunie 1997, definitiva prin constatarea nulitatii recursului ca urmare a motivarii, conform Deciziei nr. 18 din 3 februarie 1998, publicata in M.Of. nr. 77 din 18 februarie 1998; Decizia nr. 122 din 23 septembrie 1999, definitiva, publicata in M.Of. nr. 537 din 3 noiembrie 1999 (prin care s-a respins ca inadmisibila exceptia de neconstitutionalitate a dispozitiilor art. 257 din Codul de procedura penala invocata in raport de art. 16, art. 21, art. 25 si art. 48 din Constitutie); Decizia Curtii Constitutionale a Romaniei nr. 187 din 18 noiembrie 1999, definitiva, publicata in M. Of. nr. 64 din 14 februarie 2000 (prin care , de asemenea, s-a respins ca fiind inadmisibila, exceptia de necostitutionalitate a dispozitiilor art. 257 din Codul de procedura penala invocata in raport de art. 24 din Constitutie).

³⁸ C. Apel Bucuresti s. a II-a pen. dec. nr. 328/1994, in C 13, p. 35. S-a mai aratat (Gh. Mateut, loc. cit. (II), p. 37) ca dispozitiile legale privind asistenta juridica obligatorie a inculpatului arestat sunt incalcate in ipoteza in care la unul din termenele de judecata, inculpatul fiind arestat, nu a fost asistat de aparator, chiar daca ulterior a fost pus in libertate (T. jud. Timis, dec. pen. nr. 340/1970, in R.R.D. nr. 12/1970, p. 177), ori cand, la urmarirea penala, a fost ascultat de procuror in lipsa aparatorului (C. Apel Bucuresti, s. a II-a, dec. nr. 76/1994, in Curtea de Apel Bucuresti, Culegere de Practica Judiciara Penala pe anul 1994, cu note de Vasile Papadopol, Editura Continent XXI, Bucuresti, 1995, p. 30; C. S. J., s. p., dec. nr. 394/1993, in Dr. nr. 3/1994 p. 113) sau in situatia in care judecata cererii de prelungire a arestarii inculpatului s-a facut in lipsa aparatorului (C. Apel Bucuresti, s. I-a pen., dec. nr. 126/1994, in Curtea de Apel Bucuresti, Culegere de Practica Judiciara Penala pe anul 1994, cu note de Vasile Papadopol, Editura Continent XXI, Bucuresti, 1995, p. 31).

³⁹ T.S., s. pen., dec. nr. 4571/1971, in R.R.D. nr. 12/1972, p. 145; T.S., s. pen., dec. nr. 724/1974, in Vasile Papadopol, Mihai Popovici, Repertoriu Alfabetic de Practica Judiciara in Materie Penala pe anii 1976 – 1980, Editura Stiintifica si Enciclopedica, Bucuresti, 1982, p. 35; T. jud. Dolj, dec. pen. nr. 71/1981, in Vasile Papadopol, Mihai Popovici, Repertoriu Alfabetic de Practica Judiciara in Materie Penala pe anii 1976 – 1980, Editura Stiintifica si Enciclopedica, Bucuresti, 1982, p. 52.

⁴⁰ In literatura de specialitate (G. Vlaicu, Apararea din oficiu la cererea inculpatului, in Dr. nr. 7/1993, pp. 54-55; Gh. Mateut, loc. cit., (II), p. 40) s-a mai aratat ca fata de continutul art. 24 din Constitutie care stipuleaza ca "dreptul la aparare este garantat" si ca "in tot cursul procesului, partile au dreptul sa fie asistate de un avocat ales sau numit din oficiu", asistenta juridica nu poate fi respinsa nici atunci cand inculpatul cere completului de judecata deasemenea unui aparator din oficiu, care sa-i asigure asistenta juridica, in afara cazurilor cand apararea este obligatorie potrivit legii.

-in cursul judecatii, asistenta juridica este obligatorie pentru inculpat si in cauzele in care legea prevede pentru infractiunea savarsita pedeapsa detentivii pe viata sau pedeapsa inchisorii mai mare de 5 ani⁴¹.

Reglementand aceasta situatie, textul legii se refera la pedeapsa prevazuta in partea speciala a Codului penal pentru infractiunea dedusa judecatii, si nu la pedeapsa majorata sau diminuată ca urmare a constatarii unor cauze de agravare sau atenuare prevazute in partea generala a Codului penal⁴².

Apreciem, in acord cu opinia exprimata⁴³, in practica judiciara⁴⁴, ca dispozitia art. 171 alin. 3 nu se aplica in cazul infractiunilor ramase in faza de tentativa daca jumatatea maximului special nu este mai mare de 5 ani. Sub acest aspect, nu isi gaseste rezonanta in dispozitiile legii (art. 171 alin. 3) conceptia potrivit careia asistenta juridica este obligatorie si in cazul tentativei la toate infractiunile pentru care pedeapsa prevazuta de lege este mai mare de 5 ani⁴⁵.

In situatia in care in cursul judecatii se schimba incadrarea juridica a fetei intr-o infractiune care presupune asistenta juridica obligatorie, atunci se va asigura o asemenea asistenta, sub sanctiunea nulitatii absolute. In faza de judecata, dreptul la asistenta juridica este intotdeauna conditionat de prezenta inculpatului la judecata⁴⁶.

O asemenea conditie este justificata, avand in vedere continutul notiunii de asistenta juridica si de delimitare a acesteia fata de reprezentare, cu atat mai mult cu cat, in cazurile prevazute expres de lege (spre exemplu, in cazul in care inculpatul se afla internat in spital si din cauza starii sanataii nu poate fi adus in fata instantei, ori in alte cazuri in care deplasarea sa nu este posibila, in procedura plangerii inculpatului impotriva incheierii prin care s-a dispus arestarea sa ori a ordonantei sau incheierii de obligare de a nu parasii localitatea sau in procedura de prelungire a arestarii preventive), aparatorul poate indeplini si calitatea de reprezentant. Or, prezenta personala a inculpatului este de esenta asistentei juridice, in afara de cazurile in care aparatorul are si calitatea de reprezentant legal.

⁴¹ Judecarea recursului declarat de procuror fara ca inculpatul achitat pentru infractiunea de luare de mita sa fie asistat de aparator atrage nulitatea absoluta a hotararii deoarece, in acest caz, asistenta juridica era obligatorie, conform art. 171 alin. 3 (C.S.J., pen., dec. nr. 1712/1992, nepublicata). In acalasi sens, I. C.C.J., s. pen., dec. nr. 171/2005, in Inalta Curte de Casatie si Justitie, Buletinul Jurisprudentei, Culegere de Decizii pe anul 2005, Editura C.H. Beck, Bucuresti, 2006, pp. 975-976; C. Apel Bucuresti, s. I-a pen., dec. nr. 127/20005, in Curtea De Apel Bucuresti, Culegere de Practica Judiciara in materie penala 2005, Editura Unieversul Juridic, Bucuresti, 2006, p. 237-238; C. Apel Bucuresti, s. I-a pen., dec. nr. 1110/2004, in Curtea De Apel Bucuresti, Culegere de Practica Judiciara penala, 2003- 2004, Editura Brilliance, Piatra Neamt, 2006, pp. 266-270; C. Apel Bacau, s. pen., dec. nr. 375/2004, in Jurisprudenta Nationala 2004 -2005, Practica Judicaira a curtilor de apel si a Tribunalelor, Editura Briliance, Piatra Neamt, 2006, pp. 705-706; C. Apel Bucuresti, s. I-a pen., dec. nr. 181/20003, in Curtea De Apel Bucuresti, Culegere de Practica Judiciara penala, 2003- 2004, Editura Brilliance, Piatra Neamt, 2006, pp. 245-246.

⁴² T.S., s. pen., dec. nr. 1622/1972, in R.R.D. nr. 2/1973, p. 165.

⁴³ Dongoroz I, p.353.

⁴⁴ T. jud. Suceava, dec. pen. nr. 129/1982, nepublicata.

⁴⁵ V. Ramureanu, Asistenta juridica a inculpatului in fata judecatii, in R.R.D. nr. 10/1972, p. 36; M. C. Ardeleanu, Asistenta juridica in caz de tentativa la infractiunea pentru care legea prevede pedeapsa inchisorii mai mare de 5 ani, in R.R.D. nr. 9/1982, pp. 27-32. Gh. Mateut, loc. cit. (II), pp. 38-39; C.S.J., s. m., dec. nr. 25/1994, in Curtea Suprema de Justitie, Buletinul Jurisprudentei, Culegere de Decizii pe anul 1994, Editura Proema, Baia Mare 1995, pp.165-166.

⁴⁶ Gh. Mateut, loc. cit. (II), p. 39; D. Popescu, comentariu la T.S., s. pen., dec. nr. 7/1969 si T. S., s. pen., dec. nr. 489/1974, in George Antoniu, Vicolae Volonciu, Ion Neagu, Valeriu Stoica, Dana Popoescu, Vasile Papadopol, Practica Judiciara Penala volumul 4, Editura Academiei Romane, Bucuresti, 1993, p. 158; V. Papadopol, nota la C. Apel Bucuresti, dec. nr. 250/1994, in Curtea de Apel Bucuresti, Culegere de Practica judiciara Penala pe anul 1995, Cu note de Vasile Papadopol, Editura Continent 21 XXI, Bucuresti, 1996, pp. 33-34; Gr. Theodoru, L. Moldovan, Drept procesual penal, Ed. Stiintifica si Pedagogica Bucuresti, 1979, p. 66; Dongoroz I, p. 50; George Antoniu, Vicolae Volonciu, Ion Neagu, Valeriu Stoica, Dana Popoescu, Vasile Papadopol, Practica Judiciara Penala volumul 4, Editura Academiei Romane, Bucuresti, 1993, p. 188; V. Papadopol, nota la T. mun. Bucuresti, s I-a pen., dec. nr. 556/1992, in Tribunalul Municipiului Bucuresti, Culegere de Practica Juudiciara Penala, pe anul 1991, Cu note de Vasile Papadopol, Casa de Editura si presa Sansa SRL, Bucuresti, 1992, p. 26

Avand in vedere pozitia procesuala deosebita a invinuitului sau inculpatului, asa cum am observat mai sus, cazurile de asistenta juridica obligatorie il privesc numai pe acesta. In mod exceptional, legea prevede si asistenta juridica obligatorie a celorlalte parti (partea vatamata, partea civila si partea responsabila civilmente). Astfel, in art. 173 alin. 3, se arata ca, in situatia in care organul judiciar apreciaza ca, din anumite motive, oricare alta parte decat inculpatul nu si-ar putea face singur apararea, dispune din oficiu sau la cerere luarea masurilor pentru desemnarea unui aparator⁴⁷.

Referitor la consecintele nerespectarii dispozitiilor legale privind asistenta juridica a inculpatului, s-au purtat discutii, pornindu-se de la prevederile art. 197 alin. 2, anterior modificarii prin Legea nr. 356/2006.

Intr-o prima opinie⁴⁸, s-a sustinut ca, atunci cand asistenta juridica priveste pe invinuit, lipsa aparatorului poate atrage nulitatea reletiva prevazuta in art. 197 alin. 1 (daca s-a adus invinuitului o vatamare care nu poate fi inlaturata in alt mod, decat prin anularea actului), ori cea prevazuta in art. 197 alin. 4, atunci cand anularea actului efectuat in absenta aparatorului "este necesara pentru aflarea adevarului si justa solutionare a cauzei". In argumentarea acestei opinii, s-a invocat art. 197 alin.2 care reglementa expres doar consecinta nesocotirii dispozitiilor relativa la prezenta si asistarea inculpatului. Prin aceasta, se conturau situatii distincte in ceea ce priveste asistenta juridica a invinuitului (persoana fata de care s-a inceput urmarirea penala si care este subiect de drepturi si obligatii procesuale, neavand calitatea de parte in procesul penal) si asistenta juridica a inculpatului (persoana impotriva careia s-a pus in miscare actiunea penala, avand calitatea de parte in procesul penal).

Intr-o a doua opinie⁴⁹, s-a aratat ca desi art. 197 alin. 2 are in vedere in mod expres doar situatia inculpatului, in realitate se refera la ansamblul prevederilor art. 171 si art. 173 care cuprind cazurile de asistenta juridica obligatorie a invinuitului sau inculpatului, situatia invinuitului fiind asimilata de legiuitor cu aceea a inculpatului in ceea ce priveste caracterul obligatoriu al asistentei juridice, acolo unde legea prevede o asemenea interpretare este in deplin acord cu prevederile art. 171 alin. 2 [asistenta juridica este obligatorie cand invinuitul sau inculpatul este minor (...)]. Aceasta interpretare este impusa si de ratiunea caracterului obligatoriu al asistentei juridice in cazurile prevazute expres de lege, nefiind admis sa se fac discriminare, sub acest aspect, intre invinuit si inculpat.

De lege lata, prin raportare la prevederile art. 197 alin. 2, modificat prin Legea nr. 356/2006, sanctiunea nulitatii absolute devine incidenta si in ipoteza in care sunt incalcate normele relative la participarea si asistarea invinuitului de catre aparator, atunci cand sunt obligatorii potrivit legii.⁵⁰

3. Concluzii

Alegerea aparatorului poate fi facuta atat in cazul asistentei facultative, cat si in cadrul asistentei obligatorii, atat in faza de urmarire penala cat si in cursul fazei de judecata iar apararea

⁴⁷ S-a aratat ca pentru ca asistenta juridica sa fie obligatorie intr-un astfel de caz este necesar ca din cuprinsul hotararii judecatoresti sa rezulte in mod explicit concluzia instantei in sensul ca inculpatul nu si-ar putea face singur apararea (D. Popescu, Comentariu, in George Antoniu, Vicolae Volonciu, Ion Neagu, Valeriu Stoica, Dana Popoescu, Vasile Papadopol, Practica Judiciara Penala volumul 4, Editura Academiei Romane, Bucuresti, 1993, p. 158).

⁴⁸ V. Ramureanu, Asistenta juridica a invinuitului sau inculpatului in faza urmaririi penale, in R.R.D. nr. 9/1971, pp. 34-35; V. Papadopol, Nota la T. mun. Bucuresti, s. a II-a pen., dec. nr. 507/1991, in Tribunalul Municipiului Bucuresti, Culegere de Practica Juudiciara Penala, pe anul 1991, Cu note de Vasile Papadopol, Casa de Editura si presa Sansa SRL, pp. 26-28.

⁴⁹ se vedea, in acest sens: Gh. Mateut, loc. cit. (II), p. 41; D. Popescu, Comentariu la T.S., s. pen., dec. nr. 3786/1982, in George Antoniu, Vicolae Volonciu, Ion Neagu, Valeriu Stoica, Dana Popoescu, Vasile Papadopol, Practica Judiciara Penala volumul 4, Editura Academiei Romane, Bucuresti, 1993, p. 156; I. Dumitru, op. cit., pp. 55-56.

⁵⁰ Ion Neagu op. cit., p. 241-248

este o institutie de interes social, ce functioneaza nu numai in interesul invinutului sau inculpatului ci si in interesul asigurarii unei bune desfasurari a procesului penal.

Astfel, asistenta juridica este obligatorie cand invinutul sau inculpatul este minor, internat intr-un centru de reeducare sau intr-un institut medical educativ, cand este retinut sau arestat chiar in alta cauza, cand fata de acesta a fost dispusa masura de siguranta a internarii medicale sau obligatia la tratament medical chiar in alta cauza ori cand organul de urmarire penala sau instanta apreciaza ca invinutul sau inculpatul nu si-ar putea face singur apararea, precum si in alte cazuri prevazute de lege. De asemenea, in cursul judecatii, asistenta juridica mai este obligatorie si in circumstantele in care legea prevede pentru infractiunea savrasita pedeapsa detentiunii pe viata sau pedeapsa inchisorii de 5 ani sau mai mare.

Pe de alta parte, avand in vedere natura relatiilor dintre aparator si parte precum si caracterul de deplina confidentiala al acestor raporturi, cei interesati trebuie sa aiba posibilitatea sa recurga la serviciile aparatorului pe care il aleg personal.

In concluzie, intr-o societate intemeiata pe respect fata de justitie, avocatul indeplineste un rol eminent. Misiunea sa nu se limiteaza doar la executarea fidela a unui mandat in cadrul legii. Intr-un stat de drept, avocatul este indispensabil justitiei si justitiabililor si are sarcina de a apara drepturile si libertatile acestora: el este deopotriva sfatuitorul si aparatorul clientului sau.

Referințe bibliografice

1. Ion Neagu, *Tratat de procedura penala – Partea generala*, Editura Universul Juridic, Bucuresti, 2008
2. Ligia Danila, *Organizarea si exercitarea profesiei de avocat*, Editura Lumina Lex, 1999
3. Ion Tanoviceanu, *Tratat de drept si procedura penala*, editiunea a doua, revazut si completat, Tipografia Judiciar, Bucuresti, 1927
4. Vintila Dongoroz, Siegfried Kahane, George Antoniu, Constantin Bulai, Nicoleta Iliescu, Rodica Stanoiu, *Explicatii teoretice ale Codului de procedura penala roman. Partea generala*, volumul I, Editura Academiei, Bucuresti, 1975
5. *Revista Dreptul* nr. 6/1996
6. Gheorghe Nistoreanu, Mihai Apetrei si Laurentiu Nae – *Asistenta juridica in procesul penal*, Editura Ministreului de Interne, 1993
7. Nicolae Volonciu, *Tratat de procedura penala, partea generala*, volumul I, Editura Paideia, Bucuresti, 1993
8. *Codul de procedura penala*, republicat in Monitorul Oficial nr. 78 din 30.04.1997 cu modificarile si completarile ulterioare
9. *Pandectele Romane* nr. 6/2004
10. *Culegere de practica judiciara penala pe anul 1994 a Curtii de Apel Bucuresti*, cu note de Vasile Papadopol, Editura Continent XXI, Bucuresti 1995
11. *Culegere de practica judiciara penala pe anul 1992 a Tribunalului Municipiului Bucuresti*, Casa de Editura si Presa „Sansa” SRL, Bucuresti, 1993
12. *Culegere de practica judiciara penala pe anul 1991 a Tribunalului Municipiului Bucuresti*, Casa de Editura si Presa „Sansa” SRL, Bucuresti, 1992
13. *Buletinul Jurisprudentei, Culegere de decizii pe anul 2003 a Inalta Curte de Casatie si Justitie*, Editura All Beck, Bucuresti 2005
14. Nicolae Volonciu, *Drept procesual penal Volumul I*, tipografia Universitatii din Bucuresti, 1987
15. Vasile Papadopol si Mihai Popovici, *Repertoriu Alfabetic de practica judiciara in materie penala pe anii 1976-1980*, Editura stiintifica si enciclopedica, Bucuresti, 1982
16. Gabriel Ionescu, Iosif Ionescu, *Probleme de drept din jurisprudenta Curtii Sreme de Justitie in materie penala, 1990-2000*, Editura Juris Argessis, Bucuresti

17. Revista de Drept Penal anul IX nr. 1/2002
18. Nicolae Volonciu, Drept procesual penal, partea generala, Editura didactica si pedagogica, Bucuresti, 1972
19. Tribunalul Suprem, Culegerea de decizii, 1960
20. Codul de Procedura penala si legile conexe, Editura C.H. Beck, Bucuresti, 2007
21. Institutul national al Magistraturii, Justitia pentru minori, Studii teoretice si jurisprudenta, Coordonatori, Maria Coca Cozma, Cristina Mihaela Craciunescu, Lavinia Valeria Lefterache, Editura Universul juridic, Bucuresti, 2003
22. Revista Romana de Drept nr. 5/1986
23. Revista Romana de Drept nr. 12/1970
24. Curtea de Apel Bucuresti, Culegere de Practica Judiciara Penala pe anul 1994, cu note de Vasile Papadopol, Editura Continent XXI, Bucuresti, 1995
25. Revista Romana de Drept nr. 12/1972
26. Vasile Papadopol, Mihai Popovici, Repertoriu Alfabetic de Practica Judiciara in Materie Penala pe anii 1976 – 1980, Editura Stiintifica si Enciclopedica, Bucuresti, 1982
27. Revista Dreptul nr. 7/1993
28. Inalta Curte de Casatie si Justitie, Buletinul Jurisprudentei, Culegere de Decizii pe anul 2005, Editura C.H. Beck, Bucuresti, 2006
29. Curtea De Apel Bucuresti, Culegere de Practica Judiciara in materie penala 2005, Editura Unieversul Juridic, Bucuresti, 2006
30. Curtea De Apel Bucuresti, Culegere de Practica Judiciara penala, 2003- 2004, Editura Brilliance, Piatra Neamt, 2006
31. Jurisprudenta Nationala 2004 -2005, Practica Judicaira a curtilor de apel si a Tribunalelor, Editura Briliance, Piatra Neamt, 2006
32. Curtea De Apel Bucuresti, Culegere de Practica Judiciara penala, 2003- 2004, Editura Brilliance, Piatra Neamt, 2006
33. Revista Romana de Drept nr. 2/1973
34. Revista Romana de Drept nr. 10/1972
35. Revista Romana de Drept nr. 9/1982
36. Curtea Suprema de Justitie, Buletinul Jurisprudentei, Culegere de Decizii pe anul 1994, Editura Proema, Baia Mare 1995
37. George Antoniu, Vicolae Volonciu, Ion Neagu, Valeriu Stoica, Dana Popoescu, Vasile Papadopol, Practica Judiciara Penala volumul 4, Editura Academiei Romane, Bucuresti, 1993
38. Curtea de Apel Bucuresti, Culegere de Practica judiciara Penala pe anul 1995, Cu note de Vasile Papadopol, Editura Continent 21 XXI, Bucuresti, 1996
39. Gr. Theodoru, L. Moldovan, Drept procesual penal, Ed. Stiintifica si Pedagogica Bucuresti, 1979
40. Tribunalul Municipiului Bucuresti, Culegere de Practica Juudiciara Penala, pe anul 1991, Cu note de Vasile Papadopol, Casa de Editura si presa Sansa SRL, Bucuresti, 1992,
41. Revista Romana de Drept nr. 9/1971
42. Revista Romana de Drept nr. 3/1972

FIGHTING MONEY LAUNDERING. INTERNATIONAL REGULATIONS

CONSTANTIN NEDELCU*

Abstract

The new millenium has brought not only an accentuated globalization of the world markets, but also an unprecedented deepening of interdependencies existing among national economies. Obviously, these processes have encouraged both the development of worldwide economy, but also of transnational organized crime and of terrorism. The continuous growth of the volume of capitals obtained as a result of activities specific to organized crime has led to an increase of the need for reusing these funds so that the worrying situation has been reached that the underworld leaders and the operators involved in money landering might control and influence important sectors belonging to economy, finances, politics and administration in certain world countries. The laundering of money resulted from illegal activities influences directly the free access to investments, it affects the legal job market, the sale, the consumption, but also the proper production.

Key words : *money laundering , international regulations, illicit traffic in narcotic drugs, the search, seizure and confiscation of the proceeds from crime*

Introduction

The money laundering issue was approached, in an organized manner, in the contents of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, concluded on 20 December 1988, at Vienna, for the purpose of sensitizing the international community for fighting drug trafficking¹.

The signatory parties hereof, being aware that the illicit traffic represents a source of substantial financial earnings, allowing to transnational criminal organizations to enter and to corrupt the state structures, the legal trade and financial activities, as well as the society at all its levels, took the first measures in order to restrain the actions for reusing the funds resulted from drug trade.

In very short time, the sources of dirty money, as well as the opportunities of their reuse extended, and thus considerable proceeds resulted from component activities of underground economy mainly are infiltrated in the real economy through the agency of various methods.

Of course, „the money laundering ” is not a new activity, the tendency to hide the illicit origin of these amounts and to confer them an apparent legal character and implicitly honesty and respectability to the owners of these amounts, has ancient origins. To this end we can remember the merchants and the usurers in the Middle Age who, for the purpose of hiding the interests received for the loans granted by them, in the situation in which the Catholic Church had forbidden the usury, appealed to a various range of financial tricks, corresponding substantially to the present techniques of funds reuseage.

For the first time the term „money laundering” itself appeared in the publications of the year 1973 in relation to the name of the American president Richard Nixon. Besides, it was considered that in the adoption of the „anti-alcohol law” in USA, fact which encouraged the money laundering, the state traditions were not taken into account, such as the freedom to own a gun, open boundaries between the states forming the federation, legislative autonomy of certain states from the federal one, absence of cultural traditiona etc.

* University Lecturer, Ph.D., Faculty of Law, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: constantin.nedelcu@univnt.ro).

¹ V. Florescu, *Drept bancar și valutar*, Bucharest, C.H. Beck Publishing House, 2006, pag. 85.

But the nucleus itself of the money laundering phenomenon or of the legalization of illegal proceeds has been met ever since the Ancient Times. In the VIth century B.C., Amasis Czar obliged each Egyptian individual to declare its annual proceeds to the head of the province. Those who shrieked from these regulations or could not justify legally the source of their proceeds were threatened with death. The reformer Solon established the same order in Athens. However, it was quite difficult to embellish your life based upon illegal proceeds, respectively and the opportunity to gain such proceeds had decreased substantially. And because there lacked certain regulations concerning the banking activity, the securities market etc., initially the money laundering appeared due to this fact. Obviously, it is easier to gain, firstly, an income in illegal ways and then to make it legal, than to gain it initially in a legal way, and consequently a substantial part of the amounts are not paid up to the state budget.

Becoming a dangerous social phenomenon, the money laundering was obligatorily exposed in the criminal legal rules. To this end, the criminal law grants a support by including the money laundering offence in the category of offences subject to punishment.²

It was deemed that the action of „money laundering” appeared in the 20th years of the XXth century, and the individual having invented it was the American gangster Al Capone. At that time, the Mafia clans invented an ingenious method of legalization of money gained in illegal ways. They did it through the agency of chemical laundries. The country had been studded with laundries. Through the agency of those networks of laundries, the Mafia „was laundering” the criminal income, using an absolutely uncomplicated scheme: the daily profit resulted from the activity of these legal companies was mixed with „dirty money”, the latter being declared as legal income. This history led to the retention of the „laundering” term which, even if used figuratively, expressed however in a clear way the essence of the entire illegal process.

„Dirty money” are placed at the beginning of the process and, exceeding several stages of „technical processing”, they become finally „clean”, that is completely legal. In exchange, Maier Lanski created different laundering methods. He was guided by the principle according to which all proceeds not known by the tax services were not subject to taxation. He was the first to evaluate the priorities of the accounts in Swiss banks, of the offshore areas and of gambling. Nowadays, the fast-food restaurants, the casinos and the companies based upon cash serve to this purpose.³

The transparency and the welfare condition of financial markets are the key elements in the efficient functioning of economies, but they can be endangered by the money laundering phenomenon. Gaining „black money”, mainly from the underground economy and corruption, represents generally an activity unanimously condemned in all the world states, but the process of reusing funds, by its given inoffensive aspect, may slip one’s attention especially in relation to hard competition existing in the international capitals’ market.

The money laundering is a complicated process crossing several stages and involving several individuals and institutions. The funds reusing is a complex process by which the proceeds gained from an offence are carried, assigned, turned into or mixed with legal funds, for the purpose of hiding the origin or the ownership right over the respective earnings⁴. The need for reusing money arises from the wish to hide an offence. It is the most dangerous component of the underground economy and includes: the activities of drugs manufacture, distribution and consumption, weapons trafficking, nuclear material trafficking, motor vehicle theft, prostitution, human trafficking, corruption, blackmail, coin or other valuables counterfeiting, contraband, etc.

International regulations on fighting money laundering

1. The United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances concluded at Vienna

² I. Melinescu, Talianu, *Investigațiile financiare în domeniul spălării banilor*, Bucharest, Imprimeria Națională Publishing House, 2004, pag. 88.

³ C. Dauphin, *Ghidul cu adevărat practic al paradisurilor fiscale*, Tribuna Publishing House, 1999, pag. 47.

⁴ N. Cristuș, *Evaziunea fiscală și spălarea banilor*, Hamangiu Publishing House, 2006, pag. 24.

As a starting point in the international regulation of the „money laundering” concept, the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances concluded on 20 December 1988 at Vienna is retained firstly.

It qualified the money laundering as an independent offence structure.

The money laundering was defined in the contents of the Convention of 1988 such as:

„(i) the conversion or transfer of property, knowing that such property is derived from any offence or offences established according to subparagraph a) hereof or from an act of participation in such offence or offences, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or of assisting any person who is involved in the commission of such an offence or offences to evade the legal consequences of his actions;

ii) the concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement, rights with respect to, or ownership of property, knowing that such property is derived from an offence or offences established in compliance with subparagraph a) hereof or from an act of participation in such an offence or offences” (art.3 paragraph 1 letter b).”

The deficiency of the Convention of 1988 consists in incriminating only the legalization of proceeds gained from a single source – that of the drug trafficking. Consequently, this definition remains restrictive, as the money laundering may have as purpose to conceal or put into circulation the funds derived from other illicit activities (perjury, corruption, organized crime etc.), in relation to the illicit traffic of narcotic drugs.⁵

2. Convention on money laundering, search, seizure and confiscation of the proceeds from crime

Being imposed by the time requirements and for eliminating the deficiencies of the Convention of 1988, there was worked out the Convention on money laundering, search, seizure and confiscation of the proceeds from crime, signed at Strasbourg on 8 November 1990. The latter was preceded by a conference held in Oslo (17-19 June 1986), within which the European ministers of justice examined the criminal aspects related to the narcotic drug abuse and trafficking, including the need for fight against toxicomania by unbalancing the drugs market, frequently related to organized crime and even to terrorism, by measures such as freezing and confiscating the proceeds of this trafficking. Consequently, there was created a limited Committee of experts which, under the terms and conditions of its mandate, had to examine the enforceability of the European Conventions in the criminal field in relation to the search, seizure and confiscation of the proceeds from crime and to develop an European legal document pertaining to the given field. The draft of the convention was worked out during nine meetings of the limited Committee within the period October 1987 – April 1990.

One of the tasks of the Convention is to facilitate the international cooperation concerning the mutual support for the purpose of investigation, search, seizure and confiscation of proceeds from any kind of crime, especially from serious crimes and, moreover, from offences related to narcotic drugs, weapons trafficking, terrorism, trafficking of children and women and other offences bringing fabulous proceeds. Another major objective of the Convention consists in the creation of an instrument under which the states would be obliged to introduce efficient measures in their domestic law for fighting against serious crimes and for depriving the offender of the proceeds from their illegal activity. The domestic law is very different from one country to another and sometimes it does not grant to the services in the criminal field the powers needed for reaching such objectives at the internal level. That is why, the limited Committee deemed it necessary that the Member States should approach their domestic law and take efficient measures to discover the offences. This does not mean that the laws of the states have to be harmonized, but at least, they should be able to find the most efficient cooperation means.

⁵ G. Antoniu, *Reflecții asupra crimei organizate*, in R.D.P., no.4, 2006.

Moreover, the recitals of the Convention of 1990 points out that the fight against criminality may have results if only the states not sanctioning the money laundering would adopt certain legislative measures for the purpose of punishing this offence. The Convention requires that the parties thereto should adopt measures deemed to be necessary for considering the money laundering related activities as criminal offences in their domestic law. Contrary to most of the conventions with respect to international cooperation in criminal field, worked out within the European Council, this Convention does not include the „European” adjective in its title. This omission expresses the opinion of the editors who deemed that this document should be available for being signed, in the same way, to the states sharing the conceptions of the Member States of the European Council, without being members of this Organization.⁶

The Strasbourg Convention represents the first international document describing the essence of money laundering by defining it in art.6 such as:

„a) the conversion or transfer of property, knowing that such property is proceeds, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or of assisting any person who is involved in the commission of the predicate offence to evade the legal consequences of his actions;

b) the concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement, rights with respect to, or ownership of, property, knowing that such property is proceeds; and, subject to its constitutional principles and the basic concepts of its legal system;

c) the acquisition, possession or use of property, knowing, at the time of receipt, that such property was proceeds from crime;

d) participation in, association or conspiracy to commit, attempts to commit and aiding, abetting, facilitating and counseling the commission of any of the offences established in compliance with this article.”

Under the above-mentioned opinion, Strasbourg Convention expands substantially the scope of sources for gaining illegal proceeds others than from drug trafficking set forth by Vienna Convention of 1988. Actually, the remaining international, regional or internal documents existing subsequently to the adoption of the Convention of 1990 in money laundering field are deemed to reproduce, more or less, its provisions.

The material element of money laundering offence, understood for the purpose of the Convention of 1990, comprises three forms or methods set forth at letters a), b) and c), and the provisions of letter d) are not actually an independent form of offence, but materialize the causes of action subject to liability, separately from the participation degree or from the stage of offence.

In so far as the criminalization of the actions indicated in the Convention does not violate the fundamental principles and concepts of the legal system of the state ratifying it, it has to incriminate the indicated actions.

3. United Nations Convention against Transnational Organized Crime signed at Palermo on December 2000

Regulations concerning the enforcement of criminal liability for money laundering are also set forth in Palermo Convention against Transnational Organized Crime concluded on December 2000.

Criminalization of the laundering of proceeds from crime is made in art. 6 of Palermo Convention, according to which *„the following actions shall be deemed as blamable from the criminal point of view when committed deliberately:*

a.1.) the conversion or transfer of property, knowing that such property is the proceeds from crime, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or of helping any person who is involved in the commission of the predicate offence to evade the legal

⁶ Gr. Geamănu, *op. cit.*, pag. 256.

consequences of his or her action;

a.2.) the concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement or ownership of or rights with respect to property, knowing that such property is the proceeds from crime;

b) subject to the basic concepts of its legal system:

b.1.) the acquisition, possession or use of property, knowing, at the time of receipt, that such property is the proceeds from crime;

b.2.) participation in, association with or conspiracy to commit, attempts to commit and aiding, abetting, facilitating and counselling the commission of any of the offences established in compliance with this article”.

Examining the provisions of Palermo Convention, we shall point out that by „initial action” it means any de jure violation resulting in the gain of proceeds, in relation to which the actions set forth at art. 6 of the Convention may be committed.

Although the syntagm „any de jure violation” is used in art.2 of the Convention, the „offence” term is still used in the contents. That is why, initially, Palermo Convention expanded substantially the source of illegal proceeds, in relation to Strasbourg Convention for which the initial action could be offence.

According to Palermo Convention as well, the offences committed outside the jurisdiction of any party-state shall be primary action only provided that it is blamable from the criminal point of view according to the domestic law of the state where it was committed, but, at the same time, it would be blamable from the criminal point of view in compliance with the domestic law of the party-state in which the respective article is executed or enforced, as well, if only it had been committed there. As a consequence, this provision acknowledges the principle of double incrimination of the primary action, from which the criminal proceeds derive, being legalized subsequently.

4. European Council Convention against Corruption

Simultaneously, besides the above-mentioned conventions, appreciating the recent development contributing to the improvement of the awareness and of the cooperation at the international level in the fight against corruption, inclusively through the agency of the actions undertaken by the United Nations, the World Bank, the International Monetary Fund, the World Trade Organization, the Organization of American States and European Union, the Criminal Law Convention on Corruption was adopted within the European Council, which incriminated the action of laundering of money derived from corruption delicts in art.13. According to this Criminal Law Convention on Corruption, „each party shall adopt legislative measures and other measures proved to be necessary for establishing as criminal offences, in compliance with its domestic law, the actions mentioned in the *Convention on money laundering, search, seizure and confiscation of the proceeds from crime*, art.6 §1 and 2, under the terms and conditions set forth by it, when the main offence is made up of one of the offences established pursuant to articles from 2 to 12 hereof, in so far as the Party has not formulated any reserves or statements related to these offences or does not consider them as serious offences, with respect to money laundering laws”. By primary offence, this Convention meant the corruption offences: active and passive corruption of the national public agents, the corruption of the members of national public assemblies, the corruption of foreign public agents, the corruption of the members of foreign public assemblies, the active and passive corruption in the private sector, the corruption of international officers, the corruption of the members of international parliamentary assemblies, the influence peddling. As a matter of fact, this does not mean that the scope of primary offences is limited, with respect to the actions set forth in Strasbourg Convention of 1990, but only is going to materialize their scope in case of corruption offences. The authors of this Convention considered that, because of the close relations proved to exist between corruption and money laundering, it is very important for it to include the

laundering of proceeds from corruption as an offence, as well. Nevertheless, if a country considers that certain corruption offences are not „serious” according to its laws on money laundering, it shall not be constrained to amend the definition of laundering, so that the content of the notion itself „money laundering” be similar to that set forth by Strasbourg Convention.⁷

Returning to the definition of the notion, we can state that this manipulation of money by different transactions, which could remove the traces of the source and their origin, has been acknowledged almost unanimously and regionally worldwide or by the Member States of certain international organizations.

5. The Directive 91/308 of the European Economic Council of 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering

Based upon the principle according to which the laundering of capitals derived from any serious offence has to be deemed as criminal action in the Member States of the European Union, as well, under the protection of the European Economic Council of the European Union there was created the Directive no. 91/308 of 10 June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering.

The reasoning for adopting this Directive consists in the fact that using of the credit institutions and of the financial institutions for capital laundering can lead to seriously compromising the solidarity and stability of these institutions, as well as the system stability generally, which will loose the public's confidence in the same way.

According to the terms of the Directive, the money laundering means the following behavior, when committed deliberately:

- the conversion or transfer of property, knowing that such property is the proceeds from crime or from an act of participation in such crime, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the respective property;
- the concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement, rights and possessions with respect to property, knowing that such property is derived from crime or from an act of participation in such an activity;
- the acquisition or use of property, knowing, at the time of receipt, that such property is the proceeds from crime;
- the participation in, association with to commit or attempts to commit and aiding, abetting, facilitating and counselling the commission of any of the actions mentioned in the previous paragraphs.⁸

Consequently, the Directive took over the definition provided by the Convention of 1990. A difference would consist in the fact that, for the purpose of expressing the primary action, the Directive uses the „criminal activity” phrase. But this should not mislead and believe that the proceeds subject to the legalization process may be gained from a broader scope of actions, but only from offences, according to the directives of the Convention of 1990. In art.1, the Directive expresses by criminal activity an offence defined for the purpose of art.3 §1 letter a) of Vienna Convention.

According to the regulations of the Directive, the money laundering as such exists even in the situations in which the offences having generated the property to be „laundered” were committed within the territory of a Member State or within the territory of a third party-country.

6. Directive no. 2001/97 of the European Economic Council

Directive 91/308 EEC was amended by Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council of 4 December 2001, having as purpose to update certain of its provisions. As a

⁷ I. Bari, *op. cit.*, pag. 99.

⁸ Gr. Geamănu, *op. cit.*, pag. 271.

consequence, these amendments concern the expansion of the interdiction of laundering not only of the proceeds derived from drug trafficking, but equally from all serious delicts (including frauds related to community budget), inclusively from organized crime or as a result of international terrorist actions. Otherwise, certain provisions of the Directive are reflected also on the non-financial activity and professions (such as the profession of notary public, attorney-at-law, over casinos etc.).

And more generally, but expressing the essence of illegal capital laundering, the definition is formulated in art.2 letter 1) of the Framework-law of the *Commonwealth of Independent States on fighting against legalization (laundering) of illegal proceeds* of 8 December 1998, according to which the „legalization („laundering”) of illegally gained proceeds includes deliberate actions of granting a legal nature to the possession, use or disposition of the proceeds deliberately gained in an illegal way. This definition has not a casuistic nature, so that it remains valid for any cause by which certain proceeds were granted the apparently legal nature. The framework-law does not treat about the legalization of the source of proceeds, but about the legalization of rights over the property; the possession, use and disposition rights in their capacity as elements of the ownership right. Actually, the definition is correct, as trying to justify the right to possess, use or dispose of a property, implicitly you will have to confer an apparently legal nature to its source of origin. For these considerations, we believe that it is not possible to legalize only certain patrimonial rights, without legalizing also the source giving the ground for their appearance. What emphasizes the regulations of the Framework-law is that the manner by which the material element of money laundering could be expressed, would be the financial operations as deliberate actions with its various operation techniques set forth at by art.2 letter 3) of the Framework-law. We do not consider it to be a very good formula of exhaustive presentation of the types of financial operations, as in this manner any action not set forth in the law may not be deemed a financial operation and may not be subject to liability for money laundering. At the same time, acting as the subject committing the action of legalization of illegal capitals there appear organizations carrying out financial operations (credit organizations, investment funds, insurance companies, organizations recording the rights over properties, stock exchange and other institutions undertaking the activity of receipt, disposal, payment, transfer, transportation, delivery, exchange and keeping of properties), in the same category being placed also the institutions carrying on gambling activities. What is efficient in defining the Framework-law, consists in the express specification of the deliberate nature of committed actions, which eliminates any doubt related to the type of guilt by which the action is committed, as a difference from the laws of other states, where even imprudence is accepted.

Simultaneously, within the **Commonwealth of Independent States, the Framework Criminal Code was developed and recommended, being adopted on the occasion of the 7th meeting of Inter-Parliamentary Assembly of the Member States of the CIS, held on 17 February 1996.**

The money laundering has already been conceptualized in the nominated draft, in art. 258, not as a type of criminality, but as an offence, that is an action susceptible to criminal punishment including the casuistic nature of the legalization of illegal proceeds, being formulated in the light of its forms of manifestation.

It makes us notice that the draft does not use, actually, the term of „money laundering”, but the phrase „legalization of proceeds gained in an illegal way”, that is the authors of the draft deemed as unjustified the usage of a jargon in the contents of a regulation (fact exposed at the beginning of this paragraph). Consequently, the provisions of this draft article incriminates the „Concealing or disguising of illegal sources and of the nature, source, location, disposition, movement or of the true belonging of money or of other properties or rights over properties, deliberately gained in an illegal way, as well as the use of such money or of other properties in

carrying on the entrepreneurial activity or other economic activity⁹. This has been set forth by the draft as a not very serious offence. New in this notion is still a form deemed to be a manifestation of money laundering – that of „using money or other properties in carrying on the entrepreneurial activity or other economic activity”. This method rises a lot of questions. If, for instance, certain proceeds gained deliberately from thefts shall be invested subsequently in a business for the purpose of gaining benefits, is it possible for them to be conferred a legal statute? How is the illegal origin of the proceeds justified in this case? We consider that in this case, indeed, there may be reached the purpose of disguising the movement or the belonging of money, but under one condition, that is: this economic activity itself is legal; otherwise, their investment in an illegal activity would not lead to the legalization of illegal money, so it would not represent the money laundering action.

7. Regulations of the Group of International Financial Action. Conclusions.

Concerning the establishment of the background of primary offences from which the illegal proceeds are derived, which subsequently may be subject to laundering, an important part was played by the regulations of the Group of International Financial Action. Within those 40 recommendations related to capital laundering, worked out under the protection of GIFA, it was mentioned that „each country must be preoccupied by the incrimination of the action of funds laundering, but not only of funds derived from narcotic drug traffic, but also of those derived from the commission of all the other serious offences generating considerable proceeds”.

All the above-mentioned definitions contained in the international regulations, being either compulsory or recommendable, comprise certain similar elements by which there may be specified the notion of „money laundering”, most of them being characterized by the casuistic nature expressed in the concrete ways of committing money laundering. Nevertheless, the more diverse are the normative definitions of money laundering, the more various are the doctrinarian ones. Or, if for the first ones a contingency in their content and terminology is specific, this lacks for the latter definitions.

References

1. Antoniu George, *Reflecții asupra crimei organizate*, in R.D.P., no.4, 2006
2. Cristuș Nicoleta, *Evaziunea fiscală și spălarea banilor*, Hamangiu Publishing House, 2006
3. Dauphin Claude, *Ghidul cu adevărat practic al paradisurilor fiscale*, Tribuna Publishing House, 1999
4. Florescu Viorel, *Drept bancar și valutar*, Bucharest, CH Beck Publishing House, 2006
5. Geamănu Grigore, *Dreptul Internațional penal și infracțiunile internaționale*, Academiei Române Publishing House, Bucharest, 1977
6. Melinescu Ioan, *Investigațiile financiare în domeniul spălării banilor*, Bucharest, Imprimeria Națională Publishing House, 2004
7. Moldoveanu Nicolae, *Criminalitatea economico-financiară în societățile comerciale*, Global Print Publishing House, Bucharest, 1997
8. Mrejeru Theodor, Andreiu Dumitru, Florescu Petre și alții, *Evaziunea fiscală*, Tribuna Economica Publishing House, Bucharest, 2000

⁹ N. Moldoveanu, *Criminalitatea economico-financiară în societățile comerciale*, Global Print Publishing House, Bucharest, 1997, pag. 226.

COMBATEREA SPĂLĂRII BANILOR. REGLEMENTĂRI INTERNAȚIONALE

CONSTANTIN NEDELCU*

Abstract

Noul mileniu a adus nu doar o accentuată globalizare a piețelor lumii dar și o adâncire fără precedent a interdependențelor existente între economiile naționale. Evident, aceste procese au favorizat dezvoltarea economiei mondiale dar și a crimei organizate transnaționale și terorismului. Creșterea neîncetată a volumului capitalurilor obținute în urma activităților specifice crimei organizate a determinat o creștere a necesității reciclării acestor fonduri astfel încât s-a ajuns la situația îngrijorătoare că liderii lumii interlope și operatorii implicați în spălarea de bani să poată controla și influența în unele țări ale lumii sectoare importante din economie, finanțe, politică și administrație. Spălarea banilor proveniți din activități ilegale afectează în mod direct liberul acces la investiții, afectează piața muncii legale, desfacerea, consumul dar și producția propriu-zisă.

Cuvinte cheie : *spălarea banilor , reglementări internaționale, trafic ilicit de stupefiante, depistarea, sechestrarea și confiscarea veniturilor provenite din activități infracționale*

Introducere

Problema spălării banilor a fost abordată, în mod organizat, în conținutul Convenției Națiunilor Unite împotriva traficului ilicit de stupefiante și substanțe psihotrope, care a fost adoptată la data de 20 decembrie 1988, la Viena, în contextul sensibilizării comunității internaționale pentru combaterea traficului de droguri¹.

Părțile semnatare acestei convenții, fiind conșiente că traficul ilicit reprezintă o sursă de câștiguri financiare considerabile, care permit organizațiilor criminale transnaționale să penetreze și să corupă structurile de stat, activitățile comerciale și financiare legitime, cât și societatea la toate nivelurile sale, au adoptat primele măsuri de împiedicare a acțiunilor de reciclare a fondurilor provenite din comerțul cu droguri.

În foarte scurt timp, sursele de bani murdari, la fel și posibilitățile de reciclare a acestora ,s-au extins și astfel importante venituri provenind în principal din activități componente ale economiei subterane sunt infiltrate prin diverse metode în economia reală.

Desigur „spălarea banilor ” nu este o activitate nouă, tendința de a ascunde originea ilicită a unor sume și de a conferi acestora o aparentă legalitate și implicit onestitate și respectabilitate posesorilor acestor sume, are origini vechi. Pot fi amintiți în acest context negustorii și cămătarii din Evul Mediu care, pentru a ascunde dobânzile primite pentru împrumuturile ce le atribuiam, în condițiile în care biserica catolică interzisese cămătăria, apelau la o gamă variată de trucuri financiare, care corespund în mare parte și azi tehnicilor de reciclare a fondurilor.

Pentru prima dată însuși termenul „spălarea banilor” apare în publicațiile din anul 1973 în legătură cu numele președintelui american Richard Nixon. De altfel, se consideră că la adoptarea „legii antialcool” în SUA, fapt ce a favorizat spălarea banilor, nu s-a ținut cont de tradițiile statului, cum ar fi libertatea de a purta arme, hotarele deschise între statele ce formează federația, autonomia legislativă a unor state de cea federală, absența tradițiilor culturale etc.

Dar însuși germenul fenomenului spălarea banilor sau al legalizării veniturilor ilegale este întâlnit încă în antichitate . În secolul VI î.e.n., țarul Amasis obliga fiecare egiptean să declare

* Lec.univ.dr., Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu”, București (e-mail: constantin.nedelcu@univnt.ro).

¹ V. Florescu, *Drept bancar și valutar*, București, Editura C.H. Beck, 2006, pag. 85.

conducătorului provinciei veniturile sale anuale. Cei care se eschivau de la aceste prescripții sau nu puteau să justifice în mod legal sursa veniturilor lor erau amenințați cu moartea. Reformatorul Solon a stabilit în Atena aceeași ordine. Însă, era destul de dificil să-ți faci viața frumoasă în baza veniturilor ilegale, respectiv și posibilitatea de a obține asemenea venituri slăbise considerabil. Și deoarece lipseau cateva reglementări în ce privește activitatea bancară, piața titlurilor de valoare etc., inițialmente spălarea banilor apare datorită anume acestui fapt. Evident, este mai ușor să obții, mai întâi, un venit pe căi ilegale și apoi să-l legalizezi, decât să-l obții inițial în mod legal, în urma cărui fapt o bună parte a sumelor nu sunt vărsate în bugetul de stat.

Devenită un fenomen social periculos, spălarea banilor nu putea să nu fie oglindită și în normele juridice penale. În acest sens, legea penală vine să acorde un sprijin prin faptul includerii infracțiunii spălarea banilor în șirul celor susceptibile de pedeapsă.²

Se consideră că fapta „spălarea banilor” a apărut în anii 20 ai secolului al XX-lea, cel care a inventat-o fiind gangsterul american Al Capone. Clanurile mafioate au inventat atunci o metodă ingenioasă de legalizare a mijloacelor provenite pe căi ilegale. Au făcut-o prin intermediul curățătorilor chimice. Țara fusese împânzită de spălătorii. Prin intermediul acestor rețele de spălătorii, mafia „spăla” venitul criminal, folosind o schemă deloc complicată: profitul zilnic de la activitatea acestor întreprinderi legale se amesteca cu „banii murdari”, ultimii fiind declarați venituri legale. Această istorie a condus la reținerea termenului de „spălare” care, deși utilizat la figurat, exprimă totuși clar esența întregului proces ilegal.

La începutul procesului se plasează „banii murdari” care, depășind mai multe etape de „prelucrare tehnică”, în cele din urmă devin „curați”, adică pe deplin legali. În schimb, anume Maier Lanski a fost cel care a creat diverse metode de spălare. El se conducea de principiul după care toate veniturile ce nu sunt cunoscute de către serviciul fiscal nu se supun impozitării. A fost primul care a evaluat prioritățile conturilor în băncile elvețiene, ale zonelor off-shore și ale jocurilor de noroc. În zilele noastre, acestui scop îi folosesc restaurantele fast-food, cazinourile și societățile comerciale ce au la bază numerarul.³

Transparența și starea de sănătate a piețelor financiare sunt elemente cheie în funcționarea eficientă a economiilor dar ele pot fi periclitate prin fenomenul spălării banilor. Obținerea „banilor negri”, în principal din economia subterană și corupție, este în general o activitate unanim condamnată, în toate statele lumii, dar procesul de reciclare a fondurilor, prin aspectul inofensiv pe care îl îmbracă, poate scăpa atenției mai ales pe fondul concurenței dure existente pe piața internațională a capitalurilor.

Spălarea banilor este un proces complicat care parcurge mai multe etape și implică multe persoane și instituții. Reciclarea fondurilor este un proces complex prin care veniturile provenite dintr-o activitate infracțională sunt transportate, transferate, transformate sau amestecate cu fonduri legitime, în scopul de a ascunde proveniența sau dreptul de proprietate asupra profiturilor respective⁴. Necesitatea de a recicla banii decurge din dorința de a ascunde o activitate infracțională. Este cea mai periculoasă componentă a economiei subterane și cuprinde: activitățile de producție, distribuție și consum de droguri, traficul de arme, traficul de materiale nucleare, furtul de automobile, prostituția, traficul de carne vie, corupția, șantajul, falsificarea de monede sau alte valori, contrabanda, etc.

Reglementări internaționale privind combaterea spălării banilor

1. Convenția ONU de la Viena contra traficului ilicit de stupefiante și substanțe psihotrope

Ca punct de pornire în reglementarea pe plan internațional a conceptului „spălarea banilor” se reține a fi, întâi de toate, Convenția ONU adoptată la 20 decembrie 1988 la Viena contra traficului ilicit de stupefiante și substanțe psihotrope.

² I. Melinescu, Talianu, *Investigațiile financiare în domeniul spălării banilor*, București, Editura Imprimeria Națională, 2004, pag. 88.

³ C. Dauphin, *Ghidul cu adevărat practic al paradisurilor fiscale*, Editura Tribuna, 1999, pag. 47.

⁴ N. Cristuș, *Evaziunea fiscală și spălarea banilor*, Editura Hamangiu, 2006, pag. 24.

Aceasta a calificat spălarea banilor drept o componentă de infracțiune de sine stătătoare.

Spălarea banilor era definită în conținutul Convenției din 1988 drept :

„(i) *conversia sau transferul de bunuri despre care cel care se ocupă știe că provin din una dintre infracțiunile stabilite conform alin. a) din prezentul paragraf sau din participarea la comiterea acesteia în scopul de a disimula sau deghiza originea ilicită a bunurilor menționate sau de a ajuta orice persoană care este implicată în comiterea uneia dintre aceste infracțiuni să scape de consecințele juridice ale actelor sale;*

ii) disimularea sau ascunderea naturii, originii, dispunerii mișcării sau proprietăților reale ale bunurilor sau drepturilor aferente despre care autorul știe că provin din una dintre infracțiunile stabilite conform alin. a) al prezentului paragraf sau a participării la una dintre aceste infracțiuni” (art.3 alin.1 lit.b).”

Carența Convenției din 1988 este că incriminează doar legalizarea veniturilor obținute dintr-o singură sursă – cea a traficului de droguri. Această definiție rămâne deci restrictivă, deoarece spălarea banilor poate avea ca scop disimularea sau punerea în circulație a fondurilor provenind din alte activități ilicite (fals, corupere, criminalitate organizată etc.), în raport cu traficul ilicit de stupefiante.⁵

2. Convenția privind spălarea banilor, depistarea, sechestrarea și confiscarea veniturilor provenite din activități infracționale

Fiind impusă de exigența timpului și pentru a înlătura lacunele Convenției din 1988, a fost elaborată Convenția privind spălarea banilor, depistarea, sechestrarea și confiscarea veniturilor provenite din activități infracționale, semnată la Strasbourg la 8 noiembrie 1990. Aceasta din urmă a fost precedată de desfășurarea unei conferințe (Oslo, 17-19 iunie 1986), la care miniștrii europeni ai justiției au examinat aspectele penale privind abuzul și traficul de stupefiante, inclusiv necesitatea de a lupta împotriva taxicomaniei dezechilibrând piața de droguri, deseori legată cu crima organizată în general și chiar cu terorismul, prin astfel de măsuri, cum ar fi înghețarea și confiscarea produselor acestui trafic. Ca urmare, a fost creat un Comitet restrâns de experți care în termenele mandatului său trebuia să examineze aplicabilitatea convențiilor europene în materie penală la depistarea, reținerea și confiscarea produselor crimei și să elaboreze un instrument juridic European corespunzător în materia dată. Proiectul convenției a fost elaborat pe parcursul a nouă reuniuni ale Comitetului restrâns în perioada octombrie 1987 - aprilie 1990.

Una dintre sarcinile Convenției este de a facilita cooperarea internațională în ceea ce privește ajutorul reciproc în scopul investigației, depistării, reținerii și confiscării produsului oricărui tip de criminalitate, în special a crimelor grave și, mai ales, a infracțiunilor în materie de stupefiante, trafic de arme, terorism, trafic de copii și femei și alte infracțiuni care aduc profituri fabuloase. Un alt obiectiv major al Convenției este crearea unui instrument care ar obliga statele să introducă în legislația lor internă măsuri eficiente pentru combaterea criminalității grave și privarea infractorilor de produsul activității lor ilicite. Dreptul intern diferă foarte mult de la o țară la alta și uneori nu acordă serviciilor în materie penală împunătorilor necesare pentru a atinge aceste obiective pe plan intern. De aceea, Comitetul restrâns a considerat necesar ca statele-membre să-și apropie legislațiile lor interne și să adopte măsuri eficiente pentru a depista infracțiunile. De aici nu rezultă că legislațiile statelor trebuie obligatoriu să fie armonizate, dar acestea, cel puțin, ar trebui să poată găsi cele mai eficiente mijloace de cooperare.

Mai mult decât atât, în preambulul Convenției din 1990 s-a ținut să se sublinieze că lupta împotriva criminalității poate da rezultate doar dacă statele care nu sancționează spălarea banilor ar adopta măsuri legislative în scopul pedepsirii acestei infracțiuni. Convenția cere ca părțile la ea să adopte măsuri care ar putea fi necesare pentru a considera drept infracțiuni penale în dreptul lor intern activitățile ce țin de spălarea banilor . Contrar majorității convențiilor relative la cooperarea

⁵ G. Antoniu, *Reflecții asupra crimei organizate*, în R.D.P., nr.4, 2006.

internațională în materie penală, elaborate în cadrul Consiliului Europei, prezenta Convenție nu are adjectivul „europeană” în titlul său. Această omisiune exprimă punctul de vedere al redactorilor care au considerat că acest instrument ar trebui să fie deschis spre semnare, în egală măsură, statelor care împărtășesc concepțiile statelor-membre ale Consiliului Europei, fără a fi membre ale acestei Organizații.⁶

Convenția de la Strasbourg este un prim act internațional care creionează esența spălării banilor definind-o în art.6 drept:

„a) convertirea sau transferul bunurilor în cazul în care persoana care le livrează știe că bunurile constituie venituri provenite din activitatea infracțională, în scopul de a ascunde sau a deghiza originea ilicită a bunurilor sau de a ajuta persoanele implicate în comiterea infracțiunii principale de a se sustrage de la consecințele juridice ale acestor acte;

b) tănuirea sau deghizarea naturii, originii, amplasării, dispunerii, deplasării sau a proprietății reale a bunurilor, sau drepturilor relative despre care autorul știe că ele constituie venituri provenite din activitatea infracțională sub rezerva principiilor constituționale și a conceptelor fundamentale ale sistemului său juridic;

c) achiziționarea, deținerea sau utilizarea bunurilor despre care cel care le achiziționează, deține sau utilizează știe, în momentul în care le recepționează, că ele constituie venituri provenite din activitate infracțională;

d) participarea la una din infracțiunile, stabilite conform prezentului articol, sau la orice asociere, înțelegere, tentativă sau complicitate prin acordarea de asistență, ajutor sau sfaturi în vederea comiterii acesteia”

Sub aspectul sus-enunțat, Convenția de la Strasbourg lărgeste considerabil sfera surselor de obținere a veniturilor ilegale decât doar din cea de trafic de droguri prevăzută de Convenția de la Viena din 1988. De fapt, restul actelor internaționale, regionale sau interne existente ulterior adoptării Convenției din 1990 în materia privind spălarea banilor vin să reproducă, mai mult sau mai puțin, stipulările acesteia.

Elementul material al faptei spălarea banilor, înțeles în sensul Convenției din 1990, comportă trei forme sau modalități prevăzute la literele a), b) și c), iar prevederile de la litera d) nu sunt, de fapt, o formă de sine stătătoare a infracțiunii, ci concretizează cazurile susceptibile de răspundere, independent de gradul de participare sau de etapa infracțională.

În măsura în care criminalizarea acțiunilor indicate în Convenție nu contravine principiilor și conceptelor fundamentale ale sistemului juridic al statului care o ratifică, acesta trebuie să incrimineze acțiunile indicate.

3. Convenția privind criminalitatea organizată transnațională de la Palermo din decembrie 2000

Prescripții privind instituirea răspunderii penale pentru spălarea banilor sunt prevăzute și în Convenția privind criminalitatea organizată transnațională de la Palermo din decembrie 2000.

Criminalizarea spălării veniturilor din infracțiuni se face în art.6 al Convenției de la Palermo, conform căruia *„se consideră penal condamnabile următoarele fapte când se comit intenționat:*

a.1.) convertirea sau transferul bunurilor, dacă se cunoaște că acestea reprezintă venituri din infracțiuni, în scopul acumulării sau deghizării sursei criminale a acestor bunuri sau în scopul acordării de ajutor oricărei persoane care a participat la săvârșirea faptei principale, pentru ca aceasta să se poată eschiva de la răspundere pentru fapta sa;

a.2.) ascunderea sau deghizarea adevăratului caracter al sursei, locului de aflare, modului de dispunere, deplasare, a drepturilor asupra bunurilor sau a apartenenței lor, dacă este cunoscut că acestea prezintă prin sine venituri din infracțiuni;

b) sub condiția respectării principiilor de bază ale sistemului juridic:

⁶ Gr. Geamănu, *op. cit.*, pag. 256.

b.1.) achiziționarea, posesia sau folosința bunurilor, dacă în momentul obținerii lor era cunoscut că acestea reprezintă venituri din infracțiuni;

b.2.) participarea, asocierea sau înțelegerea în scopul comiterii oricărei infracțiuni, recunoscută astfel în conformitate cu prezentul articol, tentativa de comitere, precum și complicitatea, instigarea, ajutorul sau darea de sfaturi în cazul comiterii lor”.

Făcând o analiză a prevederilor Convenției de la Palermo, vom sublinia că prin „faptă inițială” aceasta înțelege orice încălcare de drept în rezultatul căreia sunt obținute venituri, în raport cu care pot fi comise actele prevăzute în art.6 al Convenției.

Deși sintagma „oricare încălcare de drept” este utilizată în art.2 al Convenției, pe parcursul textului este însă folosit termenul „infracțiune”. Adică, inițialmente Convenția de la Palermo a lărgit considerabil sursa veniturilor ilegale, în raport cu Convenția de la Strasbourg pentru care fapta inițială ar fi infracțiunea.

Tot în conformitate cu Convenția de la Palermo, infracțiunile comise în afara jurisdicției vreunui stat-parte vor constitui o faptă primară doar cu condiția că fapta respectivă este penal condamnabilă conform legislației interne a statului în care ea s-a comis, dar, totodată, ar fi penal condamnabilă și potrivit legislației interne a statului-parte în care se realizează sau se aplică articolul respectiv, dacă aceasta ar fi fost comisă acolo. Deci, prin această prevedere se confirmă principiul dublei incriminări a faptei primare, din care provine venitul criminal ce ulterior va fi legalizat.

4. Convenția Consiliului Europei cu privire la corupție

Concomitent, pe lângă convențiile sus-enunțate, apreciind dezvoltarea recentă, care contribuie la ameliorarea conștientizării și cooperării la nivel internațional în lupta împotriva corupției, inclusiv prin acțiunile întreprinse de către Națiunile Unite, Banca Mondială, Fondul Monetar Internațional, Organizația Mondială a Comerțului, Organizația Statelor Americane și Uniunea Europeană, în cadrul Consiliului Europei a fost adoptată Convenția penală cu privire la corupție, care în art.13 a ținut să incrimineze fapta spălarea banilor rezultați din delict de corupție. Conform acesteia, „fiecare parte adoptă măsurile legislative și alte măsuri care se dovedesc necesare pentru a stabili drept infracțiuni penale, în conformitate cu dreptul său intern, actele menționate în *Convenția cu privire la spălarea banilor, depistarea, sechestrarea și confiscarea veniturilor provenite din activitatea infracțională*, art.6 §1 și 2, în condițiile prevăzute de ea, atunci când infracțiunea principală este constituită din una din infracțiunile stabilite în virtutea articolelor de la 2 la 12 ale prezentei Convenții, în măsura în care Partea nu a formulat rezerve sau declarații cu privire la aceste infracțiuni sau nu consideră aceste infracțiuni ca infracțiuni grave, în raport cu legislația referitoare la spălarea banilor”. Prin infracțiune primară, Convenția de față a subînțeles infracțiunile de corupere: coruperea activă sau pasivă a agenților publici naționali, coruperea membrilor adunărilor publice naționale, coruperea agenților publici străini, coruperea membrilor adunărilor publice străine, coruperea activă și pasivă în sectorul privat, coruperea funcționarilor internaționali, coruperea membrilor adunărilor parlamentare internaționale, traficul de influență. De fapt, aceasta nu înseamnă că spectrul infracțiunilor primare se restrânge, în raport cu faptele prevăzute prin Convenția din 1990 de la Strasbourg, ci vine doar să concretizeze sfera acestora în cazul infracțiunilor de corupție. Autorii acestei Convenții au considerat că, date fiind legăturile strânse ce s-au dovedit că există între corupție și spălarea banilor, este de importanță capitală ca această Convenție să includă ca infracțiune și spălarea produsului corupției. Cu toate acestea, dacă o țară consideră că unele dintre aceste infracțiuni de corupție nu sunt „grave” în virtutea legislației sale privind spălarea banilor, ea nu va fi constrânsă să-și modifice definiția spălării, astfel încât însuși conținutul noțiunii „spălarea banilor” este similar celei prevăzute de Convenția de la Strasbourg.⁷

⁷ I. Bari, *op. cit.*, pag. 99.

Revenind la definirea noțiunii, se poate afirma că această mânăuire a banilor prin diferite tranzacții, de natură să șteargă urmele sursei și originea acestora, a fost recunoscută aproape unanim și în plan regional pe mapamond sau de statele-membre ale unor organizații internaționale.

5. Directiva Consiliului Economic European nr. 91/308 din 1991 privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor

Sub principiul conform căruia spălarea capitalurilor provenite din orice infracțiune gravă trebuie să fie considerată drept faptă penală și în statele-membre ale Uniunii Europene, sub egida Consiliului Economic European al Uniunii Europene a fost elaborată Directiva nr. 91/308 din 10 iunie 1991 privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor.

Raționamentul adoptării acestei Directive constă în faptul că utilizarea instituțiilor de credit și a instituțiilor financiare pentru a spăla capitalurile riscă să compromită grav solidaritatea și stabilitatea acestor instituții, precum și stabilitatea sistemului în general, care ar pierde la fel și încrederea publicului.

În termenii Directivei, spălarea banilor înseamnă următorul comportament, atunci când este comis intenționat:

- transformarea sau transferarea unei proprietăți, știindu-se că această proprietate este derivată dintr-o activitate criminală sau dintr-un act de participare la o astfel de activitate, în scopul ascunderii sau mascării originii ilegale a proprietății respective;
- ascunderea sau mascarea adevăratelor naturi, surse, amplasări, mișcări, drepturi și dețineri legate de proprietate, știindu-se că acea proprietate este derivată dintr-o activitate criminală sau dintr-un act de participare într-o astfel de activitate;
- achiziționarea sau folosirea unei proprietăți știindu-se că, în momentul primirii ei, acea proprietate derivă dintr-o activitate criminală;
- participarea, asocierea la comiterea sau la tentativele de comitere, precum și fapta de a ajuta, facilita sau sfătui pe cineva, în scopul comiterii oricărei acțiuni menționate în paragrafele anterioare.⁸

Prin urmare, Directiva a preluat definiția oferită de Convenția din 1990. O deosebire ar fi că, pentru a exprima fapta primară, Directiva utilizează expresia „activitate criminală”. Aceasta însă nu ar trebui să inducă în eroare și să se creadă că bunurile supuse procesului de legalizare pot fi obținute dintr-un spectru mai larg de fapte, decât doar din infracțiuni, după cum indică Convenția din 1990. În art.1, Directiva exprimă prin activitate criminală o infracțiune definită în sensul art.3 §1 lit. a) al Convenției de la Viena.

Conform prescripțiilor Directivei, spălarea banilor ca atare există chiar și acolo, unde activitățile ce au generat proprietatea care este „de spălat” au fost comise pe teritoriul unui stat membru sau pe acela al unei țări.

6. Directiva Consiliului Economic European nr. 2001/97

Directiva 91/308 CEE a fost modificată prin Directiva 2001/97/CE a Parlamentului European și a Consiliului, din 4 decembrie 2001, care avea drept scop de a actualiza unele prevederi ale acesteia. Ca urmare, aceste amendamente privesc lărgirea interdicției spălării nu doar a veniturilor obținute din trafic de droguri, dar în mod egal din toate delictele grave (inclusiv fraude asupra bugetului comunitar), inclusiv din criminalitatea organizată sau în urma actelor de terorism internațional. În rest, unele prevederi ale Directivei se răsfrâng și asupra activității și profesiunilor non-financiare (cum ar fi cea de notar, avocat, asupra cazinourilor etc.).

Și mai la general, însă exprimând esența spălării capitalurilor ilegale, este formulată definiția în art.2 lit.1) al *Legii-model a CSI de combatere a legalizării (spălării) veniturilor obținute pe cale ilegală* din 8 decembrie 1998, după care „legalizarea („spălarea”) veniturilor, obținute pe cale

⁸ Gr. Geamănu, *op. cit.*, pag. 271.

ilegală, cuprinde acțiuni intenționate de acordare a unui caracter legal posesiei, folosinței sau dispunerii de veniturile obținute cu bună-știință pe cale ilegală. Definiția de față nu are caracter cazuistic, astfel încât rămâne valabilă pentru oricare caz prin care unor bunuri li s-a atribuit caracterul aparent legal. Legea-model vorbește nu despre legalizarea sursei veniturilor, ci despre legalizarea drepturilor asupra bunului; cele de posesie, folosință și dispoziție în calitate de elemente ale dreptului de proprietate. De fapt, definiția este corectă, deoarece încercând să justifici dreptul de a poseda, folosi sau dispune de un bun, implicit va trebui să conferi un caracter aparent legal și izvorului de provenire a acestuia. Din aceste considerente, opinăm că nu este posibilă o legalizare doar a unor drepturi patrimoniale, fără a legaliza și sursa care a dat temeiul apariției lor. Ceea ce evidențiază prescrierile Legii-model este că modalitatea prin care s-ar exprima elementul material al spălării banilor ar fi anume operațiunile financiare, în calitate de acțiuni intenționate cu variatele sale tehnici de operare prevăzute de art.2 lit. 3) al Legii-model. Nu considerăm a fi o formulă prea reușită de prezentare exhaustivă a genurilor de operațiuni financiare, deoarece astfel oricare act ce nu este prevăzut în lege riscă să nu fie considerat operațiune financiară și să nu fie susceptibil de răspundere pentru spălarea banilor. În același timp, în calitate de subiect ce comite fapta de legalizare a capitalurilor ilegale apar organizațiile care realizează operațiuni financiare (organizațiile de creditare, fondurile de investiții, companiile de asigurări, organizațiile ce înregistrează dreptul asupra bunurilor, bursele de valori și alte instituții care întreprind activitatea de primire, înstrăinare, achitare, transfer, transportare, livrare, schimb și păstrare a bunurilor), în același rînd se înscriu și instituțiile ce practică jocurile de noroc. Ceea ce este binevenit în definirea Legii-model rezidă anume în enunțarea expresă a caracterului intenționat al actelor comise, fapt ce înlătură orice dubiu referitor la forma vinovăției cu care se comite fapta, spre deosebire de legislațiile altor state, unde este acceptată chiar și imprudența.

Concomitent, în cadrul **CSI a fost elaborat și recomandat Codul penal-model, adoptat la cea de-a 7-a ședință a Adunării Interparlamentare a Statelor-membre ale CSI, din 17 februarie 1996.**

Deja în proiectul nominalizat, spălarea banilor a fost conceptualizată, în art.258, nu ca tip al criminalității, ci ca infracțiune, adică faptă pasibilă de răspundere penală ce comportă caracterul cazuistic al legalizării veniturilor ilegale, formulată fiind prin prisma formelor sale de manifestare.

Face să remarcăm că proiectul nu utilizează, de fapt, termenul „spălarea banilor”, ci expresia „legalizarea veniturilor obținute pe cale ilegală”, adică autorii proiectului au considerat nejustificată utilizarea unui jargon în textul unui act normativ (fapt expus la începutul acestui paragraf). Deci, dispozițiile acestui proiect de articol incriminează „Tăinuirea sau deghizarea surselor ilegale și a naturii, provenienței, amplasării, dislocării, mișcării sau a adevăratei apartenențe a mijloacelor bănești sau a altor bunuri sau drepturi asupra bunurilor, obținute cu bună-știință pe cale ilegală, după cum și utilizarea unor astfel de mijloace bănești sau a altor bunuri în desfășurarea activității de antreprenoriat sau a unei alte activități economice⁹. Aceasta a fost prevăzută de proiect în calitate de infracțiune de gravitate medie. Nouă în noțiunea de față este încă o formă care a fost considerată drept manifestare a spălării banilor – cea de „utilizare a mijloacelor bănești sau a altor bunuri în desfășurarea activității de antreprenoriat sau a unei alte activități economice”. Această modalitate ridică multiple întrebări. Dacă, de exemplu, niște venituri obținute cu bună-știință din sustrageri, ulterior sunt investite într-o afacere în scop de a obține beneficii, se va ajunge oare astfel la conferirea unui statut legal acestora? Prin ce se justifică în acest caz proveniența ilegală a bunurilor? Considerăm că în atare caz, într-adevăr, se poate atinge scopul de deghizare a mișcării sau apartenenței mijloacelor bănești, dar cu o singură condiție, anume: că însăși această activitate economică este legală; în caz contrar, investirea lor într-o activitate ilegală nu ar conduce la legalizarea mijloacelor ilegale, deci nu ar constitui fapta spălarea banilor.

⁹ N. Moldoveanu, *Criminalitatea economico-financiară în societățile comerciale*, Editura Global Print, București, 1997, pag. 226.

7. Reglementările Grupului de Acțiune Financiară Internațională

În ce privește stabilirea cadrului infracțiunilor primare din care rezultă veniturile ilegale care ulterior pot fi supuse spălării, un rol deosebit l-au avut reglementările Grupului de Acțiune Financiară Internațională. În cadrul celor 40 de recomandări asupra spălării capitalurilor, elaborate sub egida GAFI, se menționa că „fiecare țară trebuie să aibă în preocupare incriminarea faptei spălarea fondurilor, însă nu numai a celor care provin din traficul de stupefiante, dar și a celor ce provin din comiterea tuturor celorlalte infracțiuni grave care generează profituri importante” .

Toate definițiile sus-enunțate cuprinse în actele normative internaționale, fie având caracter obligatoriu sau de recomandare, comportă unele elemente asemănătoare prin care se tinde a se preciza noțiunea „spălarea banilor”, în majoritate fiindu-le specific caracterul cazuistic exprimat prin modalitățile concrete de comitere a spălării banilor. Cu toate acestea, pe cât de diverse sunt definițiile normative ale spălării banilor, pe atât de variate sunt cele doctrinare. Or, dacă primelor le este specifică o tangență în conținut și terminologie, celor din urmă aceasta le lipsește.

Referințe bibliografice

1. Antoniu George, *Reflecții asupra crimei organizate*, în R.D.P., nr.4, 2006
2. Cristuș Nicoleta, *Evaziunea fiscală și spălarea banilor*, Editura Hamangiu, 2006
3. Dauphin Claude, *Ghidul cu adevărat practic al paradisurilor fiscale*, Editura Tribuna, 1999
4. Florescu Viorel, *Drept bancar și valutar*, București, Editura CH Beck, 2006
5. Geamănu Grigore, *Dreptul Internațional penal și infracțiunile internaționale*, Editura Academiei Române, București, 1977
6. Melinescu Ioan, *Investigațiile financiare în domeniul spălării banilor*, București, Editura Imprimeria Națională, 2004
7. Moldoveanu Nicolae, *Criminalitatea economico-financiară în societățile comerciale*, Editura Global Print, București, 1997
8. Mrejeru Theodor, Andreiu Dumitru, Florescu Petre și alții, *Evaziunea fiscală*, Editura Tribuna Economica, București, 2000

EVOLUTION OF JUDICIAL PRACTICE WITH REGARD TO THE SOCIAL DANGER OF CERTAIN INFRACTIONS

ALEXANDRA CRISTINA JIPA*

Abstract

Certain infractions acquired a special scope, in the respect of their incidence, during the last decade. The present article proposed to study the applicability of individualization criteria within one and the same set of infractions. On the other hand, it is also attempted an incursion into another type of serious infractions, with increased limits of punishment, in order to identify a series of factors that may lead to their decrease on the occasion of sanction individualization.

Keywords: *social danger, evolution, individualization, sanction, execution.*

Introduction

In relation to judicial individualization, professor V. Dongoroz said that „it is the judicial operation of determining the sanction that follows to be effectively enforced, within the limits imposed by the abstract tariff, with its legal modifications or even outside these limits, but to the extent permitted by the law”¹.

From this definition, there results that judicial individualization is made only by the judicial court and by it there is determined the concrete sanction for the committed infraction, with the observance of the special (minimal and maximal) limits provided by the law and even with the overrunning of these limits in case of finding aggravation or attenuation causes.

The importance of this institution is a special one, concerning for centuries the law theoreticians, this interest not being diminished at present as well. Individualization is, at the same time, a process that gets adapted by its designation to the social and juridical realities, to the evolution of the penal policy, but, especially, to the way some types of infractions are perceived at a certain historical moment.

In the present approach we have tried to catch the relationship between the theoretical delimitations established by the lawmaker, the practical ones that consist of the law enforcement modality by the judicial courts and, moreover, that living space that spreads between the two standardization forms and that resides in the infractionality that is known and brought before justice, in the typologies that come into this branch, and also in an evolution of sanctions according to the incidence of certain infractions. Thus, we have chosen as a typology of this article, the infractions aimed at life and the modalities the punishments have evolved in this field.

Paper content

In performing the operation of judicial individualization of the sanction, we must have in view the deed committed by the law breaker (gravity, method of operating, consequences, etc, but also an assessment of the personal situation of the law breaker in report with the social danger of the latter for the public order (form of guilt, case history, psychic and physical condition, danger condition, etc.)²

* Assistant, Ph.D., Faculty of Law, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: alexandrajipa@gmail.com).

¹ V. Dongoroz, „*Drept penal. Tratat*”, pag. 543.

² V. Dongoroz *et alii.*, *op. cit.*, vol. II, pag. 125.

According to art. 87 para. 1 of Law no. 301/2004³, „(...) upon establishing and enforcing the punishments for the natural person there are taken into consideration the general dispositions of the Penal Code, the punishment limits fixed in the special part, the gravity of the infraction that was committed, the person of the law breaker and the circumstances that attenuate or aggravate the penal liability”.

Unlike the legal individualization that accomplishes only the general prevention, judicial individualization accomplishes both the general prevention, and the special prevention by the constraint and reeducation that the concrete punishment has upon the law breaker⁴.

In the new Penal Code there is shown the proportional character of punishment in report to the gravity of the infraction and to the law breaker injuriousness, that must be reflected in the execution mode, as otherwise there is the risk that the effort made for the reintegration of the law breaker would produce effects that are contrary to the envisaged purpose.

Thus, the law breaker that circumvented the penal prosecution or suit or tried to prevent the finding of the truth or the identification and penal prosecution of the author or of the participants, cannot take benefit of the waiver to punishment enforcement, delay of punishment enforcement or of the suspension of the punishment execution under surveillance, as between his/her conduct during the penal trial and the nature and purpose of these measures there is a clear incompatibility.

The social relationships that form the object of penal favour are influenced by the transformations that took place during the development of the society, in the entire economic, social and political life. There results, therefore, that some of the social relationships that are favoured by the penal law increase and others decrease. Also in this manner there increases or decreases the degree of social danger of the deeds by whose incrimination these relationships are defended. From here there results, without any doubt, changes in the juridical plan, so as the penal liability would be put in accordance with the actual gravity of the deeds committed by the law breakers.

Thus, the lawmaker proceeds to assessments of the degree of social danger of some infractions, the result being materialized in the modification of the legal punishment that, as the case may be, may be aggravated or eased.

There forms, though, an offset, an inconsistency between the actual abstract gravity of the infraction and the limits of the legal punishment, remained unmodified⁵.

The backwardnesses of the penal law compared to the social realities are inevitable. Thus, there always appear first the deeds that follow to be incriminated or there is modified the degree of social danger of the infractions, and only after that the penal law reflects these changes, by new incriminations or by the decrease or increase of the punishment limits.

The judge cannot touch these attributes of the lawmaker, that are found in the principle of punishment legality, from which there are no waivers. He/she is entitled to give efficiency, within the individualization operation, to the modifications occurred in the degree of social abstract danger of infractions. Thus, the decrease or the increase of the abstract social danger is transmitted to the concrete social danger, that suffers, in an objective mode, a corresponding modification. So the judge will have to enforce a lighter or heavier punishment corresponding to the sense ingrained by the degree of social danger of the committed infraction. More exactly, the judge will not be able

³ This law was expressly repealed by Law 286/2009, but we consider there presents an importance from a comparative perspective the parallel approach of the Penal Code in force, of Law no. 301/2004 and of Law no. 286/2009 or, in other words, of the new Penal Code.

⁴ C. Mitrache, op. cit., pag. 288.

⁵ J. Leanté considered that due to the „changing character of the hierarchy of values in the present society”, and the „changing character of criminality and repression” there must take place a permanent update of legislation. The author supports the special importance of this update: „The crisis undergone by the penal law is that of its adaptation to the ethics of the contemporary society” („Droit pénal et démocratie”, in „Recueil d'études en hommage à Marc Ancel. Aspects nouveaux de la pensée juridique”, vol. II, Paris, 1975, pag. 151-152).

to change the kind of the punishment provided by the law, or to establish the punishment within other limits but those fixed by the law, but between these limits, he/she will be able to enforce a punishment oriented to the special minimum or to the special maximum, according to the degree of abstract social danger of the infraction that reflects upon the degree of concrete social danger of the committed deed – decreased or, as the case may be, increased.

There was put under the question mark the possibility of judges to be able to estimate the generic social danger of the infraction that has modified. What is indeed sure is that in certain cases, namely when the modifications of the degree of abstract social danger have their source in the increased or decreased frequency of the infractions of a certain type, they are accessible, on the basis of judicial statistics and of the criminological researches, for the knowledge of those called to accomplish the work of punishment individualization, that is for the judges.

The dispositions of art. 72 Penal Code do not give any orientation with regard to the establishment of the degree of concrete social danger.

What we want to underline is that such an indication did exist in the disp. of art. 96 para. 1 Penal Code that specified that the entrustment of the lawbreaker on bail may be disposed only if „the deed in its concrete content, under the circumstances it was done, presents a decreased degree of social danger...”. In fact, articles 92-97 Penal Code were repealed by Law no. 104/1992, published in the Official Journal no. 244 as of the 1st of October 1992, following the new regulation that was given to the replacement of penal liability.

Also, the degree of concrete social danger of the infraction, as an individualization criterion, appeared in a similar formulation in the disp. of art. 1 para. 3 Penal Code previous to the year 1968 that specified: „There does not constitute (...) an infraction the deed incriminated by the law, if by its concrete content and by the conditions in which it was committed it does not represent the social danger of an infraction, obviously lacking importance”.

In the theory of penal law, the notion of infraction content is acknowledged with two meanings:

a. legal or abstract content by which there is understood the assembly of those objective and subjective elements that – individualizing, within each particular type of infraction, the objective side and the subjective side of the infraction – they are required by the law so as a certain action or inaction would constitute a particular type of infraction.

b. concrete or factual content – by which there is understood the assembly of concrete aspects, that – materializing, within every action-inaction done, the constitutive elements of the abstract content of the respective standard infraction – individualize the deed, making it to be different from all the other concrete infractions of the same type⁶. So, the elements of the „concrete content” represent materializations of the constitutive elements of the abstract content and are always, necessarily intrinsic, that teint them in a specific manner from case to case, although the standard infraction is identical.

The degree of concrete social danger of the infraction may also be influenced by some characteristics of fact – statuses, situations, circumstances, happenings – that accompanied nevertheless the doing of the infraction and created the factual ambiance, of a certain teint and own significance, where the deed was committed. Although they are extrinsic to the concrete content⁷, they are linked one way or another, to the elements that form the essential and thus contribute to

⁶ L. Biró, *op. cit.*, pag. 57-60; V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, Nicoleta Iliescu, Simona Petrovici, „Modificările aduse Codului penal și Codului de procedură penală prin actele normative din anii 1956-1960”, Academy Publishing House, Bucharest, 1962, pag. 27; V. Rămureanu, „Modificările aduse Codului penal și Codului de procedură penală”, in J.N. no. 4/1960, pag. 609.

⁷ L. Biró considers that these factual characteristics belong, them too, to the concrete content; that is why the author is of the opinion that between the abstract content that comprises only typical features, relevant from the penal point of view, and the concrete content, that comprises also individual features without significance under the aspect of juridical characterization, there is no identity, as well, no coincidence (*op. cit.*, pages 58-59);

their characterization⁸.

In conclusion, in order to know the real gravity of the deed, it is necessary to investigate the concrete content of the deed, that is the action, inaction, means used, the immediate consequence, and the way the constitutive elements of the infraction were realized, more exactly those intrinsic elements that individualize the deed, making it to be different from the other concrete deeds of the same type⁹.

Next we have attempted a short analysis of recent judicial practice focusing, mainly, on the study of infractions aimed against life. In this infractional domain, the influence of the concrete social danger in judicial individualization is as more obvious as the degree of generic social danger of the deeds of this type is a very increased one. There are cases when the space left between the two categories of social danger is a wide one, that lends itself to some various interpretations. For example, in the case below, although the juridical frameworking is criticable, the judicial individualization allowed the option of a modality of execution that does not deprive of freedom under the situation of the commission of the thing that was retained to be an attempted murder.

D.G.D. that was sent to trial for the commission of the infraction provid. by art. 20 rep. to art. 174 Penal Code. This stabbed only once, in the abdominal area, the husband of his mother that was exercising acts of violence upon the latter. In the spring of the year 2008, between B.D.N. and the witness B.V. there occurred misunderstandings due to the presence in the building of the def. D.G.D., the son of the witness, and to the wish of the injured party to sell the apartment and to go live in the province. On the grounds of these conflict situations, in the afternoon of 18.07.2009, while B.V. was together with her son D.G.D. at the domiciliation, she was called by the injured party that threatened her he would come home and they would have a discussion. The defendant D.G.D., wishing to avoid an eventual conflict, told his mother he was going to leave from home but she insisted for him to stay. B.D.N. came home and started a discussion in contradictory with the witness B.V. during which he got nervous and took a cup from the table and smashed it on the floor; the witness got scared and got up from the couch, drawing herself to the window. The defendant D.G.D. assisted to the entire discussion being seated on a chair near the access door in the room. Trying to get out of the room, the witness was grabbed by her hair and strongly hit with the palm by the injured party, a moment when she got unbalanced and fell on the floor. The injured party lifted the wood small table intending to hit the witness. On the ground of this situation, the defendant D.G.D. raised and took a knife from the kitchen and, returning into the living-room, hit once the injured party in the abdominal area.

The court held that from the administrated evidences there also resulted that the defendant acted on the grounds of a deep trouble determined by the violent behaviour of the injured party, a situation where the court will hold the disp. of art. 73 let. b Penal Code as being incidents in the case.

The court did not consider there can be held the disp. of art. 44 para. 2 Penal Code regarding the status of legitimate defense as there are not fulfilled the cumulative conditions provided by the law for the existence of this case that remove the penal character of the deed. Although in the case there existed an attack drawn against the mother of the defendant, the defense was not proportional to the gravity of the danger and with the circumstances under which the attack produced. Thus, the injured party hit his wife with the palm over her backhead and drew her by her hair, and the defendant, trying to save the latter, took a kitchen knife and stabbed the injured party in the abdomen. In order that the defense performed against an attack be considered legitimate, there

⁸ For example, the place and the time of the deed commission, the means and methods used for its commission, etc., when they do not appear among the constitutive elements, being though linked to the material element of the infraction, contribute to its characterization and, implicitly, to the determination of the degree of concrete social danger.

⁹ V. Dongoroz *et alii*, „Modificările aduse Codului penal și Codului pe procedură penală prin actele normative din anii 1956-1960”, Academy Publishing House, Bucharest, 1962, page 27; L. Biró, „Drept penal. Partea generală”, „Babeș-Bolyai” University, Cluj, 1971, pages 57-60.

must exist a report of approximate proportionality between the deed performed for defense, on one side, and the attack that caused the need of defense, on the other side. As in the case there did not exist such a proportionality, the action of the defendant being more serious than the violent attitude of the injured party, the Court appreciated that there is not imposed the enforcement of the disp. of art. 44 Penal Code regarding the legitimate defense.

For the performed deed, the Court applied to the defendant a punishment with prison to whose individualization it took in view the general criteria provided by art. 72 Penal Code, respectively the concrete social danger of the committed deed, of the modality of commission (under the conditions of a strong disturbance determined by the behaviour of the injured party), of the constant violent attitude of the injured party, and of the personal circumstances of the defendant that is not known with criminal record and on the date when the infraction was committed he worked in a shop in the quarter he lives in.

Holding the sincere attitude of the defendant and the lack of criminal record, and the instigation from the part of the injured party as judicial, respectively legal, attenuating circumstances, the court decreased the punishment under the limit provided by the law on the grounds of art. 73 let. b, art. 74 let. a and c rep. to art. 76 let. b of the Penal Code.

Related to this case, we consider that the court in a wrongful mode held the provisions of art. 73 let. b Penal Code, in the present case being incident the dispositions of art. 44 Penal Code or those of art. 73 let. a Penal Code, depending of several factors, such as: the age difference existing between the defendant and the injured party, their physical constitution, and also the long-lasting conflict history of the family. Under the situation also held by the court where the injured party attempted to hit the witness – the mother of the defendant – with a wood table in her head, after he previously had hit her sufficiently seriously so as to make her fall and lose her consciousness, the fact that the defendant responded and stabbed the injured party must be appreciated as a concomitant, not subsequent defense. In other words, the court should have not hold as an attenuating circumstance the instigation, but appreciating in report to all the exhibited factors, it had to decide if in the case we have to do with a status of legitimate defense as provided by art. 44 para. 3 Penal Code or if it is about the circumstance provided by art. 73 let. a Penal Code. This case also illustrates though the varied possibilities of individualization that are available to the court, for example the holding of one legal attenuating circumstance and of two judicial attenuating circumstances, that allowed the decrease under the special minimum of a punishment whose minimum is increased enough (10 years, 5 years in case of attempt), this decrease also leading to the possibility of the court to choose a modality for the execution of the punishment that is not privative of freedom and adequate to the personal profile of the defendant.

(pen. sen. no. 619/30.06.2009 of the T.B. 2nd Penal Section, remained final by non appeal on the date of 15.07.2009 - unpublished)

In another case brought to justice recently, the supreme court established that under the aspect of the subjective side, in the case of infraction of serious body injury prov. by art. 182, para. 2, Penal Code, the law breaker acts with the general intention to injure, while in the case of the attempt to the infraction of murder prov. by art. 20 rep. to art. 174 Penal Code, this acts with the intention to kill. Therefore, in case of murder attempt, the deeds of putting into execution, interrupted or that did not produce their effects, must show – by the nature and the circumstances in which they were committed – that the law breaker had the intention to kill, and not the intention to injure.

The deed constitutes an attempt to the infraction of murder, being relevated the intention to kill, if it was committed on the grounds of a previous conflict between the law breaker and the victim, followed by his getting armed with an object able to produce death (knife), by the application of a hit that envisaged a vital anatomic area (the chest-abdominal area), a strong hit, of high intensity, that had serious consequences (penetrating wound in the abdominal area, with the injury of internal organs, a lesion that put into danger the life of the victim), to which is added the

attitude of the law breaker immediately after the commission of the deed, consisting in his disappearance from the domiciliation and his circumvention from penal investigation.

Second, the acknowledgement of certain circumstances as judicial attenuating circumstances is not possible but when the circumstances taken into consideration reduce to such extent the seriousness of the deed in its assembly or characterizes in a favourable way the person of the law breaker in such a manner that only the enforcement of a punishment under the special minimum satisfies, in the concrete case, the imperative of the righteous individualization of the punishment. The „good conduct” of the law breaker before committing the infraction, in the sense of art. 74 para. 1 let. a, Penal Code, is not reduced, exclusively, to the absence of criminal record¹⁰.

In this case, the defendant C.M. applied to the victim a knife hit in the chest area on the grounds of a conflict triggered by the defendant in a greater group of persons that were standing in front of the block. C.M. went home where he got armed with a knife, returned and followed H.A. in the entrance of the block to whose exit he also stabbed him. According to the legal medical finding report, the lesions needed 35-40 days of medical care and put the victim's life into danger.

The courts held that the defendant had an attitude of obstruction of penal investigation activity by its running from the domiciliation and his circumvention from penal investigation, under the conditions he realized that seriousness of the deed he committed and was aware of the fact he is followed by the police bodies. After his capture, the defendant did not have a totally sincere attitude, trying to present an unreal and unplausible state of facts, that would attenuate his penal liability, in the sense he would have not intended to hit with the knife and that, in the funal conflict, the injured party manifested in an aggressive way and came involuntarily with his body into the knife. This attitude also was perpetuated in front of the court of appeal that, on the basis of this fact, appreciated that there could not be held in favour of the defendant the personal attenuating circumstances provided by art. 74 Penal Code and the decrease of the punishment under the minimal limit provided by the text of law, as it had been requested, an opinion that was also approved by the supreme court on the occasion of the appeal judgment¹¹.

There are situations when the the courts hold attenuating circumstances in the case and individualize the punishment accordingly, but they do not exactly indicate the held circumstances.

In case the court holds in favour of the defendant attenuating circumstances, the indication in the decision of the circumstance that constitutes an attenuating circumstance, the motivation of its holding by referral to evidences and the frameworking of the circumstance that constitutes an attenuating circumstance within the provisions of art. 74 para. 1, let. a, b or c, or of art. 74 para. 2 Penal Code is mandatory according to art. 79 Penal Code. Therefore, it is illegal the decision by which the court does not motivate or motivates by general expressions the circumstances held as attenuating circumstances and frameworks them generically within the provisions of art. 74 Penal Code¹².

Also, there must be taken in view that the holding of the attenuating circumstances provided by art. 74 para. 1 let. a and c do not operate automatically, but it is done after the court found if this thing is imposed or not in report with the person of the law breaker and with his general behaviour previously and subsequently to the performance of the infraction. The following case illustrates this thing in a clear manner.

The murder committed by the law breaker upon his grandmother, followed by the profanation of the victim's corpse, on the purpose to prevent the finding of the murder deed, gathers the constitutive elements of the infraction of qualified murder prov. by art. 175 para. 1 let. c Penal Code and of that of tomb profanation prov. by art. 319 Penal Code, in real concurrence of infractions, because – as held by Decision no. 35 as of 22nd of September 2008 of the United

¹⁰ Bulletin of Cassation, no. 3/2009, C.H. Beck Publishing House, p. 48-51.

¹¹ H.C.C.J., Penal Section, pen. dec. no. 1227 as of the 2nd of April 2009.

¹² H.C.C.J., Penal Section, pen. dec. no. 2253 as of 26th of April 2007.

Sections of the High Court of Cassation and Justice – in case the action of killing is followed by a second deed, of corpse profanation, these two distinctive, successive deeds have each of them a different juridical object, as they each touch another social value, respectively in case of murder the life of a person, and in case of tomb profanation infraction – the respect due to dead persons, that is those values taken into consideration by the lawmaker when incriminating the two deeds in autonomous texts of law.

The judicial attenuating circumstance prov. by art. 74 para. 1 let. a Penal Code, consisting in the good conduct of the law breaker before committing the infraction, does not suppose only the lack of penal records of the latter, but also the correct attitude towards his family, work relationships and, generally, the entire context of social relationships.

The attitude to admitting the deeds by the defendant that realized he cannot but delay the finding of deeds, being impossible to circumvent to penal liability as the traces left constitute into evidences that exclude any doubt upon his guilt, does not justify the holding of the judicial attenuating circumstance prov. by art. 74 para. 1 let. c Penal Code¹³.

In the example we will present in the next paragraphs, the defendant B.S. was sent to trial for the performance of the infraction of murder attempt prov. by art. 20 rep. to art. 174 Penal Code.

The court found that on the night of 13/14.08.2006 a domestic conflict took place, on the grounds of jealousy and consumption of alcoholic drinks, between the two concubines, that are together at present as well, as they declared in front of the court. During the altercation, the defendant B.S. was hit over her face and body, presenting the lesions attested in the medical legal expertise for which there were needed 1-2 days of medical care, and took refuge in the uninhabited building found in the yard of the immovable, a circumstance that was not disputed by the parties. Here the altercation went on, each sustaining another variant, the defendant saying that she was hit in the head with a brick, and the injured party sustaining that she hit herself when falling, in the room being dark and being there bricks and stones. The medical legal expertise performed to the defendant shows lesions at the level of the cephalic region that could have been produced by hitting with or by a hard plane body and taking into consideration the alcoholic halitosis presented on the admission in the Emergency Hospital, her defense is plausible. The injured party did not contest that next he cursed his concubine, went out in the yard and took from a table the kitchen knife, wanting to scare her. The defense of the defendant is credible when she sustains she got scared and due to the previous behaviour of her concubine, she stabbed him frontally laterally, as established by the medical legal expertise, even if the two present different variants related to the knife possession at the moment of the impact.

The court finds as proven the murder attempt, admitted and refretted by the defendant, an infraction for which she will be applied a punishment, but taking into consideration the modality in which the deed was committed, will enforce the disp. of art. 73 let. b Penal Code, due to the violent instigation of the injured party by threats, curses and hitting.

The court decided that in report to the lack of penal records, to the trial position, to the circumstance that the injured party and the defendant are together at present as well and there were not requested civil damages, will also enforce the disp. of art. 74, 76 let. b Penal Code, finding that it is not imposed that the enforced punishment would be executed under detention conditions.

In this respect, on the basis of art. 20 rep. to art. 174 Penal Code, with the enforcem. of art. 73 let. b Penal Code and of art. 74, 76 let. b Penal Code, condemned the defendant to a punishment of 3 years of prison and 2 years interdiction of rights prov. by art. 64 let. a and b Penal Code.

According to art. 81-82 Penal Code, the court disposed the conditioned suspension of the prison punishment and, on the basis of art. 71 para. 5 Penal Code, of the accessory punishment for a probation term of 5 years.

¹³ H.C.C.J., Penal Section, pen. dec. no. 2313 as of 18th of June 2009

The defendant was acknowledged with the disp. of art. 83 Penal Code and of art. 359 Code of Penal Procedure; there was acknowledged that the injured party did not constitute himself as a civil party.

We consider that in this case there may be objected to the court that it did not observe the requirement provided for by the lawmaker in art. 79 Penal Code, respectively that it did not indicate the attenuating circumstance or circumstances it held. The fact that the court mentioned the lack of penal records of the defendant does not lead us automatically to the idea that by this was understood the holding of the circumstance prov. by art. 74 let. a Penal Code, as this circumstance may also be held for a defendant that has penal records (for example, he committed a penal deed a long time ago and was rehabilitated meanwhile, or the previously committed infraction is a second degree one, etc). In an obvious mode there results only the holding of the legal attenuating circumstance prov. by art. 73 let. b Penal Code and of the judicial attenuating one prov. by art. 74 let. c Penal Code¹⁴.

Conclusions

The above examples put into evidence the mode how the concrete social danger of a deed to which are also added the circumstances that circumscribe the person of the law breaker may lead to a solution where, although there is applied a punishment by prison, its execution is suspended as a result of the individualization process that has at its basis the two above mentioned criteria.

References

- 1.V. Dongoroz, „*Drept penal. Tratat*”, Bucharest, 1939
- 2.V. Dongoroz *et alii*, “Explicații teoretice ale Codului penal roman”, Romanian Academy Publishing House, Bucharest, 2003
- 3.C. Mitrache, “*Drept penal roman, Partea generală*”, Șansa Publishing and Press House, 2000
- 4.J. Leanté, „Droit pénal et démocratie” in „Recueil d'études en hommage à Marc Ancel. Aspects nouveaux de la pensée juridique”, vol. II, Paris, 1975
- 5.L. Biró, „*Drept penal. Partea generală*”, The Multiplication Center of the „Babeș-Bolyai” University, Cluj, 1971
- 6.V. Dongoroz *et alii*, „*Modificările aduse Codului penal și Codului pe procedură penală prin actele normative din anii 1956-1960*”, Academy Publishing House, Bucharest, 1962
- 7.Bulletin of Cassation, no. 3/2009, C.H.Beck Publishing House
- 8.Bulletin of Jurisprudence. Corpus of decisions for the year 2008, C.H. Beck Publishing House, Bucharest, 2009

¹⁴ pen. sen. no. 361/F as of 26.03.2008, final by the pen. dec. no. 140/28.05.2008 of the C.A.B. 1st Penal Section, final decision by not being appealed on 13.06.2008 – unpublished.

EVOLUȚIA PRACTICII JUDICIARE ÎN PRIVINȚA PERICOLULUI SOCIAL AL ANUMITOR INFRAȚIUNI

ALEXANDRA CRISTINA JIPA*

Abstract

Anumite infracțiuni au căpătat o amploare deosebită, în sensul incidenței lor, în ultima decadă. Articolul de față și-a propus să studieze aplicabilitatea criteriilor individualizării în cadrul unuia și aceluiași set de infracțiuni. Pe de altă parte, se încearcă și o incursiune într-un alt tip de infracțiuni grave, cu limite de pedeapsă ridicate, pentru a identifica o serie de factori care pot conduce la scăderea acestora cu ocazia individualizării sancțiunii.

Cuvinte-cheie: pericol social, evoluție, individualizare, sancțiuni, executare

Introducere

Referitor la individualizarea judiciară, profesorul V. Dongoroz spunea că „este operațiunea judecătorească de determinare a sancțiunii care urmează să fie efectiv aplicată, în limitele impuse de tariful abstract, cu modificările lui legale sau chiar în afara acestor limite, dar în măsura îngăduită de lege”¹.

Din această definiție, rezultă că individualizarea judiciară este făcută numai de instanța de judecată și prin ea se determină sancțiunea concretă pentru infracțiunea comisă, cu respectarea limitelor speciale (minime și maxime) prevăzute de lege și chiar cu depășirea acestor limite în cazul constatării cauzelor de agravare sau de atenuare.

Importanța acestei instituții este una deosebită preocupând de secole teoreticienii dreptului, acest interes nediminuându-se nici în prezent. Individualizarea este, în același timp, un proces care se adaptează prin menirea sa la realitățile sociale și juridice, la evoluția politicii penale, dar, mai ales, la felul în care sunt percepute anumite tipuri de infracțiuni la un moment istoric dat.

În prezentul demers am încercat să surprind relația dintre delimitările teoretice stabilite de legiuitor, cele practice care constau în modalitatea de aplicare a legii de către instanțele de judecată, și, mai ales, acel spațiu viu care se întinde între cele două forme de normare și care rezidă în infracționalitatea cunoscută și deferită justiției, în tipologiile care intră în această sferă, precum și într-o evoluție a sancțiunilor în funcție de incidența anumitor infracțiuni. Astfel, am ales ca tipologie a acestui articol, infracțiunile îndreptate împotriva vieții și modalitățile de evoluție a pedepselor în acest câmp.

Conținut

În efectuarea operațiunii de individualizare judiciară a sancțiunii, trebuie să se aibă în vedere fapta comisă de infractor (gravitate, mod de săvârșire, urmări, etc, dar și o evaluare a situației personale a infractorului în raport cu pericolul social al acestuia pentru ordinea publică (forma de inovăție, antecedente, starea psiho-fizică, starea de pericol, etc.)²

Conform art. 87 al.1 din Legea nr. 301/2004³, „(...) la stabilirea și aplicarea pedepselor

* Asist.univ.dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, Bucuresti (e-mail: alexandrajipa@gmail.com).

¹ V. Dongoroz, „Drept penal. Tratat”, pag. 543.

² V. Dongoroz et alii, *op. cit.*, vol. II, pag. 125.

³ Această lege a fost abrogată expres de Legea 286/2009, însă consider că prezintă importanță dintr-o perspectivă comparativă abordarea paralelă a Codului Penal în vigoare, a Legii nr. 301/2004 și a Legii nr. 286/2009 sau, altfel spus, a Noul Cod penal.

pentru persoana fizică se ține seama de dispozițiile generale ale Codului penal, de limitele de pedeapsă fixată în partea specială, de gravitatea faptei săvârșite, de persoana făptuitorului și de împrejurările care atenuează sau agravează răspunderea penală”.

Spre deosebire de individualizarea legală care realizează numai prevenția generală, individualizarea judiciară realizează atât prevenția generală, cât și prevenția specială prin constrângerea și reeducarea pe care pedeapsa concretă o are asupra infractorului⁴.

În N. C. penal se arată caracterul proporțional al pedepsei în raport cu gravitatea infracțiunii și pericolozitatea infractorului, care trebuie să se reflecte în modul de executare, pentru că altfel există riscul ca efortul depus pentru reintegrarea infractorului să producă efecte contrare scopului urmărit.

Astfel, infractorul care s-a sustras de la urmărire penală ori judecată sau a încercat zădărnicește aflării adevărului ori a identificării și tragerii la răspundere penală a autorului sau a participanților, nu poate beneficia de renunțarea la aplicarea pedepsei, amânarea aplicării pedepsei ori de suspendarea executării pedepsei sub supraveghere, întrucât între conduita acestuia pe parcursul procesului penal și natura și scopul acestor măsuri există o vădită incompatibilitate.

Relațiile sociale ce formează obiectul ocrotirii penale, sunt influențate de transformările petrecute în cursul dezvoltării societății, în întreaga viață economică, socială și politică. Rezultă deci că unele dintre relațiile sociale ocrotite de legea penală sporesc și că altele se află în descreștere. Tot așa se mărește sau scade gradul de pericol social al faptelor prin a căror incriminare se apără aceste relații. De aici rezultă fără dubiu, schimbări în plan juridic, pentru ca răspunderea penală să fie pusă în concordanță cu gravitatea actuală a faptelor comise de făptuitori.

Astfel, legiuitorul procedează la evaluări ale gradului de pericol social al unor infracțiuni, rezultatul concretizându-se în modificarea pedepsei legale care, după caz, poate fi agravată sau ușurată.

Se formează însă un decalaj, o neconcordanță între gravitatea abstractă actuală a infracțiunii și limitele pedepsei legale, rămase nemodificate⁵.

Rămănerile în urmă a legii penale față de realitățile sociale sunt inevitabile. Astfel, întotdeauna apar mai întâi faptele ce urmează a fi incriminate sau se modifică gradul de pericol social al infracțiunilor, și numai după aceea legea penală reflectă aceste schimbări, prin incriminări noi sau prin coborârea ori ridicarea limitelor de pedeapsă.

Judecătorul nu se poate atinge de aceste atribute ale legiuitorului, care se regăsesc în principiul legalității pedepsei, de la care nu există derogări. El este îndreptățit să dea eficiență, în cadrul operației de individualizare, modificărilor intervenite în gradul de pericol social abstract al infracțiunilor. Astfel, reducerea sau creșterea gradului de pericol social abstract, se transmite pericolului social concret, care suferă în mod obiectiv, o modificare corespunzătoare. Deci judecătorul va trebui să aplice o pedeapsă mai ușoară sau mai grea corespunzătoare sensului imprimat de gradul de pericol social al infracțiunii săvârșite. Mai exact, judecătorul nu va putea să schimbe genul pedepsei prevăzute de lege, sau să stabilească pedeapsa între alte limite decât cele fixate prin lege, dar între aceste limite, va putea să aplice o pedeapsă orientată spre minimul special sau maximul special, după gradul de pericol social abstract al infracțiunii care se repercutează asupra gradului de pericol social concret al faptei săvârșite – scăzut sau, după caz, sporit.

S-a pus sub semnul îndoielii, posibilitatea judecătorilor de a putea să aprecieze pericolul social generic al infracțiunii care s-a modificat. Ceea ce este însă cert e că în anumite cazuri, și anume atunci când modificările în gradul de pericol social abstract își au sursa în frecvența sporită

⁴ C. Mitrache, *op. cit.*, pag. 288

⁵ J. Leanté considera că datorită „caracterului schimbător al ierarhiei valorilor în societatea actuală”, precum și „caracterului schimbător al criminalității și represivității” trebuie să aibă loc o permanentă țineră la curent a legislației. Autorul susține importanța deosebită a acestei adaptări: „Criza pe care o traversează dreptul penal este aceea a adaptării sale la etica societății contemporane” („Droit pénal et démocratie”, în „Recueil d'études en hommage à Marc Ancel. Aspects nouveaux de la pensée juridique”, vol. II, Paris, 1975, pag. 151-152).

sau diminuată a infracțiunilor de un anumit tip, ele sunt accesibile, pe baza statisticii judiciare și a cercetărilor criminologice, cunoașterii celor chemați să înfăptuiască opera de individualizare a pedepsei, adică judecătorilor.

Dispozițiile art. 72 C. penal, nu dau nici o orientare cu privire la stabilirea gradului de pericol social concret.

Ceea ce doresc să subliniez este că o astfel de indicație exista în disp. art. 96 al. 1 C. penal care preciza că încredințarea făptuitorului pe garanție poate fi dispusă numai dacă „fapta în conținutul ei concret, în împrejurările în care a fost săvârșită, prezintă un grad de pericol social redus...”. De fapt, articolele 92-97 C. penal, au fost abrogate prin Legea nr. 104/1992, publicată în Monitorul Oficial nr. 244 din 1 octombrie 1992, ca urmare a noii reglementări ce s-a dat înlocuirii răspunderii penale.

De asemenea, gradul de pericol social concret al infracțiunii, ca și criteriu de individualizare, apărea într-o formulare asemănătoare în disp. art. 1 al. 3 C. penal anterior anului 1968 care preciza: „Nu constituie (...) infracțiune fapta încriminată prin lege, dacă prin conținutul ei concret și prin condițiile în care a fost săvârșită nu reprezintă pericolul social al unei infracțiuni, fiind lipsită în mod vădit de importanță”.

În teoria dreptului penal, noțiunii de conținut al infracțiunii i se recunosc două înțelesuri:

a. conținut legal sau abstract prin care se înțelege ansamblul acelor elemente, obiective și subiective, care – individualizând, în cadrul fiecărui tip particular de infracțiune, latura obiectivă și latura subiectivă a infracțiunii – sunt cerute de lege pentru ca o anumită acțiune sau inacțiune să constituie un tip particular de infracțiune.

b. conținut concret sau faptic - prin care se înțelege ansamblul aspectelor concrete, care – materializând, în cadrul fiecărei acțiuni-inacțiuni săvârșite, elementele constitutive ale conținutului abstract al infracțiunii-tip respective – individualizează fapta, făcând-o să se deosebească de toate celelalte infracțiuni, concrete de același tip⁶. Deci, elementele „conținutului concret” reprezintă materializări ale elementelor constitutive ale conținutului abstract și sunt totdeauna, cu necesitate intrinseci, ceea ce le colorează de o manieră specifică de la caz la caz, deși infracțiunea-tip este identică.

Gradul de pericol social concret al infracțiunii, poate fi influențat și de unele trăsături de fapt – stări, situații, împrejurări, întâmplări – care au însoțit totuși săvârșirea infracțiunii și au creat ambianța faptică, de o anumită coloratură și semnificație proprie, în care s-a comis fapta. Deși sunt extrinseci conținutului concret⁷, ele sunt legate într-un fel sau altul, de elementele ce alcătuiesc esențialul și astfel contribuie la caracterizarea acestora⁸.

În concluzie, pentru a se cunoaște gravitatea reală a faptei, este necesar să se cerceteze conținutul concret al faptei, adică acțiunea, inacțiunea, mijloacele folosite, urmarea imediată, cât și felul în care au fost realizate elementele constitutive ale infracțiunii, mai exact acele elemente intrinseci, care individualizează fapta, făcând-o să se deosebească de celelalte fapte concrete de același tip⁹.

În cele ce urmează am încercat o scurtă analiză a practicii judiciare recente axându-mă, în

⁶ L. Biró, *op. cit.*, pag. 57-60; V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, Nicoleta Iliescu, Simona Petrovici, „Modificările aduse Codului penal și Codului de procedură penală prin actele normative din anii 1956-1960”, Editura Academiei, București, 1962, pag. 27; V. Rămureanu, „Modificările aduse Codului penal și Codului de procedură penală”, în J.N. nr. 4/1960, pag. 609.

⁷ L. Biró consideră că aceste trăsături de fapt aparțin, și ele, conținutului concret; de aceea autorul este de părere că între conținutul abstract care cuprinde numai trăsături tipice, relevante din punct de vedere penal, și conținutul concret, care cuprinde și trăsături individuale fără semnificație sub aspectul caracterizării juridice, nu există nici identitate, nici coincidență (*op. cit.*, pag. 58-59);

⁸ De exemplu, locul și timpul săvârșirii faptei, mijloacele și metodele utilizate pentru comiterea ei, etc., când nu figurează printre elementele constitutive, fiind totuși legate de elementul material al infracțiunii, contribuie la caracterizarea acestuia și, implicit, la determinarea gradului de pericol social concret;

⁹ V. Dongoroz *et alii*, „Modificările aduse Codului penal și Codului de procedură penală prin actele normative din anii 1956-1960”, Ed. Academiei, București, 1962, pag. 27; L. Biró, „Drept penal. Partea generală”, Universitatea „Babeș-Bolyai”, Cluj, 1971, pag. 57-60.

principal, pe studiul infracțiunilor îndreptate împotriva vieții. În acest domeniu infracțional, influența pericolului social concret în individualizarea judiciară este cu atât mai evident cu cât gradul de pericol social generic al faptelor de acest tip este unul foarte ridicat. Există cazuri când spațiul lăsat între cele două categorii de pericol social este unul amplu, care se pretează unor interpretări variate. Spre exemplu, în speța de mai jos, deși încadrarea juridică este criticabilă, individualizarea judiciară a permis opțiunea unei modalități de executare neprivativă de libertate în situația comiterii a ceea ce s-a reținut a fi o tentativă de omor.

D.G.D. care a fost trimis în judecată pentru săvârșirea infracțiunii prev. de art. 20 rap. la art. 174 C. penal. Acesta l-a înjunghiat o singură dată, în zona abdominală, pe soțul mamei sale care exercita acte de violență asupra acesteia. În primăvara anului 2008, între B.D.N. și martora B.V au apărut neînțelegeri datorate prezenței în imobil a inc. D.G.D., fiul martorei, precum și dorinței părții vătămate de a vinde apartamentul și de a merge să locuiască în provincie. Pe fondul acestor stări conflictuale, în după-amiaza de 18.07.2009, în timp ce B.V. se afla împreună cu fiul său D.G.D. la domiciliu, a fost sunată de partea vătămată care a amenințat-o că va veni acasă și că vor avea o discuție. Inculpatul D.G.D., dorind să evite un eventual conflict, i-a spus mamei sale ca pleacă de acasă însă aceasta a insistat să rămână. B.D.N. a venit la domiciliu și a început o discuție contradictorie cu martora B.V. pe parcursul căreia s-a enervat și a luat o ceașcă de pe măsută pe care a trântit-o de podea; martora s-a speriat și s-a ridicat de pe canapea îndreptându-se spre fereastră. Inculpatul D.G.D. a asistat la întreaga discuție fiind așezat pe un scaun lângă ușa de acces în cameră. Încercând să iasă din cameră, martora a fost prinsă de păr și lovită puternic cu palma de către partea vătămată, moment în care s-a dezechilibrat și a căzut pe podea. Partea vătămată a ridicat măsuta de lemn intenționând să o lovească pe martoră. Pe fondul acestei situații, inculpatul D.G.D. s-a ridicat și a luat un cuțit din bucătărie și, întorcându-se în sufragerie, l-a lovit o singură dată pe partea vătămată în zona abdominală.

Instanța a reținut că din probele administrate a rezultat, de asemenea, că inculpatul a acționat pe fondul unei profunde tulburări determinate de comportamentul violent al părții vătămate, situație în care instanța va reține disp. art. 73 lit. b C. penal ca fiind incidente în cauză.

Tribunalul nu a considerat că se pot reține disp. art. 44 al. 2 C. penal privind starea de legitimă apărare întrucât nu sunt îndeplinite condițiile cumulative prev. de lege pentru existența acestei cauze care înlătură caracterul penal al faptei. Deși în speță a existat un atac îndreptat împotriva mamei inculpatului, apărarea nu a fost proporțională cu gravitatea pericolului și cu împrejurările în care s-a produs atacul. Astfel, partea vătămată a lovit-o pe soția sa cu palma peste ceafă și a tras-o de păr, iar inculpatul, încercând să o salveze pe aceasta, a luat un cuțit de bucătărie și a înțepat-o pe partea vătămată în abdomen. Pentru ca apărarea efectuată împotriva unui atac să fie considerată legitimă trebuie să existe un raport de aproximativă proporționalitate între fapta săvârșită în apărare, pe de o parte, și atacul care a provocat nevoia de apărare, pe de altă parte. Întrucât în speță nu a existat o astfel de proporționalitate, acțiunea inculpatului fiind mult mai gravă decât atitudinea violentă a părții vătămate, Tribunalul a apreciat că nu se impune aplicarea disp. art. 44 C. penal privind legitima apărare.

Pentru fapta săvârșită, Tribunalul i-a aplicat inculpatului o pedeapsă cu închisoarea la individualizarea căreia a avut în vedere criteriile generale prevăzute de art. 72 C. penal, respectiv pericolul social concret al faptei săvârșite, modalitatea de comitere (în condițiile unei puternice tulburări determinate de comportamentul părții vătămate), atitudinea violentă constantă a părții vătămate, precum și circumstanțele personale ale inculpatului care nu este cunoscut cu antecedente penale și la data comiterii infracțiunii lucra la un magazin din cartierul în care locuiește.

Reținând atitudinea sinceră a inculpatului și lipsa antecedentelor penale, precum și provocarea din partea părții vătămate drept circumstanțe atenuante judiciare, respectiv legale, instanța a coborât pedeapsa sub limita minimă prev. de lege în temeiul art. 73 lit. b, art. 74 lit. a și c rap. la art. 76 lit. b C. penal.

Referitor la acest caz, consider că instanța în mod greșit a reținut prevederile art. 73 lit. b C. penal, în speța de față fiind incidente dispozițiile art. 44 C. penal sau cele ale art. 73 lit. a C. penal, în funcție de mai mulți factori, cum ar fi: diferența de vârstă existentă între inculpat și partea vătămată, constituția fizică a acestora, dar și istoricul conflictual îndelungat al familiei. În situația reținută și de instanță în care partea vătămată urmărea să o lovească pe martoră – mama inculpatului – cu o masă de lemn în cap, după ce anterior o lovise suficient de tare pentru a cădea și a-și pierde cunoștința, faptul că inculpatul a ripostat și l-a înjunghiat pe partea vătămată trebuia apreciat ca o apărare concomitentă, nu posterioară. Cu alte cuvinte, instanța nu trebuia să rețină drept circumstanță atenuantă provocarea ei, apreciind în raport de toți factorii expuși, trebuia să decidă dacă în cauză avem de a face cu o stare de legitimitate apărare așa cum este prevăzută de art. 44 al. 3 C. penal sau dacă este vorba de circumstanța prevăzută de art. 73 lit. a C. penal. Această speță ilustrează însă și posibilitățile variate de individualizare de care dispune instanța, de exemplu reținerea unei circumstanțe atenuante legale și a două circumstanțe atenuante judiciare, care au permis reducerea sub minimul special a unei pedepse a cărei minim este destul de ridicat (10 ani, 5 ani în cazul tentativei), această reducere conducând și la posibilitatea instanței de a alege o modalitate de executare a pedepsei neprivativă de libertate și adecvată profilului personal al inculpatului¹⁰.

Într-un alt caz dedus judecății recent, instanța supremă a statuat că sub aspectul laturii subiective, în cazul infracțiunii de vătămare corporală gravă prev. în art. 182, alin. 2, C. penal, infractorul acționează cu intenția generală de vătămare, în timp ce în cazul tentativei la infracțiunea de omor prev. în art. 20 rap. la art. 174 C. penal, acesta acționează cu intenția de ucidere. Prin urmare, în cazul tentativei de omor, actele de punere în executare, întrerupte sau care nu și-au produs efectul, trebuie să releve – prin natura și împrejurările în care au fost comise – că infractorul a avut intenția de a ucide, iar nu intenția generală de a vătăma.

Fapta constituie tentativă la infracțiunea de omor, fiind relevantă intenția de ucidere, dacă a fost săvârșită pe fondul unui conflict anterior între infractor și victimă, urmat de înarmarea acestuia cu un obiect apt de a produce moartea (cuțit), prin aplicarea unei lovituri ce a vizat o zonă anatomică vitală (zona toraco-abdominală), lovitură puternică, de mare intensitate, care a avut consecințe grave (plagă penetrantă în zona abdominală, cu lezarea de organe interne, leziune care a pus în primejdie viața victimei), la care se adaugă atitudinea infractorului imediat după săvârșirea faptei, constând în dispariția sa de la domiciliu și sustragerea de la urmărirea penală.

În al doilea rând, recunoașterea anumitor împrejurări ca circumstanțe atenuante judiciare nu este posibilă decât atunci când împrejurările luate în considerare reduc în asemenea măsură gravitatea faptei în ansamblu sau caracterizează favorabil persoana făptuitorului într-o asemenea manieră încât numai aplicarea unei pedepse sub minimul special satisface, în cazul concret, imperativul justei individualizări a pedepsei. „Conduita bună” a infractorului înainte de săvârșirea infracțiunii, în sensul art. 74 alin. 1 lit. a, C. penal, nu se reduce, în mod exclusiv, la absența antecedentelor penale¹¹.

În această speță, inculpatul C.M. i-a aplicat victimei o lovitură de cuțit în zona toracică pe fondul unui conflict declanșat de inculpat într-un grup mai mare de persoane care staționau în fața blocului. C.M. s-a dus acasă unde s-a înarmat cu un cuțit, s-a întors și l-a urmărit pe H.A. în scara blocului la ieșirea căruia l-a și înjunghiat. Conform raportului de constatare medico-legală, leziunile au necesitat 35-40 de zile de îngrijiri medicale și i-au pus victimei viața în primejdie.

Instanțele au reținut că inculpatul a avut o atitudine de obstrucționare a activității de urmărire penală prin fuga sa de la domiciliu și sustragerea de la urmărirea penală, în condițiile în care realiza gravitatea faptei săvârșite și era conștient că este urmărit de organele de poliție. După

¹⁰ Sentința penală nr. 619/30.06.2009 a T.B. Secția a II a Penală, rămasă definitivă prin neapelare la data de 15.07.2009 – nepublicată.

¹¹ Buletinul Casației, nr. 3/2009, Editura C.H.Beck, p. 48-51.

prinderea sa, inculpatul nu a avut o atitudine total sinceră, încercând să prezinte o stare de fapt nereală și neplauzibilă, care să-i atenueze răspunderea penală, în sensul că nu ar fi intenționat să lovească cu cuțitul și că, în conflictul final, partea vătămată s-a manifestat agresiv și a intrat involuntar cu corpul în cuțit. Această atitudine s-a perpetuat și în fața instanței de apel care, în baza acestui fapt, a apreciat că nu se pot reține în favoarea inculpatului circumstanțele atenuante personale prevăzute în art. 74 C. penal și reducerea pedepsei sub limita minimă prevăzută de textul de lege, așa cum se solicitase, opinie care a fost împărtășită și de instanța supremă cu ocazia judecării recursului¹².

Există situații când instanțele rețin circumstanțe atenuante în cauză și individualizează pedeapsa în consecință, însă nu indică exact circumstanțele reținute.

În cazul în care instanța reține în favoarea inculpatului circumstanțe atenuante, indicarea în hotărâre a împrejurării care constituie circumstanță atenuantă, motivarea reținerii acesteia prin referire la probe și încadrarea împrejurării care constituie circumstanță atenuantă în prevederile art. 74 alin. 1, lit. a, b sau c, ori ale art. 74 alin. 2 C. penal este obligatorie potrivit art. 79 c. penal. Prin urmare, este nelegală hotărârea prin care instanța nu motivează sau motivează prin exprimări generale împrejurările reținute ca circumstanțe atenuante și le încadrează generic în prevederile art. 74 C. penal¹³.

De asemenea, trebuie avut în vedere că reținerea circumstanțelor atenuante prevăzute de art. 74 alin. 1 lit. a și c nu operează automat, ci se face după ce instanța constata dacă se acest lucru se impune sau nu în raport de persoana infractorului și de comportamentul său general anterior și ulterior săvârșirii infracțiunii. Speța următoare ilustrează acest lucru într-o manieră clară.

Omorul săvârșit de făptuitor asupra bunicii sale, urmat de profanarea cadavrului victimei, în scopul de a împiedica descoperirea faptei de omor, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de omor calificat prev. în art. 175 alin. 1 lit. c C, penal și ale celei de profanare de morminte prev. de art. 319 C. penal, în concurs real de infracțiuni, întrucât – așa cum s-a reținut prin Decizia nr. 35 din 22 septembrie 2008 a Secțiilor Unite ale Înaltei Curții de Casație și Justiție – în cazul în care acțiunea de ucidere este urmată de o a doua faptă, de profanare a cadavrului, aceste două fapte distincte, succesive, au fiecare un obiect juridic diferit, deoarece lezează fiecare o altă valoare socială, respectiv în cazul omorului viața persoanei, iar în cazul infracțiunii de profanare de morminte – respectul datorat morților, adică acele valori avute în vedere de legiuitor la incriminarea celor două fapte în texte de lege autonome.

Circumstanța atenuantă judiciară prev. în art. 74 alin. 1 lit. a C. penal, constând în conduita bună a infractorului înainte de săvârșirea infracțiunii, nu presupune numai lipsa antecedentelor penale ale acestuia, ci și atitudinea corectă față de familie, relațiile de muncă și, în general, întreg contextul relațiilor sociale.

Atitudinea de recunoaștere a faptelor de către inculpatul care a realizat că nu poate decât să întârzie descoperirea faptelor, neputându-se sustrage răspunderii penale întrucât urmele lăsate se constituie într-un probatoriu care exclude orice dubiu asupra vinovăției sale, nu justifică reținerea circumstanței atenuante judiciare prev. de art. 74 alin. 1 lit. c C. penal¹⁴.

În exemplul pe care-l voi prezenta în rândurile următoare, inculpata B.S. a fost trimisă în judecată pentru săvârșirea infracțiunii de tentativă de omor prev. de art. 20 rap. la art. 174 C. penal.

Tribunalul a constatat că în noaptea de 13/14.08.2006 a avut loc un conflict domestic, pe fondul geloziei și consumului de băuturi alcoolice, între cei doi concubini, care și în prezent sunt împreună, astfel cum au declarat în instanță. În cursul altercației, inculpata B.S. a fost lovită la față și pe corp, prezentând leziunile consemnate în expertiza medico-legală pentru care au fost necesare 1-2 zile de îngrijiri medicale, și s-a refugiat în corpul de clădire nelocuit aflat în curtea

¹² Î.C.C.J., Secția Penală, dec. pen. nr. 1227 din 2 aprilie 2009.

¹³ Î.C.C.J., Secția Penală, dec. pen. nr. 2253 din 26 aprilie 2007.

¹⁴ Î.C.C.J., Secția Penală, dec. pen. nr. 2313 din 18 iunie 2009.

imobilului, împrejurare necontestată de părți. Aici altercația a continuat, fiecare susținând altă variantă, inculpata spunând că a fost lovită în cap cu o cărămidă, iar partea vătămată susținând că aceasta s-a lovit în cădere, în încăpere fiind întuneric și aflându-se cărămizi și pietre. Expertiza medico-legală efectuată inculpatei relevă leziuni la nivelul regiunii cefalice ce s-ar fi putut produce prin lovire cu sau de corp plan dur și având în vedere halena alcoolică prezentată la internarea în spitalul de Urgență, este plauzibilă apărarea acesteia. Partea vătămată nu a contestat că în continuare a înjurat-o pe concubina sa, a ieșit în curte și a luat de pe o masă cuțitul de bucătărie, dorind să o sperie. Apărarea inculpatei este credibilă atunci când susține că s-a speriat și datorită comportamentului anterior al concubinului, l-a înjunghiat pe acesta din față lateral, astfel cum a stabilit expertiza medico-legală, chiar dacă cei doi prezintă variante diferite referitor la posesia cuțitului în momentul impactului.

Instanța constată dovedită tentativa de omor, recunoscută și regretată de inculpată, infracțiune pentru care i se va aplica o pedeapsă, dar având în vedere modalitatea în care a fost săvârșită fapta, va aplica disp. art. 73 lit. b C. penal, datorită provocării violente a părții vătămate prin amenințări, injurii și lovire.

Tribunalul a decis că în raport de lipsa antecedentelor penale, de poziția procesuală, de împrejurarea că partea vătămată și inculpata sunt împreună și în prezent și că nu s-au solicitat despăgubiri civile, va aplica și disp. art. 74, 76 lit. b C. penal, constatând că nu se impune ca pedeapsa aplicată să fie executată în regim de detenție.

În acest sens, în baza art. 20 rap. la art. 174 C. penal, cu apl. art. 73 lit. b C. penal și a art. 74, 76 lit. b C. penal, a condamnat-o pe inculpată la o pedeapsă de 3 ani închisoare și 2 ani interzicerea drepturilor prev. de art. 64 lit. a și b C. penal.

Conform art. 81-82 C. penal, instanța a dispus suspendarea condiționată a pedepsei închisorii și, în baza art. 71 al. 5 C. penal, a pedepsei accesorii pe un termen de încercare de 5 ani.

S-au pus în vedere inculpatei disp. art. 83 C. penal și art. 359 C. proc. penală; s-a luat act că partea vătămată nu s-a constituit parte civilă.

Consider că în acest caz se poate reproșa instanței că nu a respectat cerința prevăzută de legiuitor în art. 79 C. penal, respectiv că nu a indicat circumstanța sau circumstanțele atenuante pe care le-a reținut. Faptul că a menționat instanța lipsa antecedentelor penale ale inculpatei, nu ne conduce în mod automat la ideea ca s-a înțeles prin aceasta reținerea circumstanței prev. de art. 74 lit. a C. penal, deoarece se poate reține aceasta circumstanță și vizavi de un inculpat care are antecedente penale (de exemplu, a săvârșit o faptă penală cu mult timp în urmă și s-a reabilitat între timp, sau infracțiunea comisă anterior este una din culpă, etc). În mod evident reiese doar reținerea circumstanței atenuante legale prev. de art. 73 lit. b C. penal și a celei atenuante judiciare prev. de art. 74 lit. c C. penal¹⁵.

Concluzii

Exemplele de mai sus au reliefat felul în care pericolul social concret al unei fapte la care se adaugă și circumstanțele ce circumscriu persoana infractorului pot conduce la o soluție în care, deși se aplică o pedeapsă cu închisoarea, executarea acesteia se suspendă ca rezultat al procesului de individualizare ce are la bază cele două criterii mai sus menționate.

Consider că o activitate de culegere și interpretare a practicii judiciare în funcție de anumite arii infracționale, pe un interval determinat de timp, se poate constitui într-un real folos pentru practicienii dreptului, precum și pentru cei care sunt responsabili de actualizarea legislației penale în funcție de realitățile sociale care sunt în perpetuă schimbare.

¹⁵ Sentința penală nr. 361/F din 26.03.2008, definitivă prin dec. pen. nr. 140/28.05.2008 a C.A.B. Secția a I a Penală, decizie definitivă prin nerecurare la 13.06.2008 – nepublicată

Referințe bibliografice

- 1.V. Dongoroz, „*Drept penal. Tratat*”, București, 1939;
- 2.V. Dongoroz *et alii*, „*Explicații teoretice ale Codului penal roman*”, Editura Academiei Române, București, 2003
- 3.C. Mitrache, „*Drept penal roman, Partea generală*”, Casa de Editură și Presă „Șansa”, 2000;
- 4.J. Leanté, „Droit pénal et démocratie” in „Recueil d'études en hommage à Marc Ancel. Aspects nouveaux de la pensée juridique”, vol. II, Paris, 1975;
- 5.L. Biró, „*Drept penal. Partea generală*”, Centrul de multiplicare al Universității „Babeș-Bolyai”, Cluj, 1971;
- 6.V. Dongoroz *et alii*, „*Modificările aduse Codului penal și Codului pe procedură penală prin actele normative din anii 1956-1960*”, Editura Academiei Române, 1962
- 7.Buletinul Casației, nr. 3/2009, Editura C.H. Beck;
- 8.Buletinul Jurisprudenței. Corp de decizii pe anul 2008, Editura C.H. Beck, București, 2009.

THE AFFIRMATION OF THE RENEWING CURRENT OF PRISON REFORM IN THE NINETEENTH CENTURY ROMANIAN THINKING

IOAN BITOLEANU*
LUMINIȚA ELENI MEREI**

Abstract

In 1882, the work entitled About the need of reform in criminal prisons, signed by Gregory Gramaticescu, Chief Prosecutor at the Court of Appeal Craiova was offered to the coroners of the Old Kingdom. In over more than a century, a famous contemporary author, Emilian Stanisor, was publishing The Romanian prison reform. The interval between these years suggests, therefore, a perpetual, but never finalized reform. The period before the organization, on modern grounds, of the Romanian State - first half of the nineteenth century - brought to the foreground of concerns of the Romanian lawyers, schooled in the West, in the humanist spirit of the time, the issue of humanizing life in prisons and jails, after, including some enlightened rulers of the Principalities Wallachia and Moldavia, have expressed sympathy for the fate of the unfortunate creatures that inhabited them. The basic idea which guided like a red thread, thinkers and legislators of this century was the transformation of places of detention from exclusively expiator tools - repressive and dehumanizing - in an environment of moral reeducation so that, after serving the sentence, the formerly condemned to be recovered by society in respect of law and honest labour. The fact that after so long, many of the prison problems remained almost unchanged in terms of results is a testimony to complexity. They represent also an urge to those whose mission is to imagine a new penitentiary reform, to reconsider the thinking of those who conceived the Organic Regulations, the Romanian Penal Code of 1865, the law on prison system in 1874 and the afferent Regulations which have followed.

Keywords: conditions of detention, prison doctrine, moral and religious, education, progression of crime rate, prison reform, social reintegration

Introduction

For hundreds of years, the human life hung by a thread, depending of uncertain common laws, of the arbitrariness and caprice of governors, being often ended with cruelty to a simple sign, and places of detention were short stops to the most horrific form of execution. Renaissance and Humanism, the great revolutions of modern world had to come, to give an impulse to revival in the association of punishment with law and justice. In this new climate, a natural feeling of solidarity determined the whole civilized world to stand against the inhumane treatment that convicts were submitted to and to require the transformation of places of detention from exclusive instruments of punishment in "establishments of moral recuperation"¹(Stănciulescu 1933, 3) But, only in the nineteenth century, developed the concept according to which jails could become, from means of expiation of the evil committed, "social sanatoriums for healing the soul of the one in conflict with the laws of society"² (Constantinescu 1933, 7).

During this time, the renewing current for reforming the system of prisons, maintained by illustrious names of the modern history and the science of law (Cezare Beccaria, John Howard, Benjamin Franklin, Elizabeth Fey, etc.) registered a great echo.

The opinion that prison ought to have been more than it really was, has been expressed in

* Professor, Ph.D., Faculty of Law and Public Administration, „Spiru Haret” University, Constanța.

** Assistant, Ph.D. candidate, Faculty of Law and Public Administration, „Spiru Haret” University, Constanța (luminitamerei@yahoo.com)

¹ Ovid Stănciulescu, *Research on the prison system evolution in the nineteenth century*, Cluj, 1933, 3

² Emanoil Gr Constantinescu, *The evolution of the prison regime in Romania, referring to the past of penitentiaries in Europe and America*, Bucharest, 1933, 7

many ways. A documented paper³ (Constantinescu 1933, 7) quotes in this direction the authorized views of some leading authorities in the field, recognized in Europe and America. After lengthy disputes and experiences, experts in the penology science could only find that by hardening physical and moral suffering of criminals in order to recuperate them, the results obtained were quite contrary to expectations; the hope that jails could become "social sanatoriums" was still a chimera which led to pessimistic conclusions.

So for example, the Chairman of the U.S. prisons, Charlton T. Lewis, the Frenchman Eduard Carpentier or the Spaniard Jose F. Rodriques were convinced that all prisons were academies of crime and recidivism, from which most criminals would come out "doctors in delinquency"⁴ (Constantinescu 1933, 138)

The European and American penologists' concern for a large prison reform is old and persistent. Even since the mid-nineteenth century, regular meetings dedicated to this subject and with broad international participation were organized. Thus, The International Union for Criminal Law gathered in successive Congresses in Brussels, Linz, Paris, Lisbon, etc., and Congresses on the penitentiaries theme took place in Frankfurt am Main (1846), Brussels (1847), London (1872), Stockholm (1878), Rome, Paris, Bordeaux⁵ (Teodorescu 1904, 8). These activities were founded on the vigorous thinking current of some forensics, politicians, philosophers and sociologists, whose plea for a profound reform of criminal laws and related institutions inspired measures taken in many countries, in the prison area.

Mentioning these concerns and manifesting interest in the solutions of experts in the West, are obvious also in papers published in Romania in the last decades of the nineteenth century. Thus, alongside other notable names, often quoted appear also the views of the great English philanthropist John Howard (1726-1790), who visited houses of detention, hospitals and lazarettos from all Europe, dedicating his entire activity to suffering people and especially to the prison reform⁶.

That is why, associated with the impulses from the modern world, the need for prison reform has become one of the objects of social, legal, moral and humanitarian order in the Romanian society⁷ (Grammaticescu 1882, 3). The question that arose then was whether the existing prison system was able to answer to the fundamental principles of human rights and therefore to the goals of criminal laws.

Most of the critical papers dedicated to the history of the Romanian prison system, published in the last decades of the nineteenth century did not do accidentally a foray into the past of the institution of prisons, as a support of their plea for reform. It resulted that, although the rays of Renaissance and the humanitarian Enlightenment had hesitatingly flared also in the Far East of Europe, the new ideas had taken shape also at the courts of some cultivated princes of the Romanian Countries, as Nicholas Mavrocordat (1709-1730), Prince of Moldavia and Wallachia. He gave a new purpose, surprisingly close to the one of modern times, to monastic prisons. Truly impressive are the urges and advice that the famous chronicler credited Prince Radu Popescu with, to treat the unfortunate in prisons and mines with compassion and without disgust: "To try to ease the pain ... to try to recuperate their souls"⁸ (Popescu 1973, 175). His vision remained, however, a rare flower in the Dark Ages, vitiated by social backwardness and general insecurity. Therefore, the opening of the Romanian penalty to modern prison mechanisms occurred late compared with

³ Emanoil Gr. Constantinescu, *op.cit.*, 7

⁴ Ibidem, 138

⁵ Iulian Teodorescu, *Matters of criminal law and prison science*, Gutenberg Printing House, Bucharest, 1904, 8

⁶ His work, *État des prisons, des hôpitaux et des maisons de force*, Paris, 1788 is quoted by Ovid Stănculescu, *Research on the prison system evolution in the nineteenth century*, Cluj, 1933, 10

⁷ Gr Grammaticescu, *About the need of reform in criminal prisons*, Craiova, 1882, 3

⁸ Radu Popescu, *The Histories of the Princes of Wallachia*, in *Wallachian Chroniclers*, Albatros Publishing House, Bucharest, 1973, 175

other European countries, and the orientation towards a humanist direction that gradually conquered the entire continent has known a sinuous itinerary.

In a paper of exceptional documentary⁹ importance, the French doctor Marc-Philippe Zallony portrayed a truthful picture of mines and stone jugs from the Romanian Principalities, until the Organic Regulations. Seldom – he revealed - those persons condemned to working in mines lived more than five years in those inhuman conditions of detention and work to cut salt. In this period, appear the signs of a change, forecasting good times: the concern of some rulers for the fate of the unfortunate people thrown away in mines and stone jugs. “I think that at those times - wrote Nicolae Iorga - the pity for people was a dominating feeling in prisons, as well as the desire, which should inspire any future program to recuperate them”¹⁰ (Iorga 1930, 6-7) . After having settled in time this change, the criminal law analyst Octavian Gorescu continued: “Princes become more merciful only in the early nineteenth century, when they start to alleviate penalties, stop tortures and torturing, the mine replaces the death penalty, and those condemned to work in mines can hope to switches, reduction of sentence or even to pardon”¹¹ (Gorescu). Also, hardly in the era of Nicholas Mavrogheni (1786-1790), the prince commanded that women should not be locked up together with men.

To illustrate the drama occurring in underground places of detention, Octav Gorescu quoted the chronicle of Nicolae Muste¹². The prison under the tower of the church steeple from the Royal Court of Moldavia, compared with the terrible Ottoman prison Aedicule, was the ruthless sign of death because, wrote the author, people locked up here “had no hope to survive”.

The Organic Regulations came into force in 1832-1832 and brought a significant revival in improving the state of prisons; the connoisseurs of the subject revealed, however that they kept their repressive nature until the middle of this century. Gh Bibescu himself, prince of Romanian said in 1846: “Our prisons remained in the same state as they had been in the past centuries, depicting a very sad perspective for any humanitarian and loving heart”¹³ (Stănciulescu 1933, 18). Equally sincere is the sympathy expressed by the Prince of Moldavia, Grigore Alexandru Ghica for people condemned to work in mines. Impressed by their destiny, “whose sufferings had been crushed for centuries in the depths and darkness of the earth, without ever once enjoying the light and fresh air ... crossed my mind to ease their sad fate”, the Prince expressed his resolution, in an ofis dated since 1855¹⁴ (Stănciulescu 1933, 54). The decree was followed by a proposal to draw up a “foundation” (regulation of prisons). The decision to make a change in the state of things was strongly influenced by the contents of the report handed to him by the magistrate Anastase Panu - a terrible and plastic picture of the jailbirds¹⁵ (Panu 1856, 57) tormented life also proposed “a radical reform of the country”¹⁶ (Gorescu, 14) stone jugs”, goal expressed so explicitly for the first time. Furthermore, in this remarkable report, directions to follow were also outlined: the principle of separation of sexes, offenses and penalties for, wrote the author, “protecting criminal rules”, which require” that penalty should not come before judgment and that the convict should not have to bear a terrible treatment that today, unfortunately, is the fate of all people locked up in stone

⁹ *Essay sur les Fanariotes*, Marseille, 1829, 87-88, apud Ovid Stănciulescu, *op. cit.*, 16-17

¹⁰ Nicolae Iorga, *Preface to Octavian Gorescu, Vacaresti, monastery. Vacaresti, penitentiary. Preceded by a brief history of the prison regime in Romania*, Bucharest, 1930, 6-7

¹¹ Octav Gorescu, loc. cit., (Director of the correctional penitentiary Vacaresti, the author is an expert in the history of medieval prisons in the Romanian Countries)

¹² *The Annals of Moldavia in the Romanian Chronicles or the Annals of Moldavia and Wallachia*, Mihail Kogălniceanu, III, ed. II, Bucharest, 1874

¹³ Ovid Stănciulescu, *op. cit.*, 18

¹⁴ *Ibidem*, 54

¹⁵ Anastase Panu, *Provisions concerning the public prisons in Moldavia*, Iasi, 1856, apud Ovid Stănciulescu, *op. cit.*, 57. In the “Ofis” issued on this occasion, the Prince stated again that jailbirds “were subject to a regime contrary to wisdom, morals and justice,” The Official Gazette of Moldavia, no. 41/20 May 1856, 163

¹⁶ Octav Gorescu, *op. cit.*, 14

jugs"¹⁷ (Gorescu, 15). The Prince's intention to concretize those proposals has been postponed because of the hostility of those times and of the national and international political instability.

As the cardinal moment of founding the new Romanian statehood approached – the Union of Principalities - princes, senior officials and men of law have proven more concerned to follow the new path. Always focused on the European model, the forensics that had drawn up the Explanatory Memorandum of the Prison Regulation in Iasi (1855) emphasized that in all their projects, they pursued "an organization more appropriate with the one of arrests in other European states"¹⁸ (Rădulescu 1930, 207). The Anaphora of June 11, 1850 addressed by legal forums to Prince Grigore Alexandru Ghica (he had asked a report on the state of stone jugs from Moldavia) highlighted the terrible state of these establishments of detention, where men and women lived crowded and helter-skelter. The report explicitly pointed out the urgent need of prisons reform, envisaged as "good treatment, to obey the voice of humanity, which requires that penalty, should not occur before the trial, and that the convict should not be exposed to a terrible treatment which today, unfortunately, is the fate of all prisons from stone jugs"¹⁹ (Constantinescu 1933, 63-64).

The issue of the living conditions of prisoners that became a constant concern for rulers, explains also the authorization of Anastase Panu, director in the Department of Justice, to inspect prisons in Moldavia and to establish the rule of an upgraded prison; the motivation of the royal order was explained by the fact that "we are especially interested in the fate of those afflicted"²⁰ (Rădulescu 1939, 178-179). One result of this inspection was the drafting by the high official of the State, of the *Prison Regulation of Targu Ocna*, establishment considered in the true acceptance of the word, the first prison in the United Principalities²¹ (Tanoviceanu 1926, 410-416). Impregnated by the spirit of that time, this document proves a thorough knowledge of the doctrine and practice in prisons from Europe and America. Also here appear provisions on the hygiene of premises, which included ventilation, clothes, body cleaning, and food with vitamins. The religious education, the learning of a trade that would facilitate, after release, a productive existence and the livelihood security, and that would prevent the temptation to relapse, did not lack, just as corporal punishment was kept as an illustration of the thinking limits of that time.

All these approaches are completed by the reports of Constantin Moroiu of Wallachia, distinguished professor of law, and of Anastase Panu of Moldavia, who proposed to the princes, reformatory measures. Demonstrating a good knowledge of theories from the penology area, by the originality and rigor of arguments, their reports have represented "the first known studies on the history of Romanian prisons science"²² (Ștefan, 2006, 299).

A separate stage was related to the arrival in the Principalities and to the reach activity of the Frenchman Ferdinand de Perrières Dodun considered the true founder of modern Romanian prisons. Brought in Moldavia, in 1855 by the Prince Gregory Ghica to the recommendation of Anastase Panu, and appointed General Inspector of prisons, he remained in that position until 1878, during the reign of Carol I, while he became known as the author of the most important bills and regulations concerning prisons. Under the coordination of Mihail Kogălniceanu, Prime Minister and Minister of Interior, the Frenchman worked also to the elaboration of the Romanian Penal Code having also the initiative of modifying prison services, the administration of which passed under the control of the Department of inside, equivalent of the Ministry of Interior.

¹⁷ Ibidem, 15

¹⁸ C. Radulescu, *Course of compared prison science*, Chernivtsi, 1930, 207

¹⁹ Emanoil Grigore Constantinescu, *op. cit.*, 63-64

²⁰ C. Radulescu, *op. cit.*, 178, 179

²¹ I Tanoviceanu, *Treaty of law and criminal procedure*, vol III, Bucharest, 1926, p. 410-416, see also Anastase Panu, *Provisions concerning the public prisons in Moldavia*, Iasi 1856, cf. Ovid Stănculescu, *op. cit.*, 55

²² Bruno Ștefan, *The Romanian environment in prison. Culture and civilization in prison*, the European Institute, Iasi, 2006, 299. See also Ovid Stănculescu, *op.cit.*

It is easy to notice that, especially after the foundation of the modern Romanian state, the echoes of the European thinking reverberated in the perspective of penologists in Bucharest and Iasi, being materialized in the legislation of the country, as well as in the foundation of some penal establishments where provisions of law had to be applied.

It is not random at all that, precisely in that period, a Romanian prison doctrine began to take shape, as the result of the original thinking of specialists of the time, magistrates, and prison directors - authors of valuable works on the matter²³ (Grammaticescu, Stătescu, Tălăngescu, Radianu, Moroiu, Dianu, Economu) . At the end of the nineteenth century, a paper of modest dimensions, tersely called "Prisons" was published in Bucharest. Its author was Panait Mușoiu, one of the most well-known publishers of socialist orientation, of the time. Exciting by the sincerity and pathos that it revealed, the basic idea of the work was also shared by many other thinkers of the time and of various doctrinal orientations. Absolute enemy of these establishments or, at least of the way they were organized and operated, Panait Mușoiu made a categorical statement: "As long as you take the men's freedom, you will definitely not transform him into a better person. You will harvest relapse. By incarcerating him and by giving him, every moment, the conviction that everything that happens in detention is a punishment, the society proceeds with all its resources "to make of him an enemy"²⁴ (Mușoiu 1989, 26). And then comes, in philosophical terms, the logical question: why, by taking his freedom, the man should become worse than he was, and then, after giving it back to him, to have the illusion that he could become better?

Countless authors wondered in several occasions whether the harshness of sentences imposed throughout history, has contributed to lower crime, and the answer was invariably negative²⁵ (Pop 2003, 6). And here is the starting point of formulating solutions by each and everyone one, individually and together (lawyers, forensic, penologists), materialized in criminal laws that prove each time their limits, since criminal codes and criminal procedure codes are perpetually revised. Referring to the inefficiency of the punishment itself, a remarkable work found, more than a century ago, that by confining only to punishing, "prison gives back to society a criminal, instead of just a guilty person"²⁶ (Dianu 1901, 74). This point of view was shared also by St. Stătescu, prosecutor with old states to the Court of Appeal, in the same period. The mere depriving of freedom – he believed - was insufficient to support the idea that the purpose of the sentence was reached, if the incarcerating of a man led to finding that prison made him worse than before he had known it²⁷ (Stătescu 1895, 6). The main cause of failure of the prison role to prepare the prisoner for the time of reintegration in society - was the conclusion expressed by a senior official of the General Directorate of Prisons, former director of the prison Dobrovăț - was a lack of concern for "moral regeneration of prisoners."²⁸(Tălăngescu 1892).

Based on these considerations, other known penologists of that time, have envisaged solutions to pave the way for the social reintegration, desired by all. With chosen and often pathetic words, Gr Grammaticescu, Chief Prosecutor at the Court of Appeal Craiova, stated that the duty of society was to take care of the fate of the convict, ensuring his life and health, enlightening his mind and elevating him spiritually through moral and religious culture - this is

²³ Grigore Grammaticescu - Chief Prosecutor at the Court of Appeal Craiova, St. Stătescu; M.I. Tălăngescu - Dobrovat prison Director, Al. Radianu - President of the Court of Suceava, C-tin Moroiu - civic professor of law "at St. Sava: Gr I Dianu - Director of the General Directorate of Prisons, Eugenia Economu - Director of the Prison for Women, Vacaresti etc.

²⁴ Panait Mușoiu, *Prisons*, Bucharest, 1989, 26

²⁵ Octavian Pop, *The prison environment and its implications on the personality of the convict*, Mirton Publishing House, Timisoara, 2003, 6

²⁶ Grigore I. Dianu, *The History of prisons in Romania*, ed. III, Bucharest, 1901, 74. The author of this work was for many years director of the General Directorate of Prisons in the last decade of the nineteenth century

²⁷ St. Stătescu, *Few words on our prison system*, Bucharest, 1895, 6

²⁸ M.I. Tălăngescu, *Prison reform*, "Lupta" Printing House, Bucharest, 1892

really the help expected in order to return to his home other person than the one he was at the moment of his mistake²⁹ (Grammaticescu 1882, 6).

Conclusions

The efforts to clarify key aspects of the doctrine of national prisons and prison reform were not limited to sterile debates. They resulted in developing new laws and regulations crossed by the vision on the relationship mistake - punishment - social reintegration. Thus, the Law on prison regime, the General Regulation for Central Prisons³⁰ (Hamangiu 1907, 274) and other laws and regulations entered into force in the first three decades of the twentieth century, have improved the living conditions of detainees, have introduced in prisons school instruction, religious and moral education and healthcare services, have prohibited the degrading treatment and sweetened penalties imposed for deviations from regulations. It is true that, for multiple reasons, many of these provisions remained inapplicable. Here is why, the prison reform has remained until today a goal, especially for a country like Romania, which has suffered nearly half a century of totalitarian and repressive regime. But the problem is not current only for Romania.

However, the current situation in the field of penology is a matter of maximum concern, and it is not by chance stated on the agenda of the European Commission and of other specialized international organizations. The progression of crime and delinquency rate, the prisons overcrowding, the precarious state of the place of detention and the financial difficulties of prisons' administrations are the main causes of this interest. A specialist from within the system itself stated that the crisis of the penitentiary system "did not avoid any state"³¹. As it appears – through duration, symptoms and consequences- it seems a perpetual crisis, which, at least for the Romanian society has lasted for two whole centuries. And since the most certain remedy for a state of crisis is a reform, this reform has been lasting since that very time. In this regard, the mission of specialists in the matter is to accelerate efforts to ground, proclaim and implement some new provisions for the organization of prisons, according to the quality of Romania, as Member State of the European Union.

References

1. Chis, Ioan , *The prison reform in Romania*, Ando Tours Publishing House, Timisoara, 1997
2. Constantinescu, Emanoil Gr , *The evolution of the prison regime in Romania, referring to the past of penitentiaries in Europe and America*, Bucharest, 1933
3. Dianu, Grigore I., *The History of prisons in Romania*, ed. III, Bucharest, 1901, The author of this work was for many years director of the General Directorate of Prisons in the last decade of the nineteenth century
4. *Essay sur les Fanariotes*, Marseille, 1829, apud Ovid Stănciulescu, *op. cit.*
5. Gorescu, Octav, loc. cit., (Director of the correctional penitentiary Vacaresti, the author is an expert in the history of medieval prisons in the Romanian Countries)
6. Grammaticescu, Grigore, *About the need of reform in criminal prisons*, Craiova, 1882,
7. Grammaticescu, Grigore - Chief Prosecutor at the Court of Appeal Craiova, Stătescu, St. Tălăngescu, M.I. - Dobrovat prison Director, Radianu, Al.- President of the Court of Suceava, Moroiu, C-tin - civic professor of law "at St. Sava: Dianu, Gr I - Director of the General Directorate of Prisons, Economu, Eugenia - Director of the Prison for Women, Vacaresti etc.

²⁹ Gr Grammaticescu, *op.cit.*, 6

³⁰ See C. Hamangiu, *General Code of Romania*, II, Common Laws, Alcalay Publishing House, Bucharest, 1907, p. 250, 274

³¹ Ioan Chis, *The prison reform in Romania*, Ando Tours Publishing House, Timisoara, 1997, p. 32

8. Hamangiu, C. General Code of Romania, II, Common Laws, Alcalay Publishing House, Bucharest, 1907
9. His work, *État des prisons, des hôpitaux et des maisons de force*, Paris, 1788 is quoted by Ovid Stănciulescu, *Research on the prison system evolution in the nineteenth century*, Cluj, 1933
10. Iorga, Nicolae, *Preface* to Octavian Gorescu, *Vacaresti, monastery. Vacaresti, penitentiary. Preceded by a brief history of the prison regime in Romania*, Bucharest, 1930
11. Mușoiu, Panait, *Prisons*, Bucharest, 1989
12. Panu, Anastase, *Provisions concerning the public prisons in Moldavia*, Iasi, 1856, apud Ovid Stănciulescu, *op. cit.* In the "Ofis" issued on this occasion, the Prince stated again that jailbirds "were subject to a regime contrary to wisdom, morals and justice," The Official Gazette of Moldavia, no. 41/20 May 1856
13. Pop, Octavian, *The prison environment and its implications on the personality of the convict*, Mirton Publishing House, Timisoara, 2003
14. Popescu, Radu, *The Histories of the Princes of Wallachia*, in *Wallachian Chroniclers*, Albatros Publishing House, Bucharest, 1973
15. Radulescu, C., *Course of compared prison science*, Chernivtsi, 1930
16. Stănciulescu, Ovid, *Research on the prison system evolution in the nineteenth century*, Cluj, 1933
17. Stătescu, St., *Few words on our prison system*, Bucharest, 1895
18. Stefan, Bruno, *The Romanian environment in prison. Culture and civilization in prison*, the European Institute, Iasi, 2006
19. Tanoviceanu, I., *Treaty of law and criminal procedure*, vol III, Bucharest, 1926, see also Panu, Anastase *Provisions concerning the public prisons in Moldavia*, Iasi 1856
20. Tălăngescu, M.I., *Prison reform*, "Lupta" Printing House, Bucharest, 1892
21. Teodorescu, Iulian, *Matters of criminal law and prison science*, Gutenberg Printing House, Bucharest, 1904
22. *The Annals of Moldavia in the Romanian Chronicles or the Annals of Moldavia and Wallachia*, Mihail Kogălniceanu, III, ed. II, Bucharest, 1874

PARTICULAR ASPECTS OF FORENSIC INVESTIGATION OF MALTREATMENTS APPLIED TO THE MINOR

CARMINA ALECA*
ANDREEA DRĂGHICI**

Abstract

Child maltreatment is not a recent phenomenon, but currently is a much discussed subject in this matter, following the increase of crime among children. Each maltreatment of child is regarded as a power abuse of parent over child, and a maltreated child is a child victim of his parents abuse or other person's which the minor has been entrusted to growth and education. Treating the problem from this perspective, violent behavior over minors seriously damages the stability and the relations of family life, being aware of this issue and publicized to high level. It is important to assess the nature of maltreatments and its powerful psychological impact over minors and, at the same time, to take act of interactions between parents and children, considering the serious disturbances recorded in their growth and development. Forensic investigation of this crime presents a lot of particularities by using specific methodological procedures, giving the possibility of judicial bodies to establish the truth in cases they are handling. In this regard, is extremely relevant to establish the nature of the offence and the circumstances in which it was committed, in order to seek the causes that determine such behavior and to identify measures to prevent and combat violence of any kind, aiming at minimizing the effects that involves.

Keywords: *child, maltreatment, parents, violence, investigation*

Introduction

All human societies pay great attention to the protection of children for the simple fact that they are incapable of promoting or defending their own rights. For this reason, the lawmaker sets penalties for those who ignore the rights of children, and put them in grave danger, people who are supposed to inspire protectiveness, tenderness and joy. Child abuse is not a recent phenomenon, but at the moment it is the subject of a more and more heated discussion, as a result of the rising multitude of offences against children. The fight against the ill treatment of children has to be a priority for all societies, thus progressively laying the foundation of a protective system for children in danger.

Any analysis that has as objective the protection of children is a start in the process of finding a legal solution which could protect the child better. Nothing is too much when it concerns the legal protection of the rights of children to dignity and life. To prevent the risks of ill treatment of children it is necessary to apply the following guidelines: the parents maintain a viable and genuine parental role during the sensitive periods of their child's life; the improvement of living conditions for all children by ensuring the access to information in matter of protection; the reducing of risk factors of a nature to generate abuse in vulnerable families.

The investigation of any act of child abuse presents a series of particularities, by the use of certain specific methods, thus allowing the authorities the possibility of establishing the truth in these cases. With regards to this aspect, it is important to establish the nature of the offence and the circumstances it was committed in, in order to establishing the causes that determine such behaviour, the prevention methods and the fight against any violence of this kind, with the specific

* Assistant, Ph. D. Candidate, Faculty of Juridical and Administrative Sciences, University of Pitesti, (e-mail: carmina.aleca@yahoo.com).

** Lecturer, Ph. D., Faculty of Juridical and Administrative Sciences, University of Pitesti, (e-mail: andidraghici@yahoo.com).

purpose of minimizing the effects it has.

This study analyses the legal criminal doctrine and criminology texts that innovates the field of legal research of the offence of ill treatment of a minor.

1. General considerations on the protecting and defending of children's rights within the family, in the context of investigating of abuse of a minor

The interest manifested by the European Council and the member states in order to identify the main means of prevention. The need for legal regulations

In most of the member states of the European Council, the number of offences against children is rising, which implies the need to pay close attention to the violence, especially of a sexual nature, whose victims are children, because they leave a deep mark on the human conscience. The rise in this type of offence undoubtedly requires the adoption of efficient prevention methods, based exclusively on the socio-economic aspect. Human rights aim to protect children's rights both at an international and national level, by implementing international regulations in the new criminal codes.

The protection and defense of children's rights in the family environment is assured by the family-state dynamic, which means that at any moment in the development of the child, his interest must be prioritized, considering it regards his development and education¹.

In the case of family life, most acts of intervention aim to separate the child from the parents and to place him in a foster care unit, or the revoking the parental rights, awarding sole custody to one parent alone, the transfer of custody to the state by the specialized authorities, the suspension of the parental authority and the limitation of the visiting rights etc.

The state must respect the right to family life, when it separates the children from the parents, and it is obliged to adopt measures whereby to reestablish the tie between parent and his child, so that family relations can develop normally and the family members can enjoy each other's company. Despite this, in some cases, the authorities have had to take special measures to defend the child by taking him out of the family environment when the situation demanded it, in order to protect him from the ills of abuse at the hands of other family members (acts of abuse, sexual abuse). Therefore, "every minor child has the right to the measures of protection required by his condition as a minor on the part of his family, society and the state"².

The provisions referring to family violence can be found in many areas of the law, starting with the Criminal Code, the Civil Code, the Administrative Code, right up to the Family and Social Codes. Therefore there is a growing tendency to consider thoroughly the existing laws in this field, from interpreting them to establishing their guidelines, in order to make them clearer, more precise and applicable in the cases of violence in the family environment.

For a relatively short time, the member states of the European Council have included in their criminal code a provision that especially incriminates the act of family violence. Most of the legal texts issued for this purpose have been written to apply to child abuse and other forms of family conflict.

Therefore, certain policies have been established. These refer to the violent acts committed by individuals, and in this sense the following historical examples³ were given:

- individuals that have resorted to illegal violence must be effectively pursued and punished; the issue of this policy with regards to illegal violence is fixed on maintaining order;
- great attention must be paid to the importance of the child for society, as a future citizen

¹ D. Balahur, *Protectia drepturilor copilului ca principiu al asistentei sociale*, (Bucuresti: Ed. ALL Beck, 2001), 18.

² Article 19 from the American Convention on Human Rights, adopted on 22nd of November 1969.

³ Carol Hagemann (White University of Osnabrück), *Aperçu préliminaire de la typologie des législations relatives a la violence domestique dans les états membres du Conseil de l'Europe, Comité ad-hoc pour prévenir et combattre la violence a l'égard des femmes et la violence domestique*, Strasbourg, 5 mai 2009 CAHVIO (2009) : 6.

and member of a functional family. From this interest sprung the first laws favouring the protection and state of wellbeing of the child, the family and child welfare legislature that progressively established a legitimate reason for the state's intervention from a social point of view;

- a life without violence and the efficiency of the protection of the rights of potential victims must be ensured;

Within the family environment there are elements of the three given examples. These elements have a lesser or a greater importance according to the legal and cultural traditions of these countries. Therefore, it is possible to interpret differently the sense of the "incrimination" of domestic violence, although as a common note for all member states, domestic violence remains an offence against human rights.

The right to respect family life determines the state to adjust its obligations with regards to its methods, as the state must act in such a way as to allow the persons in question to lead a normal life and to develop actual relationships.

Therefore, in unusual circumstances and for different reasons, the development and the bringing-up of the child by his parents' side can be threatened (for example when a child is subjected to ill treatment in the family home), a reason that imposes that the child be taken by the authorities to be entrusted to be educated and brought up in a special institution⁴.

Any violent behaviour towards a minor seriously damages the stability and the family relationships. There are cases in which it is necessary that the parent act, in the interest of educating the minor, in a strict and severe manner, yet certain limits must be respected: the health, the physical, intellectual and moral development of the child must not be threatened. Anything that crosses these limits becomes a dangerous act against the minor and must be punished⁵.

2. The main problems, cause for probation, which must be clarified through the investigation of the act of abuse against the minor

Any crime investigation must focus on clarifying all the aspects pertaining to the person of the offender and his relationship with the minor, in order to establish whether he is the parent of the minor or just the person the minor was entrusted to for his upbringing and education. Also, it must be determined who the abused minor is, what is the nature of the offence the offender is investigated for, which is the illegal activity of the offender. All these facts must be established how the minor was treated and also the consequences resulting from the perpetrator's attitude.

2.1. Aspects referring to the person and quality of the perpetrator

In order to prevent the different forms of abuse, the victims are not the only persons of interest, but the perpetrators also. The violence to which the abused child is exposed is caused by a member of the family circle, and thus it is better concealed. The first problem that must be clarified is the nature of the relationship the perpetrator and the victim have, namely if the former is the parent or the person to whom the latter was entrusted to, because the act of abuse against a minor is done by a person who actively and directly works with the child. It is not relevant whether the parents of the minor are his biological or adoptive parents, for they have the same rights and duties towards the child, and can therefore be the authors of the offence. Therefore, the violence can come from the biological parent, a substitute or even from those close to them.

A particular situation is in the case of a divorce, when the active subject obtains full custody. This is also the case, if the child was conceived out of wedlock, in this case the active subject can

⁴ C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, vol. 1, *Drepturi și libertăți* (București: Ed. All Beck, 2005), 158-161.

⁵ V. Dongoroz et al., *Explicații teoretice ale codului penal al RSR*, vol. IV (București: Ed. Academiei RSR, 1972), 576.

be the parent or the person entrusted with him⁶. With regards to the person entrusted with the upbringing and education of the child, we add that he may be a guardian or a guardian ad litem. A person may be a guardian and have the rights and the obligations that this position entails, only in the situation where the minor requires protection and, according to the law, lacks parental care⁷. A guardian ad litem is a person appointed to represent the best interests of a child placed in his care⁸.

Because the author of the offence can only be the person who, according to the law, has certain rights to the minor, we mention that, as in case the parent was deprived of his parental rights, the parent cannot therefore be the author of the offence, but at least responsible for harming the child's physical integrity or health.

As concerns the way in which the offence can be committed, the abuse could be as the result of instigation or complicity, and if this is the case the instigators or accomplices are not legally held responsible, but only the perpetrator can be held accountable.

2.2. Clarifying the main problems posed by the offence. The nature of the ill treatment

Concerning the illegal activity committed by the perpetrator, we must clearly specify in what exactly the external element or actus reus was of this offence, and it must also be mentioned that this can result from both what the offender did or by what he omitted to do. However, in order to establish the existence of an offence, in this case abusing a minor, the investigation must ascertain whether this ill treatment seriously threatens the physical, emotional and intellectual development of the minor. In other words, the inquest must prove, firstly, the fact that the treatment endured by the minor has seriously threatened his development. Secondly, the inquest must clarify if the perpetrator's action or lack thereof has had direct influence on the physical and mental integrity of the minor. The lawmaker makes no mention exactly what form the ill treatment should take, that is why we can afford to mention that this ill treatment cannot take the form of severe bodily harm (torture, cruelty, repeated beating, crippling, mutilation etc.) or placing the minor in a critical situation (not giving him food, clothes, shoes, not keeping him warm during winter or denying him medical help in case of illness etc.).

Ill treatment can manifest in different forms⁹ of abuse and neglect, for this reason the member states have established in their legislature the different legal definition of what constitutes the act of ill treating a child. The term *neglect* is used to mean that the children who need care, looking after and protection from the adults, are not receiving these things, which are indispensable to their lives and their well-being, and which are now compromised. In the more serious cases younger children can die from undernourishment or infections, or even suffer a delay in their mental development.

Mental abuse means the repeated acts and attitudes whereby a child is humiliated, offended, distressed, or that give him the impression of being worthless. It is important to evaluate these psychological abuses and to observe the interactions between child and adult, as they can cause serious developmental troubles most of the times.

Sexual abuse refers to those acts whereby the adult abuses his power and authority at the child's expense. This could mean pornography, forced prostitution, sexual exploitation. Sexual abuse against a minor can also qualify any relationship, consented or not, between an adult and a minor. These relationships between an adult and a minor are generally prohibited and condemned

⁶ Article 182 of the Criminal Code.

⁷ G. Antoniu et al., *Dictionar juridic penal* (Bucuresti: Ed. Stiintifica si Enciclopedica, 1976), 279.

⁸ V. Dongoroz et al., *Explicatii teoretice ale Codului penal roman, vol III, Partea speciala* (Bucuresti: Editura Academiei Romane, 1971), 577.

⁹ M. Belsey, „Child Abuse: Measuring a Global Problem”, in *World Health Statistics*, Quarterly 46/1, (1996): 71-72 in D. Balahur, *Protectia drepturilor copilului ca principiu al asistentei sociale*, (Bucuresti: Ed. ALL Beck, 2001), 302.

by current society¹⁰. The term *sexual abuse* against a minor is sometimes challenged, for different reasons, some pseudo psychiatrists¹¹ interpret this notion as "only the in excess could this be traumatic to the child and the guilty person", while others consider it as a concept that incorporates all the problems referring to pedophilia, without distinguishing between the degrees of gravity involved. Sexual abuse causes serious harm and not this alone, but as recently published studies¹² have proved the persons that have been abused during childhood suffer later on in life considerable and long-lasting mental disorders.

These forms of abuse imply act of violence, such as hits, strikes, shaking, burns, poisonings etc. The seriousness of the physical lesions does not depend on how violently the acts are committed by the parents, but it is tightly linked to the child's age. Therefore, in the case of younger children all acts of violence leave their marks on their bodies, while in the case of older children the marks of corporal punishment are more difficult to detect, more so if a certain period of time has passed after the beating, but still causing physical and mental trauma.

These four types of abuse cannot be dissociated one from another, given the fact that the physical and sexual abuse, the neglect, the psychological toll on the child exist ipso facto.

What is important in ascertaining the act of abuse is the fact that all these forms of abuse seriously jeopardise the minor's physical, intellectual or moral development. Otherwise we do not have a crime, but a breach of civil rights¹³. When the act committed by either the parent or the guardian poses a greater social threat, then applying civil sanctions is not enough. Such acts as: the depriving a minor of a home, exposing him to illness, inflicting serious bodily harm, depriving him of freedom, forcing him to beg or to practice prostitution, as well as forcing him to witness scenes of an obscene nature, all posing a threat and harming the family relationships, take the form of abuse.

There are situations where the parent or the guardian must in the interest of educating a child be strict and severe. These people can, when it is necessary, apply certain measures, but only within exact limits, meaning that it should not threaten the health, the physical, intellectual and moral development of the minor. Anything that crosses these limits becomes a dangerous act for the minor and must be punished by law¹⁴. Some less dangerous actions, some done out of parental authority, such as abusive behaviour, the gross neglect in fulfilling the parental rights, whereby the health and physical development of the child are placed in danger, are penalized in the civil court, for example, by depriving the perpetrator of his parental rights, as stipulated by article 109 of the Family Code.

2.3 The need to establish *in concreto* the effects of the act in order to legally and properly classify it

With regards to the effects of the illegal activity committed by the offender, the inquest must ascertain to what extent the ill treatment threatened the minor's physical, intellectual or moral development. For this reason it is essential to establish if there were any repercussions and what did they consist in exactly, and in what consisted the serious danger to the child's development. This is important, because it determines the legal classifying of the offender's actions.

¹⁰ To see http://fr.wikipedia.org/wiki/Abus_sexuel_sur_mineur_en_France#cite_note-0. For example in France the term *child sexual abuse* means all sexual relationships between an adult and a 15-year old minor who can consent or not, as established by the Criminal Code it is either an offence or a crime. French Law set the age of sexual maturity at 15.

¹¹ Yvonne Coinçon and Jean-Pierre Thévenot, in *Atteintes sexuelles sur enfants mineurs*, API, (2001): 2-4.

¹² Please consult <http://iufm74.edres74.ac-grenoble.fr/travaux/tmalt/malt3.htm>, site de l'Académie de Grenoble, Centre de Bonneville, Haute-Savoie.

¹³ V. Dongoroz et al., *Explicații teoretice ale codului penal al RSR*, vol. IV (București: Ed. Academiei RSR, 1972), 577.

¹⁴ V. Dongoroz et al., *Explicații teoretice ale Codului penal român*, Vol. IV, ed. a- II-a. (București: Ed. All Beck, 2003), 576.

Therefore, in practice¹⁵ it has been shown that, to inflict blows on a minor sent to live at a children's home because of a transgression on his part, and causing lesions that needed medical treatment for three weeks, does not constitute an act of child abuse, as stipulates by article 306 of the Criminal Code, but the offence of assault as stipulated by article 181 from the Criminal Code. In the same way¹⁶, in the case of a culprit who upon finding out that his daughter had had intimate relations with a man, beat her, cut off her hair with scissors and then stabbed her with a knife in the chest, although it caused only a minor injury as the victim protected herself, his actions constitute attempted homicide, and the other abuse is not taken into consideration.

The immediate effects of child abuse constitute a serious danger for the minor's physical, intellectual and moral development. It is up to the court of law as to whether the condition of threatening the minor's development is met, and it differs from case to case.

The immediate effects can consist in harming the physical integrity and health, in such a way as to jeopardize the development of the minor: applying torture, cruelty, causing infirmities (mutilation, the loss of a sense or and organ, crippling) undernourishment, not keeping him warm during winter, denying him medical treatment in case of illness etc. In other cases, the immediate effect may be injuring the nervous system, which jeopardises the intellectual development of the minor¹⁷. It is not relevant if the injuries are temporary or permanent, so only a single temporary injury is sufficient to demonstrate that the minor was abused.

On the other side, most recent studies have sustained the fact that child abuse has negative long-term consequences, including passing on this violence from generation to generation, which has a strong impact on the child's socializing process. Therefore, those children that have been physically abused will, as adults, do the same to their children¹⁸.

In the case of child abuse, taking in to consideration that it could be committed with intent, the criminal inquest must prove the existence of intent, to establish the cause for which the perpetrator committed his crime.

Likewise, the literature¹⁹ provides a certain form of culpability, consisting in the psychological attitude of the perpetrator. Therefore, the act is committed willingly and consciously, with intent, either direct or indirect. This fact implies that in the case of this offence, the culprit understands the dangerous nature of his actions, consisting in seriously jeopardizing the minor's physical, moral or intellectual development, and more than this the perpetrator pursues or accepts this result.

2.4. Controversies regarding the legal classification of the offence

The crime of child abuse has a moment of completion but it has no end, when it becomes continuous. With regards to the moment when the offence is legally classified, the solutions given by jurisprudence and the literature²⁰ were different, some courts²¹ reckoned that the date when the offence was committed coincides with the moment of the last and most serious effect of the action, because in the moment when the act was committed the result constitutes all the elements of the offence. Therefore, the legal classification is done depending on the moment the result is gone. Otherwise²², it has been stated that in the case of both the continuous offences and the continued

¹⁵ Trib. Jud. Harghita, dec.pen. 486/1971, cu notă de Doru Pavel, în *R.R.D.* nr. 6 (1972): 164.

¹⁶ Trib. Supr., sect. pen., dec. nr. 1363/1977, cu notă de A. Chișes and I. Lupu în *R.R.D.* nr. 2 (1979): 51.

¹⁷ V. Dongoroz et al., *Explicații teoretice ale codului penal al RSR*, vol. IV (București: Ed. Academiei RSR, 1972), 578-579.

¹⁸ D. Balahur, *Protecția drepturilor copilului ca principiu al asistenței sociale*, (București: Ed. ALL Beck, 2001), 303-304.

¹⁹ V. Dongoroz et al., *Explicații teoretice ale Codului penal roman, vol III, Partea specială* (București: Editura Academiei Române, 1971), 579.

²⁰ C. Bulai, *Drept penal. Partea generală*, vol. I, (București: Casa de Editură și presă Șansa SRL, 1992).

²¹ T.S., s.p., d. nr. 1828 din 1974, *RRD* nr. 3 (1975): 71.

²² I. Pascu, „Unele reflecții asupra infracțiunii progresive”, *S.D.R.*, nr. 3-4 (1991): 189; Șt. Mateescu, „Infracțiunea progresivă. Momentul consumării”, *S.D.R.*, nr. 3-4 (1991): 190.

ones, the date when the offence was committed is the date when the action was done, which characterized the objective side, and the date of the last result that can determine the legal classification of the offence.

With regards to the moment when the offence of child abuse was committed, it happened when the minor's physical, intellectual or moral development was seriously jeopardized, as a result of the abuse. This offence is committed in a continuous stage, when the abuse is repeated, and so it has a point of end, when the acts of abuse stop.

Knowing the moment when the act of abuse is accomplished and when it is over is important in order to legally classify the offence and to classify the causation between actual act of abuse and its result, and between the several acts of abuse and the serious peril they posed to the minor's physical, moral and intellectual development.

2.5. Practical situations of concurrence between the offence of child abuse and other offences

Normally, the offence of child abuse can be committed in concurrence with other crimes against the physical integrity and health (assault or aggravated assault), the literature shows that whenever the physical integrity or health of a minor is harmed, there is a concurrence of offences. Despite this, in court²³, it has been proved that when the acts of child abuse constitutes a case for homicide, between these acts and the victim's death there is causation (and not concurrence), as well as criminal intent, and the act constitutes the crime of murder, or by case, attempted murder.

Other times, the act of child abuse can be committed in actual concurrence with the offence of false imprisonment. Thus, in court²⁴ it was decided that the act of abuse does not include as an element of the offence or as aggravating circumstances, the act of falsely imprisoning the victim is classified as a separate charge. This felony can also exist in concurrence with other offences against the family, such as abandonment or not respecting the terms of custody.

3. Causes and consequences of victimization. Particularities of the psychology of the minor victims

The causes for child abuse are extremely varied, with a series of factors that can be identified, both of the familial, socio-cultural, economic but also institutional environments. Therefore, marital problems, health issues, the intolerance and rigidity of certain educational principles can cause tension in the family, which can determine future forms of abuse. Also, child abuse appertains to all social classes. Professional instability, lack of resources, improper accommodations can all be important factors that generate violence in the family. Most frequently, even the institutional environment where the child studies can represent a high-risk factor, in reference to the people who have authority over the child.

The humiliations, the hitting, the sexual exploitation, the neglect are all forms of child abuse because they harm the child's integrity and dignity, even though the effects are not visible. In most cases, after one or more acts of violence are inflicted on the child, he can start manifesting certain problems in his general state and troubles in their psychological, emotional and social development, certain parameters specific to this condition can be identified. There is a tendency to withdraw, and there are also states of anxiousness and nervousness, emotional unrest, lack of concentration. The victim manifests a feeling of guilt and alack of self-confidence. The consequences of the various forms of abuse are apparent on a long-term, manifesting as incapacity to adapt in society, physical problems, the development of a violent conduct and the tendency to repeat the same behaviour the victim was exposed to. They become used to violence early on, and

²³ C. S. J., sect. pen. dec. nr. 1917/1994.

²⁴ Trib. Mun. București, secția a II-a penala, dec. nr. 244/1983, în V. Papadopol and St. Daneș, *Repertoriu de practica judiciară în materie penală pe anii 1981-1985* (București: Editura Stiintifică și Enciclopedică, 1989), 253.

become violent themselves, and because it is ignored by society the cycle of violence continues from one generation to another.

Considering all these factors, it is very important to point out this behaviour to the proper authorities.

From a psychological point of view, the abuse is a traumatic event, consisting in a state of confusion, a loss of emotional direction, a feeling of helplessness, stress, shock or emotional chaos. As with any trauma, the consequences of child abuse can also include a chronic state of posttraumatic stress, over time, taking the form of different disorders. The acts of abuse against minors are often kept secret, this being in fact a coping mechanism to maintain emotional balance, as a result of the guilt they feel.

Conclusions

Taking into consideration the need for regulating the relationships in the family, for the reason that the stability of these relationships is seriously marked by violent behaviour, a criminal inquest is essential in order to legally classify the offence properly and to establish the specific punishment. Therefore, the objective of the investigation methodology is to identify the main problems that must be clarified in order to prove the offence. This study presents a series of issues referring to the ways to establish what kind of relationship is there between the victim and the perpetrator, to establish *in concreto* to what extent did the abusive treatment endanger the minor's physical, intellectual and moral development. Also, by analysing the particularities of this offence, and taking into consideration the existing controversies in jurisprudence and the literature, we have tried to offer the most efficient solutions to ensure, in this way, that justice is served by successfully charging and sentencing the offenders.

Cooperation at an international level is thus enforced, because the number of cases of child abuse has been growing in the last years, and it is necessary to employ the most recent and efficient investigating methods and techniques.

References

1. Antoniu, G., C. Bulai and Gh. Chivulescu. *Dictionar juridic penal*. Bucuresti: Ed. Stiintifica si Enciclopedica, 1976
2. Balahur, D. *Protectia drepturilor copilului ca principiu al asistentei sociale*. Bucuresti: Ed. ALL Beck, 2001
3. Bîrsan, C. *Conventia europeana a drepturilor omului. Comentariu pe articole, vol. 1, Drepturi și libertăți*. București: Ed. All Beck, 2005
4. Bulai, C. *Drept penal. Partea generală*, vol. I. București: Casa de Editură și presă Șansa SRL, 1992
5. Coinçon, Yvonne, and Jean-Pierre Thévenot, in *Atteintes sexuelles sur enfants mineurs*, API, (2001): 2-4
6. Dongoroz, V., S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, and V. Roșca. *Explicații teoretice ale Codului penal român*, vol. III, Partea Specială. București: Editura Academiei Române, 1971
7. Dongoroz, V., S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, V. Roșca. *Explicații teoretice ale codului penal al RSR*, vol. IV. București: Ed. Academiei RSR, 1972
8. Dongoroz, V., S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, and V. Roșca. *Explicațiile teoretice ale Codului penal român*, vol. IV, second edition. București: Editura All Beck, 2003
9. Hagemann, Carol (White University of Osnabrück), *Aperçu préliminaire de la typologie des législations relatives a la violence domestique dans les états membres du Conseil de l'Europe, Comite ad-hoc pour prévenir et combattre la violence a l'égard des femmes et la violence*

domestique, Strasbourg, 5 mai 2009 CAHVIO (2009) : 6

10. Mateescu, Șt. „Infrațiunea progresivă. Momentul consumării”. *S.D.R.*, nr. 3-4 (1991): 190

11. Papadopol, V., and St. Daneș. *Repertoriu de practica judiciara in materie penala pe anii 1981-1985*. Bucuresti: Editura Stiintifica si Enciclopedica, 1989

12. Pascu, I. „Unele reflecții asupra infrațiunii progresive”. *S.D.R.*, nr. 3-4 (1991): 189.

PARTICULARITĂȚI ALE CERCETĂRII INFRAȚIUNII DE RELE TRATAMENTE APLICATE MINORULUI

CARMINA ALECA*
ANDREEA DRĂGHICI**

Abstract

Maltratarea copilului nu este un fenomen recent, dar în momentul de față face obiectul unor discuții din ce în ce mai aprinse pe această temă, ca urmare a intensificării fenomenului infracțional în rândul copiilor. Orice maltratare a copilului este privită sub forma unui abuz de putere al părintelui față de copil, un copil maltratat fiind un copil victimă a maltratărilor din partea părinților sau a altei persoane careia minorul i-a fost încredințat spre creștere și educare. Tratănd problema din această perspectivă, comportarea violentă față de minor atinge grav stabilitatea și relațiile vieții de familie, această problemă fiind luată la cunoștință și mediatizată la nivel înalt. Este important a se evalua natura relelor tratamente și impactul psihologic puternic produs asupra minorilor și, totodată, de a se observa interacțiunile dintre părinți și copii, cu atât mai mult cu cât, de cele mai multe ori, ele înregistrează grave tulburări în creșterea și dezvoltarea acestuia. Investigarea criminalistică a infracțiunii de rele tratamente aplicate minorului prezintă o serie de particularități, prin utilizarea unor procedee metodologice specifice, conferind astfel posibilitatea organelor judiciare de a stabili adevărul în cazurile pe care le instrumentează. Sub acest aspect, interesează stabilirea naturii faptei și a împrejurărilor în care aceasta a fost săvârșită, în vederea cunoașterii cauzelor care determină asemenea comportamente și a identificării măsurilor de prevenire și combatere a violenței de orice natură, urmărindu-se implicit și o minimalizare a efectelor pe care le presupune.

Cuvinte cheie: *copil, rele tratamente, părinți, violență, investigare*

Introducere

Orice societate civilizată acordă atenție protecției copilului prin prisma faptului că acesta este un subiect lipsit de capacitatea de a-și promova și apăra singur drepturile. Din această perspectivă, legiuitorul stabilește sancțiuni față de cei care, nesocotind drepturile copilului, pun în pericol grav, prin acțiunile lor, viața, integritatea fizică sau psihică, a celor lipsiți de apărare, care ar trebui să le inspire protecție, tandrețe, bucurie. Maltratarea copilului nu este un fenomen recent, dar în momentul de față face obiectul unor discuții din ce în ce mai aprinse pe această temă, ca urmare a intensificării fenomenului infracțional în rândul copiilor. Lupta împotriva relelor tratamente trebuie să fie angajamentul întregii societăți, punându-se bazele, în mod progresiv, unui sistem de protecție judiciară a copilului aflat în pericol.

Orice analiză care are ca obiect protecția copilului reprezintă un punct de plecare în găsirea unor soluții legislative ce ar putea oferi o mai bună protecție minorului. Nimic nu este prea mult atunci când este vorba despre protecția juridică a drepturilor copilului la demnitate și la viață. Pentru a preveni riscurile de maltratare a copiilor este necesar să fie puse în aplicabilitate următoarele linii directoare: menținerea de către părinți a unei funcții parentale viabile și veritabile în perioadele sensibile ale vieții de familie; ameliorarea condițiilor de viață pentru toți copiii prin asigurarea accesului la informație în materie de protecție; reducerea factorilor de risc de natură să genereze maltratare în familiile vulnerabile.

* Asist.univ.dr.d., Facultatea de Științe Juridice și Administrative, Universitatea din Pitești (e-mail: carmina.aleca@yahoo.com).

** Lect.univ.dr., Facultatea de Științe Juridice și Administrative, Universitatea din Pitești (e-mail: andidraghici@yahoo.com).

Investigarea criminalistică a infracțiunii de rele tratamente aplicate minorului prezintă o serie de particularități, prin utilizarea unor procedee metodologice specifice, conferind astfel posibilitatea organelor judiciare de a stabili adevărul în cazurile pe care le instrumentează. Sub acest aspect, interesează stabilirea naturii faptei și a împrejurărilor în care aceasta a fost săvârșită, în vederea cunoașterii cauzelor care determină asemenea comportamente și a identificării măsurilor de prevenire și combatere a violenței de orice natură, urmărindu-se implicit și o minimalizare a efectelor pe care le presupune.

Studiul analizează doctrina dreptului penal și scrierile criminalistice, aducând noutăți în domeniul cercetării criminalistice a infracțiunii de rele tratamente aplicabile minorului.

1. Considerații generale privind protecția și ocrotirea drepturilor copilului în mediul familial, în contextul investigării infracțiunii de rele tratamente aplicate minorului. Interesul manifestat de Consiliul European și statele membre în vederea identificării principalelor mijloace de prevenție. Necesitatea unei reglementări legale

În majoritatea țărilor membre ale Consiliului European, numărul de infracțiuni comise asupra copiilor este în creștere, ceea ce presupune acordarea unei atenții deosebite violențelor, în special a celor sexuale, ale căror victime sunt copii, deoarece ele izbesc mai profund conștiința umană. Creșterea acestui tip de criminalitate cere, fără îndoială, adoptarea unor măsuri de prevenție eficiente, care să aibă la bază în primul rând domeniul socio-economic. Drepturile omului vizează, în aceeași măsură, și drepturile copilului, care sunt protejate atât la nivel internațional, cât și național, prin implementarea obligațiilor internaționale în noile coduri penale.

Protecția și ocrotirea drepturilor copilului în mediul familial este asigurată printr-o dinamică a relațiilor familie – stat, ceea ce înseamnă că, în orice moment al dezvoltării sale, trebuie să se aibă în vedere interesul superior al copilului în ceea ce privește creșterea și educarea acestuia¹.

În cazul vieții de familie, majoritatea ingerințelor vizează separarea copilului de părinți prin instituirea plasamentului, cum ar fi spre exemplu interzicerea drepturilor părintești, încredințarea drepturilor părintești către celălalt părinte, retragerea sau decăderea din drepturile părintești, transferul custodiei copilului către autoritățile de ocrotire specială, suspendarea autorității parentale și separarea temporară a copiilor de părinte, limitarea dreptului la vizită etc.

Dreptul la respectarea vieții de familie antrenează în sarcina statului, în materie de separare a părinților de copii, obligația pozitivă de a adopta măsurile necesare pentru restabilirea legăturii dintre un părinte și copilul său, astfel încât relațiile de familie să se poată dezvolta în mod normal, iar membrii familiei să se poată bucura reciproc de compania celorlalți. Cu toate acestea, în unele cazuri, s-a impus ca autoritățile competente să ia măsuri de ocrotire specială, separând copiii de mediul familial în cazul în care situația cerea acest lucru, protejându-i pe aceștia împotriva relelor tratamente aplicate de către ceilalți membri ai familiei (acte de maltratare, abuzuri sexuale). Prin urmare, orice copil are dreptul la măsurile de protecție, pe care le impune condiția sa de minor, din partea familiei, a societății și a statului².

Dispoziții explicite referitoare la violența în familie se regăsesc în cele mai variate domenii ale dreptului, începând de la cel penal, civil, administrativ, până la dreptul familiei și cel social, existând în acest sens o tendință crescută de a aprofunda legile existente în materie, de a le interpreta și de a stabili liniile lor directoare, în scopul de a le face mai clare și mai precise, aplicabile cazurilor de violență în mediul familial.

Relativ de puțin timp, statele membre au încorporat în codul lor penal o dispoziție care incriminează în mod special *violența în mediul familial*. Majoritatea textelor de lege emise în acest sens sunt concepute cu aplicabilitate asupra maltratării copiilor și celorlalte forme de conflict familial.

¹ D. Balahur, *Protecția drepturilor copilului ca principiu al asistenței sociale* (București: Ed. ALL Beck, 2001), 18.

² Art. 19 din *Convenția Americană a Drepturilor Omului (CADO)*, adoptată la 22 noiembrie 1969.

Prin urmare, au fost stabilite politicile referitoare la violența comisă de indivizi, fiind identificate, în acest sens, următoarele paradigme istorice³:

- indivizii care au recurs la violență ilegală trebuie să fie urmăriți în mod efectiv și pedepsiți; emiterea acestei politici cu privire la violența ilegală se axează în acest caz pe menținerea ordinii;

- trebuie acordată atenție deosebită interesului pe care îl reprezintă copilul pentru societate, ca viitor cetățean și membru al familiei funcționale. Din acest interes au luat naștere primele legi în favoarea securității și bunăstării copilului, legislația în domeniul familiei și a bunăstării copilului stabilind, în mod progresiv, o intervenție legitimă a statului dintr-o perspectivă socială;

- trebuie să se asigure o apărare eficientă a drepturilor potențialelor victimelor și o viață fără violență;

În mediul familial se regăsesc elemente proprii celor trei paradigme identificate, prezentând o mai mică sau mai mare importanță, în funcție de tradițiile juridice și culturale ale țărilor respective. Prin urmare, este posibil să se interpreteze în mod diferit sensul ”incriminării” violenței domestice, însă, ca și notă comună pentru majoritatea statelor membre, violența domestică rămâne o violare a drepturilor omului.

Dreptul la respectarea vieții de familie determina stabilirea în sarcina statului a unei obligații legate de mijloace, statul trebuind să acționeze, în așa fel încât, să permită persoanelor în cauză să ducă o viață de familie normală și să dezvolte relații efective.

Prin urmare, în împrejurări deosebite, din motive diferite, creșterea și dezvoltarea copilului alături de părinții săi poate fi periclitată (spre exemplu atunci când copiii sunt supuși la acte de rele tratamente la domiciliul familial), motiv pentru care se poate impune luarea de către autoritățile publice a măsurii incredințării lui, spre creștere și educare, unor instituții de ocrotire specială⁴.

Comportarea violentă față de minor atinge grav stabilitatea și relațiile vieții de familie. Există situații când este nevoie ca părintele să acționeze, în interesul educării minorului, cu exigență și chiar cu severitate, însă numai cu respectarea unei limite precise: să nu primejduiască sănătatea, dezvoltarea fizică și intelectuală sau morală a minorului. Tot ce depășește aceste limite devine faptă periculoasă pentru minor și trebuie sancționată⁵.

2. Problemele principale, obiect al probațiunii, care trebuie clarificate prin investigarea infracțiunii de rele tratamente aplicate minorului

Investigarea criminalistică trebuie să aibe ca obiect de activitate lămurirea tuturor aspectelor referitoare la cine este făptuitorul și care este calitatea acestuia față de minor, în sensul de a se stabili dacă acesta are calitatea de părinte al minorului sau de persoană căreia minorul i-a fost încredințat spre creștere și educare, de asemenea, cine este minorul supus relexor tratamentelor, forma de vinovăție cu care a acționat făptuitorul, activitatea ilicită desfășurată de acesta, în sensul stabilirii concrete a măsurilor și tratamentelor la care a fost supus minorul, precum și consecințele rezultate ca urmare a atitudinii făptuitorului.

2.1. Aspecte referitoare la persoana și calitatea făptuitorului

Pentru a preveni diversele forme de maltratare, este imposibil să te interesezi de victime, fără să te preocupi de autori. Violența, a cărei victimă este copilul maltratat, este în principal exercitată de o persoană din anturajul familiei, fiind și cel mai bine deghizată. O primă problemă pe care trebuie să o lămurească cercetarea este stabilirea calității pe care o are făptuitorul în raport cu victima infracțiunii, și anume dacă acesta are calitatea de părinte al minorului sau de persoană

³ Carol Hagemann (White University of Osnabrück), *Aperçu préliminaire de la typologie des législations relatives à la violence domestique dans les états membres du Conseil de l'Europe, Comité ad-hoc pour prévenir et combattre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique*, Strasbourg, 5 mai 2009 CAHVIO (2009) : 6.

⁴ C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, vol. 1, *Drepturi și libertăți* (București: Ed. All Beck, 2005), 158-161.

⁵ V. Dongoroz și colaboratorii, *Explicații teoretice ale codului penal al RSR*, vol. IV (București: Ed. Academiei RSR, 1972), 576.

căreia minorul i-a fost încredințat spre creștere și educare, întrucât infracțiunea de rele tratamente aplicate minorului este o infracțiune care are ca autor un subiect activ nemijlocit, calificat. Nu are relevanță dacă părinții minorului sunt părinți biologici sau adoptivi, întrucât ei au aceleași drepturi și îndatoriri față de copilul lor minor, putând fi, deci, autorii infracțiunii. Prin urmare, violența poate proveni fie de la părintele biologic, fie de la cel substituit, fie de la alte persoane apropiate.

O situație aparte este aceea în caz de divorț, când subiect activ al infracțiunii devine părintele căruia i-a fost încredințat copilul spre creștere și educare. Aceeași este și situația în care copilul este conceput în afara căsătoriei, caz în care subiect activ al infracțiunii poate fi părintele sau persoana căreia i-a fost încredințat minorul⁶. În ceea ce privește persoana însărcinată cu creșterea și educarea minorului, menționăm că poate fi vorba în această situație de tutore sau curator. Poate avea *calitatea de tutore* persoana care îndeplinește drepturile și obligațiile care îi revin în baza unei tutele, în situația în care minorul respectiv trebuie ocrotit, fiind, din cauze prevăzute de lege, lipsit de ocrotire părintească⁷. Poate avea *calitatea de curator* persoana care are însărcinarea legală să se îngrijească de interesele unui minor pus sub curatelă⁸.

Întrucât autor al infracțiunii de rele tratamente aplicate minorului nu poate fi decât persoana care potrivit legii are anumite drepturi în ceea ce-l privește pe minor, facem precizarea că, în situația în care părintele este decăzut din drepturile părintești, acesta nu va putea fi, în niciun caz, autor al infracțiunii de rele tratamente aplicate minorului, ci, eventual, al unei infracțiuni de vătămare a integrității corporale sau sănătății acestuia.

În ceea ce privește modalitatea în care poate fi comisă, infracțiunea de rele tratamente aplicate minorului poate fi săvârșită în participație sub forma instigării sau complicității, instigatorii și complicii fiind subiecți necalificați din punct de vedere juridic, o anume calificare fiind prevăzută numai în persoana autorului.

2.2. Lămurirea principalelor probleme pe care le ridică activitatea infracțională desfășurată. Natura relexor tratamentelor aplicate

Referindu-ne la activitatea ilicită desfășurată de făptuitor, trebuie să specificăm concret în ce anume constă elementul material al infracțiunii de rele tratamente aplicate minorului, precizând, în acest sens, că este vorba de o acțiune de aplicare a unor măsuri ori a unor tratamente care pot fi săvârșite atât prin acte comisive, cât și prin acte de omisiune. Însă pentru a se constata existența infracțiunii de rele tratamente aplicate minorului, investigarea criminalistică trebuie să constate faptul că acestea sunt de natură a pune în primejdie gravă dezvoltarea fizică, morală sau intelectuală a minorului. Altfel spus, investigarea criminalistică trebuie să probeze, în primul rând, faptul că măsurile sau tratamentele la care a fost supus minorul de către făptuitor au creat o stare de pericol grav pentru dezvoltarea minorului. În al doilea rând, investigarea trebuie să clarifice dacă acțiunea sau inacțiunea făptuitorului s-a repercutat direct asupra integrității corporale și sănătății minorului. Legiuitorul nu face nicio precizare în sensul de a arăta în ce anume trebuie să se materializeze relele tratamente la care este supus minorul, fapt pentru care ne permitem să menționăm că, în concret, acestea pot consta în producerea de vătămări corporale grave (torturi, cruzimi, bătăi repetate, schilodire, slujire, mutilare etc.) ori punerea minorului în situații grave (lăsarea fără hrană, îmbrăcăminte, încălțăminte, încălzire în timpul iernii ori fără îngrijire medicală în caz de boală etc.).

Relele tratamente se pot manifesta sub *diferite forme*⁹ de abuz și neglijență, fapt pentru care statele au reglementat în legislația lor diferite definiții legale a ceea ce constituie răul tratament al

⁶ Art. 182 C. Pen.

⁷ G. Antoniu și colaboratorii, *Dicționar juridic penal* (București: Ed. Științifică și Enciclopedică, 1976), 279.

⁸ V. Dongoroz și colaboratorii, *Explicații teoretice ale Codului penal român, vol III, Partea specială* (București: Editura Academiei Române, 1971), 577.

⁹ M. Belsey, „Child Abuse: Measuring a Global Problem”, în *World Health Statistics, Quarterly* 46/1, (1996): 71-72 în D. Balahur, *Protecția drepturilor copilului ca principiu al asisteței sociale*, (București: Ed. ALL Beck, 2001), 302.

copilului. Termenul de *neglijență* descrie faptul că copiii care au nevoie de îngrijire, supraveghere și protecție din partea adulților nu beneficiază de îngrijiri suficiente, indispensabile existenței și bunăstării, fiind în acest fel compromise și totodată grav atinse. În cazurile grave, neglijența copiilor de vârstă mică poate să antreneze moartea prin subnutriție sau prin infecții sau să provoace grave întâzieri în dezvoltarea psihică.

Relele tratamente psihice desemnează acte și atitudini repetate care terorizează copilul, îl umilesc, îl ofensează, îl surmenează și îi dai impresia că este înlăturat, că este fără valoare. Este important a se evalua relele tratamente psihologice și a se observa interacțiunile dintre adulți și copii, de cele mai multe ori ele având drept urmare grave tulburări de creștere și dezvoltare.

Relele tratamente sexuale fac referire la acele acte prin care adultul abuzează de puterea și autoritatea sa în detrimentul copilului, putând fi vorba despre pornografie, incitare la prostituție, exploatare sexuală etc. *Abuzul sexual* asupra minorului este un termen care califică orice relație sexuală consimțită sau nu, atunci când are loc între un adult și un minor. Relațiile sexuale între un adult și un minor sunt în general prohibite și condamnate de societățile actuale¹⁰. Termenul de *abuz sexual* asupra minorului este uneori contestat, din motive diferite, anumiți pseudopsihiatri¹¹ interpretând această noțiune în sensul că ”doar excesul ar putea fi traumatizant pentru copil și blamabil”, în timp ce alții îl consideră un concept care grupează toate problemele referitoare la pedofilie, fără a distinge între formele de gravitate pe care le implică. Abuzurile sexuale pot antrena serioase leziuni fizice li nu numai, studiile publicate¹² recent relevând faptul că persoanele care au fost abuzate în perioada copilăriei suferă mai târziu de tulburări psihice importante și durabile.

Relele tratamente fizice implică acte de violență, cum ar fi loviturile, izbiturile, zguduirile, arsurile cu corpuri solide sau lichide, otrăvirile etc. gravitatea leziunilor fizice nu depinde numai de violența cu care au fost comise actele de către părinți, ci este strâns legată și de vârsta copilului. Prin urmare, la copiii de vârstă mică toate actele de violență lasă urme pe corp, în timp ce la copiii mai mari pedepsele corporale sunt mai greu de detectat, cu atât mai mult cu cât a și trecut o anumită perioadă de timp din momentul în care au fost administrate, cauzând totuși traume fizice și psihice.

Aceste patru tipuri de rele tratamente nu pot fi clar dissociate unele de altele, dat fiind faptul că abuzul fizic sau sexual, neglijența, impactul psihologic asupra copilului există *ipso facto*.

Ceea ce este esențial pentru pentru constatarea infractiunii de rele tratamente aplicate minorului este condiția ca aceste forme de abuz să fie de natură a pune în primejdie grava dezvoltarea fizica, intelectuala sau morala a minorului, in caz contrar nefiind in prezenta unei infractiunii, ci a unei incalcari de drept civil¹³. Cand faptele savarsite de catre parinte sau persoana insarcinata cu cresterea si educarea minorului, prezinta un grad de pericol social mai mare, aplicarea unor sanctiuni civile nu este suficienta. Asemenea fapte, cum ar fi lipsirea de locuinta a minorului, expunerea la imbolnavire, aplicarea de lovituri corporale grave, lipsirea de libertate, punerea minorului sa cerseasca sau sa practice prostitutia, precum si punerea minorului sa asiste la scene ori acte cu caracter obscen, prezentand pericol si aducand atingere relatiilor de familie, imbraca forma de infractiuni de rele tratamente.

Se ivesc situatii cand parintele sau persoana insarcinata cu cresterea si educarea minorului, trebuie sa dovedeasca in interesul educarii minorului exigenta si chiar severitate. Acestia pot, cand

¹⁰ A se vedea http://fr.wikipedia.org/wiki/Abus_sexuel_sur_mineur_en_France#cite_note-0. Spre exemplu, în Franța prin abuz sexual asupra minorului se înțelege toate relațiile sexuale între un adult și un minor de 15 ani, pe care acesta din urmă le consimte sau nu, fiind reglementare în codul penal ca fiind un delict sau o crimă. Legislația franceză fixează vârsta majoratului sexual la 15 ani.

¹¹ Yvonne Coinçon și Jean-Pierre Thévenot, în *Atteintes sexuelles sur enfants mineurs*, API, (2001): 2-4.

¹² A se consulta în acest sens <http://iufm74.edres74.ac-grenoble.fr/travaux/tmalt/malt3.htm>, site de l'Academie de Grenoble, Centre de Bonneville, Haute-Savoie.

¹³ V. Dongoroz și colaboratorii, *Explicații teoretice ale codului penal al RSR*, vol. IV (București: Ed. Academiei RSR, 1972), 577.

este necesar, sa aplice anumite masuri, dar numai cu respectarea unei limite precise, și anume sa nu primejduiasca sanatatea, dezvoltarea fizica si intelectuala sau morala a minorului. Tot ce depaseste aceste limite devine fapta periculoasa pentru minor si trebuie sanctionata¹⁴. Unele fapte, mai putin periculoase, unele actiuni de exercitare a drepturilor parintesti, ca purtarea abuziva, neglijenta grava in indeplinirea atributiilor de parinte, prin care se primejduieste sanatatea sau dezvoltarea fizica sunt sanctionate pe cale civila, ca de exemplu, prin decaderea din drepturile parintesti, prevazuta de art. 109 din Codul familiei.

2.3. Necesitatea stabilirii *in concreto* a urmărilor faptei în vederea stabilirii unei încadrări juridice corecte

Sub aspectul urmărilor activității ilicite desfășurate de făptuitor, investigarea criminalistică are ca obiectiv să stabilească în ce măsură tratamentele aplicate minorului au fost de natură să pună în primejdie gravă dezvoltarea fizică, intelectuală sau morală a minorului. În acest scop este esențial a se stabili dacă au fost produse anumite repercusiuni și în ce anume au constat acestea sau, concret, în ce anume constă pericolul grav pentru dezvoltarea minorului. Acest lucru se impune întrucât, în funcție de urmările activității infracționale întreprinse de făptuitor, se schimbă încadrarea juridică a faptei.

Prin urmare, practica judiciară a arătat¹⁵ că, fapta de a aplica unui minor internat la Casa copilului, ca urmare a unei abateri comise de acesta, mai multe lovituri producându-i leziuni ce au necesitat îngrijiri medicale de trei săptămâni nu constituie infracțiunea de rele tratamente aplicate minorului prevăzuta de art. 306 C.pen, ci aceea de vătămare corporală prevăzută de art. 181. C.pen. Tot astfel¹⁶, s-a constatat că, fapta inculpatului care aflând că fiica sa minoră întreține relații intime cu un bărbat a aplicat acesteia mai multe lovituri cu pumnii și picioarele și i-a tăiat părul cu foarfeca, iar apoi a lovit-o cu un cuțit în regiunea toracică, cauzându-i doar o leziune ușoară deoarece victima s-a ferit, constituie infracțiunea de tentativă la infracțiunea de omor calificat, nu și infracțiunea de rele tratamente aplicate minorului.

Urmarea imediată a infracțiunii de rele tratamente aplicate minorului consta în crearea unei stări de pericol grav pentru dezvoltarea fizică, intelectuală sau morala a minorului aflat în creșterea și educarea faptuitorului. Îndeplinirea condiției punerii în primejdie gravă a dezvoltării minorului este lasată la aprecierea instanței de judecată și diferă în funcție de fiecare caz în parte.

Urmarea imediată poate consta într-o vătămare a integrității corporale sau sănătății, de așa natură încât dezvoltarea fizică, intelectuală sau morala a minorului este grav periclitată: aplicarea de torturi, cruzimi, producerea unei infirmități fizice - mutilarea, pierderea unui simț sau organ, schilodirea - alimentarea proastă sau insuficientă, lipsirea de încălzire în timpul iernii, lasarea fără îngrijire medicală etc. În alte cazuri, urmarea imediată poate consta în atingerea sistemului nervos, ceea ce pune în primejdie dezvoltarea intelectuală a minorului¹⁷. Nu are nicio relevanță dacă vătamarile pricinuite sunt permanente sau vremelnice, deci chiar o vătămare temporară a integrității corporale sau sănătății minorului este suficientă pentru a demonstra că asupra sa au fost exercitate rele tratamente.

De asemenea, pe de altă parte, majoritatea studiilor recente au afirmat faptul că abuzul asupra copilului produce efecte negative pe termen lung, respectiv transmiterea intergenerațională a violenței, având un impact puternic asupra procesului de socializare a copilului. Astfel ca, acei

¹⁴ V. Dongoroz și colaboratorii, *Explicații teoretice ale Codului penal român*, vol. IV, ed. a- II-a. (București: Ed. All Beck, 2003), 576.

¹⁵ Trib. Jud. Harghita, dec. pen. 486/1971, cu notă de Doru Pavel, în *R.R.D.* nr. 6 (1972): 164.

¹⁶ Trib. Supr., sect. pen., dec. nr. 1363/1977, cu notă de A. Chișes și I. Lupu în *R.R.D.* nr. 2 (1979): 51.

¹⁷ V. Dongoroz și colaboratorii, *Explicații teoretice ale codului penal al RSR*, vol. IV (București: Ed. Academiei RSR, 1972), 578-579.

copii care au fost abuzati fizic vor practica si ei, ca adulti, abuzul fizic¹⁸.

În cazul infracțiunii de rele tratamente aplicate minorului, având în vedere faptul că este o infracțiune care se poate săvârși numai cu intenție, investigarea criminalistică trebuie să dovedească existența acesteia, fiind necesar, pentru aceasta, să se stabilească scopul urmărit de către făptuitor prin aplicarea relelor tratamente față de minor.

Tot astfel, literatura de specialitate¹⁹ prevede în cazul acestei infracțiuni o anumită formă de vinovăție, constând într-o atitudine psihică a făptuitorului. Prin urmare, fapta se comite cu voință și conștiință, respectiv cu intenție, fie directă, fie indirectă. Acest fapt presupune că, în cazul infracțiunii de rele tratamente aplicate minorului, făptuitorul își dă seama de caracterul periculos al faptei sale, prevede rezultatul acesteia, constând în punerea în primejdie gravă a dezvoltării fizice, morale sau intelectuale a minorului și, mai mult decât atât, urmărește sau acceptă producerea unui astfel de rezultat.

2.4. Controverse privind încadrarea juridică corectă a faptei

Infracțiunea de rele tratamente aplicate minorului cunoaște un moment al consumării, dar și unul al epuizării, atunci când capătă caracterul unei infracțiuni continuate. În ceea ce privește momentul în raport cu care se face încadrarea juridică a faptei, soluțiile exprimate în jurisprudență și în literatura de specialitate²⁰ au fost diferite, unele instanțe²¹ apreciind că data săvârșirii infracțiunii coincide cu momentul în care s-a produs ultimul și cel mai grav efect vătămător al faptei, întrucât în momentul producerii rezultatului se realizează în întregime toate elementele constitutive ale infracțiunii. Prin urmare, încadrarea juridică a faptei se face în funcție de momentul epuizării rezultatului. În sens contrar²², s-a susținut că în cazul infracțiunilor continue, dar și a celor continuate, data săvârșirii infracțiunii este data actului de executare care caracterizează latura obiectivă, și nu data ultimului rezultat, care poate determina schimbarea încadrării juridice a faptei.

În ceea ce privește momentul consumării infracțiunii de rele tratamente aplicate minorului, acesta are loc atunci când s-a produs starea de pericol grav pentru dezvoltarea fizică, intelectuală sau morală a minorului, ca urmare a măsurilor sau tratamentelor aplicate. Infracțiunea este săvârșită în stare continuată, atunci când măsurile sau relele tratamente au caracter repetitiv, astfel că ea prezintă și un moment al epuizării, atunci când acțiunea de aplicare a respectivelor tratamente încetează.

Cunoașterea momentului consumării și epuizării activității infracționale prezintă importanță atât pentru încadrarea juridică a faptei cât și pentru stabilirea raportului de cauzalitate dintre acțiunea concretă a făptuitorului și rezultatul produs, respectiv între relele tratamente aplicate de făptuitor și pericolul grav pentru dezvoltarea fizică, morală și intelectuală a minorului.

2.5. Situații practice de concurs între infracțiunea de rele tratamente aplicate minorului și alte infracțiuni

De regulă, infracțiunea de rele tratamente aplicate minorului poate fi săvârșită în concurs cu infracțiunile contra integrității corporale sau sănătății (vătămare corporală sau vătămare corporală gravă), literatura de specialitate arătând faptul că, ori de câte ori se cauzează minorului o vătămare

¹⁸ D. Balahur, *Protecția drepturilor copilului ca principiu al asistenței sociale*, (București: Ed. ALL Beck, 2001), 303-304.

¹⁹ V. Dongoroz și colaboratorii, *Explicatii teoretice ale Codului penal român, vol III, Partea specială* (București: Editura Academiei Române, 1971), 579.

²⁰ C. Bulai, *Drept penal. Partea generală*, vol. I, (București: Casa de Editură și presă Șansa SRL, 1992), 219.

²¹ T.S., s.p., d. nr. 1828 din 1974, *RRD* nr. 3 (1975): 71.

²² I. Pascu, „Unele reflecții asupra infracțiunii progresive”, *S.D.R.*, nr. 3-4 (1991): 189; Șt. Mateescu, „Infracțiunea progresivă. Momentul consumării”, *S.D.R.*, nr. 3-4 (1991): 190.

corporală sau a sănătății, există concurs de infracțiuni. Cu toate acestea, în practica judiciară²³ s-a arătat că atunci când actele de agresiune săvârșite asupra minorului constituie acțiuni ce caracterizează infracțiunea de omor, între acestea și posibilitatea decesului victimei existând raport de cauzalitate precum și intenția de a ucide, fapta constituie infracțiunea de omor sau, după caz, tentativă la omor, iar nu concurs între infracțiunea de omor și cea de rele tratamente aplicate minorului.

Alteori, infracțiunea de rele tratamente aplicate minorului poate fi săvârșită în concurs real cu infracțiunea de lipsire de libertate în mod ilegal. Astfel, practica judiciară²⁴ a statuat faptul că infracțiunea de rele tratamente aplicate minorului nu include ca element sau circumstanță agravantă sechestrarea persoanei vătămate, această agravantă intrând în conținutul infracțiunii de lipsire de libertate în mod ilegal. Tot astfel, această infracțiune de lipsire de libertate în mod ilegal poate exista în concurs și cu alte infracțiuni contra familiei, cum ar fi infracțiunea de abandon de familie sau infracțiunea de nerespectare a măsurilor privind încredințarea minorului.

3. Cauze și consecințe ale fenomenului de victimizare. Particularități ale psihologiei victimelor minore

Cauzele care determină la aplicarea de rele tratamente minorilor sunt extrem de variate, putând identifica sub acest aspect o serie de factori de risc, atât din mediul familial, socio-cultural, economic, dar și instituțional. Prin urmare, problemele conjugale, problemele de sănătate, intoleranța și rigiditatea principiilor educative pot crea anumite tensiuni în familie care să determine eventualele forme de maltratare. De asemenea, relele tratamente privesc toate clasele sociale, instabilitatea profesională, lipsa resurselor, locuința inadecvată pot fi factori foarte importanți generatori de violență în familie. De cele mai multe ori, și mediul instituțional unde învață copilul reprezintă un factor crescut de risc prin prisma persoanelor care au autoritate asupra copilului.

Umilirile, loviturile, exploatarea sexuală, neglijența sunt forme ale maltratărilor pentru că ele rănesc integritatea și demnitatea copilului, chiar dacă efectele nu sunt vizibile. În majoritatea cazurilor, în urma uneia sau mai multor violențe comise asupra copilului, acesta poate manifesta anumite tulburări ale stării generale și ale dezvoltării psihoafective și sociale, trebuind să fie identificați anumiți indici specifici acestor stări. Este vorba despre tendința de a se izola, anumite stări de nervozitate și anxietate, tulburări emoționale, lipsa de concentrare, manifestarea unui sentiment de vinovăție, lipsa de respect față de sine însuși. Consecințele diferitelor forme de abuz se reflectă și pe termen lung, manifestându-se într-o incapacitate de a se adapta în societate, probleme de ordin fizic, dezvoltarea unui comportament violent, tendința de a reproduce același comportament de care a suferit. Prin urmare, nu este vorba numai de o problemă care ține de familie, ci de întreaga societate, deoarece victimele acestor infracțiuni vor avea tendința în viitor să reproducă același comportament. Ei învață de timpuriu violența, devenind la rândul lor violenți, ignoranța societății fiind atât de solidă încât acest fenomen se produce de la o generație la alta. Având în vedere toți acești factori, este foarte importantă semnalarea întregului comportament autorităților competente.

Pe plan psihologic, abuzul este un eveniment traumatic, constând în confuzie, pierderea reperelor, sentiment de neputință, stres, șoc sau haos emoțional. Ca orice traumatism, abuzurile asupra minorilor pot avea drept consecință, și o anumită stare cronică de stres post-traumatic, concretizându-se, pe termen lung, sub forma diferitelor tulburări. Abuzurile manifestate asupra minorilor deseori sunt ținute secret, aceasta fiind de fapt o strategie survenită din creierul victimei pentru a-și păstra un anume echilibru psihic, tocmai ca urmare a sentimentului de culpabilitate pe care îl resimț.

²³ C. S. J., sect. pen. dec. nr. 1917/1994.

²⁴ Trib. Mun. București, secția a II a penală, dec. nr. 244/1983, în V. Papadopol și St. Daneș, *Repertoriu de practica judiciară în materie penală pe anii 1981-1985* (București: Editura Științifică și Enciclopedică, 1989), 253.

Concluzii

Având în vedere necesitatea reglementării relațiilor de familie, pe fondul faptului că prin comportarea violentă față de minor se atinge grav stabilitatea acestor relații, investigarea criminalistică este de maximă importanță în ceea ce privește încadrarea juridică corectă a faptei și stabilirea sancțiunii specifice. Prin urmare, cadrul metodologic al investigației are ca obiectiv principalele probleme care trebuie clarificate în vederea administrării probelor în cauză. Studiul prezintă o serie de chestiuni referitoare la stabilirea calității pe care o are făptuitorul în raport cu victima infracțiunii, stabilind *in concreto* în ce măsură tratamentele aplicate minorului au fost de natură să pună în primejdie gravă dezvoltarea fizică, intelectuală sau morală a minorului. Totodată, prin analiza particularităților pe care le presupune această infracțiune, având în vedere diferitele controverse existente în jurisprudența și literatura de specialitate am încercat să oferim cele mai eficiente soluții pentru a asigura, în acest fel, înfăptuirea justiției prin urmărirea și pedepsirea infractorilor.

Se impune, astfel, o cooperare la nivel internațional, cu atât mai mult cu cât fenomenul infracțional în rândul copiilor s-a intensificat din ce în ce mai mult în ultimii ani, necesitându-se utilizarea celor mai noi și eficiente metode și tehnici de investigare criminalistică.

Referințe bibliografice

1. Antoniu, G., C. Bulai și Gh. Chivulescu. *Dicționar juridic penal*. București: Ed. Științifică și Enciclopedică, 1976
2. Balahur, D. *Protecția drepturilor copilului ca principiu al asistenței sociale*. București: Ed. ALL Beck, 2001
3. Bîrsan, C. *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, vol. 1, *Drepturi și libertăți*. București: Ed. All Beck, 2005
4. Bulai, C. *Drept penal. Partea generală*, vol. I. București: Casa de Editură și presă Șansa SRL, 1992
5. Coinçon, Yvonne și Jean-Pierre Thévenot, în *Atteintes sexuelles sur enfants mineurs*, API, (2001): 2-4
6. Dongoroz, V., S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu și V. Roșca. *Explicații teoretice ale Codului penal român*, vol. III, *Partea Specială*. București: Editura Academiei Române, 1971
7. Dongoroz, V., S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu și V. Roșca. *Explicații teoretice ale codului penal al RSR*, vol. IV. București: Ed. Academiei RSR, 1972
8. Dongoroz, V., S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu și V. Roșca. *Explicațiile teoretice ale Codului penal român*, vol. IV, ediția a 2-a. București: Editura All Beck, 2003
9. Hagemann, Carol (White University of Osnabrück), *Aperçu préliminaire de la typologie des législations relatives a la violence domestique dans les états membres du Conseil de l'Europe, Comite ad-hoc pour prévenir et combattre la violence a l'égard des femmes et la violence domestique*, Strasbourg, 5 mai 2009 CAHVIO (2009) : 6
10. Mateescu, Șt. „Infracțiunea progresivă. Momentul consumării”. *S.D.R.*, nr. 3-4 (1991): 190
11. Papadopol, V. și St. Daneș. *Repertoriu de practica judiciară in materie penală pe anii 1981-1985*. București: Editura Științifică și Enciclopedică, 1989
12. Pascu, I. „Unele reflecții asupra infracțiunii progresive”. *S.D.R.*, nr. 3-4 (1991): 189

CLASSIC CRIMES IN THE VIRTUAL WORLD: HABBO HOTEL AND SECOND LIFE

Florin ENCESCU*

Abstract

Technological advances in informatics has made possible scenarios that not long ago seemed simple science-fiction stories fruit of some rich imaginations. The Internet is “guilty” of the most spectacular achievements especially in socialization, allowing a parallel universe that you most often call the virtual space, so real in our perception that has left a phenomenon such as crime. “Second Life” and “Habbo Hotel characters” are two of the most eloquent examples of virtual worlds where crime led intervention of judicial authorities, forcing a rethink of the classic fundamentals of criminal law.

Keywords: *cyber-crimes, virtual theft, online game, avatar, money, virtual drugs*

Introduction.

Challenges in the field. News. According to Dutch specialists¹, the country already precursor in what concerns incrimination and punishment of crimes in the informatics field, we can talk at this time about classic crimes in the informatics field, under the old laws, but also under new crimes, specific to this area, appropriate to the social and technological developments.

The classic legislation the old one covers versions of some new crimes, such as:

Theft:

- of objects in the virtual world: Habbo Hotel and Rune Scape
- of Bandwidth: Bandwidth

Child pornography:

- Digital Images
- Recycle bin, unallocated clusters / lost files
- Recovery Tool

Infringements of copyrights:

- Digital documents and distribution
- P2P networks (computer networks, computer direct communication)
- Foreign sites (external sites)

The new legislation, responds the requirements of technological evolution, incriminating new crimes:

Intrusion:

- Hacking of email accounts at nuclear plants
- Also, unprotected computers

Production of interference:

- (D) DOS attacks (botnets) - refusal or restriction of service
- Blackmail (extortion)
- Strand-case

Deactivation, change or add data :

- Viruses, worms and Trojans

* Judge, Gorj Court President, Ph.D. candidate, Faculty of Law, “Nicolae Titulescu”, Bucharest.

¹ John van Krieken, public prosecutor, Ressortsparket Den Haag, The Netherlands/ Conferința Taiex 8-9 octombrie 2009, Bucuresti: *Concrete use of evidence related to cybercrime in courts – case studies* (prosecutor and/or judge)

- Botnets

A. Second Life and Habbo Hotel (hotel of “Habbo” characters) - requires parallel virtual worlds to rethink the foundations of criminal law

Second Life². The general perception is that Second Life (SL) would be a game on the Internet. There isn't however an organized game with imposed rules and where to pursue a particular purpose.

On the official website³, Second Life is described as “a virtual world imagined and created by its residents”. Indeed, Second Life is a diversified world, where you can meet people from all over the real world.

It is a social network type that is part of the Internet phenomenon called Web 2.0. It is a world, a virtual company. Virtual world of Second Life site has over six years, being created by the American company Linden Lab. They are made available for accessing the application with the same name, Second Life, which can be downloaded from the Internet on the official website for free. First and most important condition of participation made by Linden Lab (LL) is the age which must be at least 18 years old, having regard to mature content. For persons under 18 years, the company created Teen Second Life version.

The service was introduced in August 2007 “SLvoice” and the possibility to hear the others. 2007 was the year of Second Life's revolution. Then it reached a maximum growth in popularity with the introduction of “voice” services and “sculpted prims” which extended unlimited creation possibilities.

Since 2009 it talks about Second Life as the future of the Internet, as on “Web 3.0” (with reference to Web 2.0). Already occurred first 3D browsers (see ExitReality), though still in beta, which took as inspiration Second Life virtual world that recreates the real world. Second Life's economy and even its own currency - Linden Dollar (L \$), which in turn has value in real life - 1 USD means about 250 L \$. It can convert real money into virtual money, or conversely, Linden dollars into real money. This is because the SL transactions are as quick and as many like in real world⁴.

There are people who have enriched Second Life, the most publicized example being that of the avatar Anshe Chung, who developed a business of lands in the virtual world to reach this world's first virtual millionaire.

Business means, in addition to property, mainly creativity. To buy more, especially shoes, clothes, accessories for avatars. All are created by talented people who are in authority, as happens in the real world.

² http://ro.wikipedia.org/wiki/Second_Life

³ <http://secondlife.com/?v=1.1>

⁴ BCR first Romanian bank BCR in Second Life has announced its entry into Second Life, the first bank in Romania with a virtual office on this platform. Placed in the middle of Bucharest Revolution Virtually BCR branch enjoys a daily traffic of over 250 unique users within the branch and exposure to over 800 residents to socialize in a virtual city. Financial education program, "school money", which will continue in 2010, will have a corresponding 3D virtual world. Thus, in Bucharest Virtual already arranged a university auditorium in which will be teaching lessons and school students will participate in competitions as extemporals, after which they could win prizes. BCR Building in Second Life was made exactly after the model of the branches of reality, and, inside, users can interact with automated applications, can find more information about current promotions (pack Student BCR and BCR Pensions at the moment), they may join the group “school money” and soon will be able to buy U.S. dollars through Linden ATMs. Is in question and the possibility to provide jobs for graduates in cyberspace “School money”. In addition, BCR will have branding throughout the virtual city of 2010 and will be the organizer of several events and competitions in Revolution Square in Bucharest Virtual. Capital is created 3D version of Chase Corp. digital advertising agency, which aims to recreate the online social network Second Life. Chase Corp. was purchased from Linden Lab, the company that owns this network, a virtual island that has almost 65,000 square real meters.

As in real life, to get to perform in Second Life should be more work, more dedication and, of course, a good marketing strategy. Avatars that make real money in virtual world, working as much (maybe more) than one in Real Life (real world).

The defining character of this world avatar, which you find in other virtual worlds under various names (“Habbo” in Habbo Hotel). Avatar is a Hindu term for the manifestation or appearance of a deity. In computing, this means the graphical representation of the user. Second Life has opened a new world of computer criminals, identity theft and frauds already being specific crimes.

Virtual rape punished in the real world? Citing a newspaper article in the ”Cotidianul” (Daily paper), on the aftermath of a virtual rape: “Virtual rape is as traumatic as the real one, at least on an emotional level”. This is the conclusion of experts who have become suddenly interested in this problem after two Belgian newspapers have written about the police investigation in Brussels on a rape case in the virtual game Second Life. Brussels Court is collaborating in this case with the Department Computer Crime of Belgium State Police after an avatar of a Belgian user was brutally raped. Debates on the legal framework that places such a crime (whether it is a crime) are still open. It is clear that online forms of forced activity, whether talking about text, video, too friendly or hostile responses are numerous.

Experts say such experience is indeed traumatic and leaves traces. You lose your self-confidence, in the safety that brings your own room, space that you believed it was perfectly safe, trust in the network, in the platform, in the virtual community and even in sex.

The virtual universe has gained also fame of “grounds for divorce”, the romances from the cyber world are increasingly being raised by partners in the process for undoing the marriages⁵.

Second Life begins to resemble increasingly louder with “real life” in all respects: economic, social, political and cultural. After the scandal in which an avatar has been sued, we are obliged to ask questions about the legal status of virtual identities, avatars acceptance as issues of law and legal system need a “virtual” procedure involving criminal prosecution, prosecution and punishment of an avatar and other issues related to system implementation of judicial decisions in these cases⁶.

Online game Second Life allows users to create characters and live parallel lives in a virtual universe, have jobs, relationships and even children. But it seems that virtual life in real life sometimes intervenes, the boundary between the two worlds are becoming increasingly questioned.

Amy Pollard discovered that her husband avatar was having sexual relations with a game character and demanded a divorce on the basis of unacceptable behavior. Amy has even hired a private detective in the game, in order to confirm suspicions of virtual adultery, reported telegraph.co.uk.

The divorce between Amy, 28 years old, and David Pollard, 40 years old, was pronounced. The judge was not at all surprised, this one relating this is the second divorce caused by Second Life, which had within a few days. The two were married for three years and they met under the characters skin Dave Barmy and Laura Skye, also on Second Life. But separation does not seem to affect them that much. The man is now engaged to the woman who had the virtual affair with and Amy already knew someone else playing World of Warcraft.

⁵ Virtual sex ended in court. A British woman decided to separate from her husband, who was “cheating” her in the game Second Life. The British woman Amy Pollard, 28 years old, has filed for divorce on the grounds that she has caught her husband making sex with another woman, whom he knew not even physically in the virtual world Second Life, writes “The Times”. The young woman claims that her consort, David Pollard, 40 years old, had committed “adultery” and that they are at the second “violation” of this kind. First time in February last year, she surprised David making sex with a lady companion, also virtual, situation which made her decide to hire a detective from Second Life to determine the seriousness of the situation; *Day event* source.

⁶ *Everyday* source.

Game Second Life has more than 10 million users worldwide.

Construction worker Giuseppe Castro, 35 years old, from Catania, southern Italy, was furious when he found his wife, Maria Pia Ascuto, 41 years old, flirting on the internet with her boyfriend from Second Life.

Angry, the man stabbed her with a kitchen knife and then beheaded her in front of their child, 15 years old and in front of his mother-in-law. Then he called the police and admitted his crime. "I am tired of it. She was always flirting with other men". Italian policemen confiscated the family computer and they are continuing the investigations.

Second Life casinos were closed and all gambling were banned, sent Linden Lab, publisher of the virtual universe Second Life, quoted by French newspaper Le Monde. Ban games from which it earned U.S. dollars Linden comes as a result of compliance with U.S. law prohibiting online gambling, even though, notes Le Monde, millions of visitors / residents of Second Life are not U.S. citizens.

Sweden became the first country that opened its embassy in Second Life, virtual world created by Linden Lab, based in San Francisco. "The Embassy" does not provide consular services, but only provides informations and promotes Swedish culture among users logged on Second Life.

And the list could go on...

Habbo Hotel⁷. Habbo Hotel (original idea coming from Finland) is a virtual 5-stars hotel where the user begins with creating a virtual "I" (so-called "Habbo"). Then he will meet, will play and interact with other Habbo. 3D isometric graphics and many other things makes it an attractive game. Registration is free but some activities do not.

Habbo is a social networking site for teenagers⁸, owned and operated by Sulake Corporation. Service began in 2000 and expanded to include 32 online communities (or "hotels"). Since June 2008 there were over 118 million avatars, with an average 8 million unique visitors monthly, 75.000 avatars being created every day. Avatar 100 million was created in June 2008 of Habbo UK.

Chat rooms. There are two types of chat rooms within the virtual hotel. Interface of both chat rooms remains the same, however, differ Boards portrayal.

- Public rooms are rooms that are available to all members. Often depict scenes such as restaurants, cinemas, dance clubs. Most public rooms contain robot broadcasting prerecorded messages and can give members drinks and food products. The rooms are designed by Sulake and are not customizable by users. There are two types of public rooms: for widescreen and for normal size.

- Guest Rooms are rooms which users can customize both the virtual and can be decorated with furniture, wallpaper and various floor models, "goods" can be purchased with credit. Users can also choose from a wide range of c templates that determine the shape of the room. Guest Rooms can be created by any member, which may be closed to allow access only to specific users or owner password.

Currency. There are 2 types of currency on Habbo. *Currency loans*, which are used to buy furniture from catalogue and *pixels* (Free money, the user receives 10 such coins every 15 minutes), used to buy effects and "Hello Furni" (virtual furniture received at registration).

Exchange. Currency exchange rate is Habbo, real money can be converted into Habbo money. The user must pay first Habbo to get coins or credits instead. The exchange rate is used mainly to buy HC (Habbo Club), which provides the user extra features such as new colors, new clothes, new look, etc.. Exemplifying:

- copper coin = 1 Habbo coin
- silver coins = 5 Habbo coins

⁷ <http://en.wikipedia.org/wiki/Habbo>

⁸ <http://www.habbo.com/>

- gold = 10 Habbo coins
- bag = 20 Habbo coins
- bar = 50 Habbo coins

For China, these values were multiplied by 10.

Credits. The credits (previously called coins) can be purchased using a variety of different services such as credit cards, telephone service, a Ukash card and by SMS. Credits are stored in the user's account, accessible at any public or private room, while logged on the website. They can be redeemed by selling virtual furniture by other users.

Pixels. The pixels were introduced in November 2008. Unlike loans, they are not bought with real money, and can not be sold in any form. They are provided when users meet certain conditions (such as logging, friendly character, etc.). They can be used for the purchase of avatars, virtual furniture rental etc.

Most often, criminals falsify online gaming websites to take possession of user⁹ information. This time they make phishing attacks targeting the virtual community "Habbo Hotel". The experts of the company G Data Security note that they already detect fake websites in French, Dutch, Spanish and English. The authors are especially interested in finding young players account details and credit card details of their parents.

One of the largest non-violent gaming community is affected by a wave of phishing attacks. Counterfeit sites require to the users to enter name and password. It is virtually impossible for children and even adults to distinguish between true sites and counterfeit. In Germany was put in circulation a pretty captious spam, one in which children are easily attracted. Generally, Habbo coins can be bought from real operators through premium phone lines. The fee is € 3.30 per call for 18 Habbo coins. Habbo ID is needed for legitimacy. This identity is created for each user and hence, is unique. Online thieves are using this payment method in a fraudulent manner. Dishonesty includes creating a simple blog by thieves, who may then tempt players with as Habbo coins appear to be free. Blog author claims that identity Habbo is an administrator code. The administrator code appeared to call, so the Habbo coins be free. However, by providing the administrator code, Habbo coins purchased are credited to the account of the thief and not the true buyer.

Account information theft is a real danger - if already a registered user enters his information on a website phishing, identity thieves are able to connect to the game and can play the game under the name of a real player. Moreover, the thief can spend coins of the victim's account available on Habbo. Perpetrators also seek, in different ways to sell this virtual money for real money. For example, a sale takes place on a platform like eBay auction – the money exchange takes place in virtual game.

Another risk is represented by the bank phishing: on the official homepage of the game provider, users can buy virtual Habbo coins. Payment by credit card is one of the ways of payments. Virtual thieves also attract users who offer for sale Habbo coins or credits. If the user enters his credit card information on the phishing site, then thieves can itself purchase or sell such information to credit card on websites underworld.

G Data recommends that all parents to visit the sites to a certain age, with children. Parents should supervise their children online. Overall: users should carefully examine the URL in their browser before to enter their user name and password.

Habbo Hotel can be associated with the first theft of virtual world. Thus the date of 14.11.2007, a teenager of 17 years old in Holland was arrested for stealing virtual furniture from Habbo Hotel.

Dutch Police identified the teenagers who stole a mobile network. But not just any furniture, but one that exists only online, in Habbo Hotel. Adolescents were able to deceive many users by

⁹Source : G Data, <http://www.gdata.de/>

creating fake Habbo websites, where they attract members of the community and steal username and password. They have stolen all the digital assets of around € 4,000. Unfortunately for them, that furniture does not have nowhere to go. Teenagers were caught because it was moved... in their own rooms in Habbo.

In December 2004, a man of 36 years old, was jailed after using Habbo to convince a user of 13 years to visit it¹⁰.

B. Virtual drugs¹¹. Marijuana, cocaine, opium, peyote, trip, nitrous, rave or absinthe, these drugs have some risk for Internet correspondents.

Cyber-Drugs, a series of loud noises, have invaded the world of Internet users. The price of a dose is up to 130 euros, increasingly recognizing that young people use them. The form of string sounds in different frequencies, audio narcotics produces the same sensations as those delivered on a street corner dealers, according to some who have tried. So far, the judicial authorities have not ruled on the legality of this method of distribution and use of drugs or virtual.

Narcotics ear pulled. The site that provides acoustic "doses" is called I-Doser and the price of the "packages" of four different doses are between 13 and 16 euros.

But there is a virtual drug whose effect is already proven and highly recognized, and their price was over 130 euros / i - dose. "Hades Gate" and "Hand of God" are among the most expensive. Same site ensures that the program can be running using virtual narcotics.

The doses for "relaxing" have a period between 5 and 50 minutes each. For start, the site provides free doses. As internet users are convinced of the effectiveness of "demo" drugs, they can buy the "package" in preferred options, with larger sizes.

The effects seem quite satisfactory, given that, in less than four years, site managers can boast over one million downloads of "doses". The potential of spreading the I-Doser is enormous, given the propagation medium. Already other sites that provide them doses were accessed over five million times so far. In addition, i-doses can be reused whenever the customer¹² wants.

Waves 3 to 30 hertz - infrasound, in other words - are the frequencies which the human brain works. "They can give rise to all types of reactions and requires intense brain activity. For example, alpha waves with frequencies between 7 and 13 hertz, have a relaxing effect. But others have exact the opposite effect, euphoric or stimulant. Just enter the infrasound, which human ears do not perceive, in a piece of music and the reactions won't delay to occur".

Their existence is not foreign to the police forces, which uses it to relieve young people in clubs. "Their use has been demonstrated, over time, and in the military field", said Umberto Rapetto specialist in the Italian Finance Guard.

Especially lately, have appeared on various Romanian websites references to sites about virtual drugs. "Our unit started checking on the legality of their content and, with support from

¹⁰Source: Tech Crunch, BBC News

¹¹<http://www.satumareonline.ro/cp/43/2140/%E2%80%9EM%C3%A2na-lui-Dumnezeu%E2%80%9D,-drogul-care-vine-prin-c%C4%83%C5%9Fti>

¹² Real effects or simple impression. Marcel is one of the young Romanian who had tried the effects of I-Doser. In those 26 years, boasts that it can be compared with real "dust". "I tried Trip ... I can say that virtual dose effects is very close to the magic mushroom. Only lasts less! I tried to repeat listening, because I had a head of cabbage, however! Some dizziness and some disturbances on. Maybe also because we listened to the headphones in the dark, the volume pretty high", he admits. After its said and after dark circles, Marcel seems believable when he states that he has sufficient "information" to make the comparison between real and virtual drugs. Less ecstatic, however D.O. In the last year in high school "business", he accessed the I-Doser, because as he heard from colleagues. "I was afraid of tough names such as marijuana, cocaine, or nitrous, God's Hand. I chose Alcohol. And after ten minutes of listening, I was just stunned than after a half of a glass of whiskey, "says the high school boy. He says, however, that many of his colleagues have not felt any effect. On the same note of doubt, on all forums that discuss the subject I Doser are both highly favorable opinions regarding the effects of cyber-drugs, but claims that abolishing virtual narcotic qualities. Source: newspaper *Evenimentul Zilei*, 03 May 2009.

U.S. authorities – where is hosted the site”, relates the Directorate for Combating cybercrime in GIRP.

The idea that a simple concatenation of sounds, whether invasive and frequency, can have the same effect as a drug administered is inconceivable natural way for specialty physicians. “It's simply unbelievable that some sounds can replace chemical reactions in the body caused by taking drugs! Yes, I agree that there is music therapy. But in any case such effects may not occur, even in circumstances where there is a strong autosuggestion”. According to prof. Dr. Florin Tudose, a psychiatrist and chief of the Psychiatric University Hospital of Bucharest, “the placebo effect, regardless of intensity, it will not produce real reactions to drugs”.

Conclusions. Returning from a legal perspective on these challenges in the field must be pointed out that some issues require new approaches to the classical foundations of criminal law, but reconsideration of principles and procedures of the criminal procedure law.

Virtual theft is not an effective corresponding in the national legal criminalization. It is basically a similar signal theft, the disputes which have ended only by the intervention of the legislature, recognizing the potential criminal acts of this kind of facts and of the social danger represented.

If virtual theft would be to accept that practically the immaterial, but with the virtual materiality has an associated economic value, legal reasoning being similar to that awarded by the legislature in case of theft of energy through the impugned provisions of art.208 paragraph 2 of the Code criminal.

Implicitly, by reference to existing penal provisions should give an energy nature to virtual objects. In our opinion this interpretation is not able to complement a real lack of legal criminalization. Here in the context of the need for regulation, legal text in force should be amended to include the future of a paragraph that provides the appropriate sanction for this kind of theft, it appears quite difficult to accomplish, given that the objective side defining actions the classic crime talk about “making”, “detention”, “possession”, “ownership” of shares attributes of materials in full agreement with the purely physical nature of a “good” or “work”.

In cyberspace, the correlation of the attributes is not excluded as long as legal and lawful property is supported substantially in the sensory world as real as that in which we go biologically acceptable physical existence.

In a future statement to the incrimination of virtual theft should be noted that the property in the virtual world or its associated economic value of material goods is treated as criminal offenses subject to the same conditions or special conditions reported on the one hand the ease of committing the offense and blinded author's identity, but on the other and currently somewhat limited opportunities for recovery of virtual goods.

In this regard, it should be noted that the fact of the possession of the space is limited and that the moving object in a different place preventing the legal user to have it. Theoretically tracking and finding should not pose problems, trails is quite easy to identify.

More complex is when the asset is realized, offenders and appropriating sums of money and real corollary, then making it unseen by abandoning equipment and waiver of false identities taken.

One wonders what would be the limits on cyberspace criminal law charged in line with the dynamics of technological evolution, and could easily imagine running action to detention of an avatar, unable to imagine as many Internet users asked a murder in the virtual space, avatar is still a work computer and easily immaterial, its reconstruction is equally possible that the “existence” to perpetual.

Duress, moreover, was reported by users of space Habbo Hotel, which signaled a Habbo prevent movement by blocking access to a virtual space for entertainment by other Habbo, for example access to a virtual pool.

At the universal level, the current state of this kind is seen in the incrimination of acts with classical rules, re-interpreted the meaning of concepts and institutions of classical criminal law. Fraud will be found instead a broad palette, a variety of means facilitating offenses committed.

Referring briefly and to the phenomenon of so-called “virtual drugs”, in my opinion it is in its infancy, not sufficiently studied, particularly manifestations but the adverse consequences on human behavior being rather the just simple speculations. However, if evolution should be a dynamic and the researches could reveal adverse consequences for health and human behavior, there is an appropriate legal regulation to criminalize such acts, at least the Romanian law not covering this type of “exciting” with no neurological connection with the use of prohibited chemicals.

References

[1] Matthew Sherwood, USSS, U.S. Embassy Bucharest, *International Investigation criminal groups specializing in computer fraud, credit card fraud and money laundering*, C-Training Crimes Court Gorj Tg.Jiu, 2009

[2] Tiberius Rusu's Bay, Principal Investigator: eBay and PayPal: *Cooperation with institutions of law defense*, Trainning C-Crimes Court Gorj Tg.Jiu, 2009

[3] John van Krieken, public prosecutor, Ressortsparket Den Haag, The Netherlands: *Concrete use of evidence related to Cybercrime in the courts - case studies (prosecutor and / or Judge)* Taiex Conference 8-9 October 2009, Bucharest, Fight Against Cybercrime , Organisers: European Commission Directorate-General Enlargemen co-operation with the Academy of European Law (ERA)

[4] Professor Anne Flanagan, Institute of Computer and Communications Law Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary University of London, United Kingdom: *European Perspectives for effective year-Wide Fight Against Cybercrime*, Taiex Conference 8-9 October 2009, Bucharest Fight Against Cybercrime, Organisers: European Commission Directorate-General Enlargemen co-operation with the Academy of European Law (ERA)

[5] Dr. Marco Gercke Lecturer for Criminal Law University of Cologne, Germany: *New Trends in Organised Crime - The Challenge of Cybercrime*, Taiex Conference 8-9 October 2009, Bucharest, Fight Against Cybercrime, Organisers: European Commission Directorate-General Enlargemen in co-operation with the Academy of European Law (ERA)

[6] President Professor Henrik Kaspersen Computer / Law Institute, Amsterdam, The Netherlands: *Internet Fundamentals and its networking*, Taiex Conference 8-9 October 2009, Bucharest, Fight Against Cybercrime, Organisers: European Commission Directorate-General Enlargemen co-operation with the Academy of European Law (ERA)

[7] M. Dobrinou, *Crime in informatics*, Ed.C.H.Beck, Bucharest, 2006

[8] M.A.Hotca, M. Dobrinou, *Offences under the special laws. Comments and explanation* C.H. Beck Publishing House, Bucharest, 2008

[9] M.A.Hotca. M. Dobrinou, *Criminal elements of business*, Ed.C.H. Beck, Bucharest, 2009

INFRAȚIUNI CLASICE ÎN LUMEA VIRTUALĂ: HABBO HOTEL ȘI SECOND LIFE

FLORIN NENCESCU*

Abstract

Progresul tehnologic în domeniul informatic a făcut posibile scenarii care nu demult păreau simple povestiri științifico-fantastice rod al unor imaginații bogate. Internetul este "vinovat" de cele mai spectaculoase realizări mai ales în domeniul socializării, făcând posibil un univers paralel pe care îl denumim cel mai adesea spațiul virtual, atât de real în percepția noastră încât a lăsat loc și unui fenomen precum cel al criminalității . "A Doua Viață" și "Hotelul personajelor Habbo" sunt două dintre cele mai elocvente exemple de lumi virtuale în care criminalitatea a determinat intervenția autorităților judiciare, obligând la reconsiderarea fundamentelor clasice ale dreptului penal.

Cuvinte-cheie: *infrațțiuni informatice, furt virtual, joc online, avatar, bani, droguri virtuale*

Introducere.

Provocări ale domeniului. Actualități.

Potrivit specialiștilor olandezi¹, țară deja precursoră în ce privește incriminarea și sancționarea infrațțiunilor din domeniul informatic, putem vorbi la această dată de infrațțiuni clasice în domeniul informatic, prevăzute de legile vechi, dar și de infrațțiuni noi, specifice acestui domeniu, corespunzătoare evoluției sociale și tehnologice.

Legislația clasică, veche acoperă variante ale unor infrațțiuni noi, precum:

Furtul:

- de obiecte din lumea virtuală: HabboHotel și RuneScape
- de lățime de bandă: Bandwidth

Pornografia infantilă:

- Digital Images (imagini digitale)
- Recycle bin, unallocated clusters / lost files (coșul de reciclare, clusterii nealocați, fișierele

pierdute)

- Recovery tool (instrument de recuperare)

Încălcările dreptului de autor:

- Digital documents and distribution (documente în format digital și distribuția lor)
- P2P networks (rețele de comunicare directă calculator-calculator)
- Foreign sites (site-uri externe)

Noua legislație, răspunde cerințelor evoluției tehnologice, incriminând noi infrațțiuni:

Intruziunea:

- Hacking, de la conturile de email, la centralele nucleare
- De asemenea, computerele neprotejate

Producerea de interferențe:

- (D)DOS attacks (Botnets) - refuzul/îngrădirea serviciului
- Șantajul (extorcarea de fonduri)

* Magistrat judecător, Președinte al Tribunalului Gorj, doctorand, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București.

¹ John van Krieken, public prosecutor, Ressortsparket Den Haag, The Netherlands/ Conferința Taiex 8-9 octombrie 2009, București: *Concrete use of evidence related to cybercrime in courts – case studies (prosecutor and/or judge).*

- Strand-case
- Dezactivarea, schimbarea ori adăugarea datelor:
- Virusii, Viermii și Troienii
- Botnets

A. Second life ("A doua viață") și Habbo Hotel (Hotelul personajelor "Habbo") – lumi virtuale paralele care obligă la regândirea fundamentelor dreptului penal.

Second life². Percepția generală este că Second Life (SL) ar fi un joc pe Internet. Nu este însă un joc organizat, cu reguli impuse și unde să fie urmărit un anumit scop.

Pe situl web oficial³, Second Life este descris ca fiind „o lume virtuală imaginată și creată de rezidenții ei”. Într-adevăr, Second Life este o lume diversificată, în care poți întâlni oameni din toate colțurile lumii reale. Este o rețea de tip social, care face parte din fenomenul din Internet numit Web 2.0. Este o lume, o societate virtuală.

Lumea virtuală a Second Life-ului are peste șase ani, fiind creată de compania americană Linden Lab. Aceștia pun la dispoziție pentru accesare aplicația cu același nume, Second Life, care se poate descărca din Internet de pe situl oficial în mod gratuit. Prima și cea mai importantă condiție de participare pusă de Linden Lab (LL) este cea a vârstei, care trebuie să fie de cel puțin 18 ani împliniți, având în vedere conținuturi mature. Pentru persoanele sub 18 ani, compania a creat versiunea Teen Second Life.

În august 2007 s-a introdus serviciul "SLvoice" și posibilitatea de a-i auzi pe ceilalți. 2007 a fost anul de revoluție al Second Life-ului. Atunci a atins un maxim de creștere în popularitate, odată cu introducerea serviciilor "voice" și "sculpted prims", care au extins nelimitat posibilitățile de creație.

Încă din anul 2009 se vorbește despre Second Life ca despre viitorul Internetului, ca despre "web 3.0" (prin raportare la Web 2.0). Au apărut deja primele browsere 3D (a se vedea ExitReality), deși încă în variante beta, care au avut ca inspirație Second Life, lumea virtuală care recrează lumea reală.

Second Life are o economie proprie și chiar și monedă proprie – linden dollar (L\$), care la rândul ei are valoare în viața reală – 1 USD înseamnă aproximativ 250 L\$. Se pot converti bani reali în bani virtuali sau invers, linden dolari în bani reali. Aceasta deoarece în SL tranzacțiile sunt la fel de rapide și numeroase ca și în lumea reală⁴.

² http://ro.wikipedia.org/wiki/Second_Life

³ <http://secondlife.com/?v=1.1>

⁴ BCR, prima bancă românească în Second Life BCR și-a anunțat intrarea în Second Life, fiind prima instituție bancară din România cu un sediu virtual pe această platformă. Plasată în centrul Pieței Revoluției din Bucureștiul Virtual, sucursala BCR beneficiază de un trafic zilnic de peste 250 de utilizatori unici în interiorul sucursalei și de expunere în fața a peste 800 rezidenți care socializează în orașul virtual. Programul de educație financiară, „Școala de bani”, care va continua și în 2010, va avea un corespondent 3D în lumea virtuală. Astfel, în Bucureștiul Virtual există deja amenajată o aulă universitară în care se vor desfășura lecțiile iar elevii școlii vor participa la concursuri sub formă de extemporale, în urma cărora vor putea câștiga premii. Clădirea BCR din Second Life a fost realizată exact după modelul sucursalelor din realitate, iar, în interior, utilizatorii pot interacționa cu diverse aplicații automatizate, pot afla mai multe informații despre promoțiile în curs (pachetul BCR Student și BCR Pensii în acest moment), se pot înscrie în grupul „Școlii de bani” iar, în curând, vor avea posibilitatea de a cumpara dolari Linden prin intermediul ATM-urilor. Este în discuție și posibilitatea de a oferi joburi în spațiul virtual pentru absolvenții „Școlii de bani”. În plus, BCR va beneficia de branding în orașul virtual pe tot parcursul anului 2010 și va fi organizatorul a câtorva evenimente și concursuri în Piața Revoluției din Bucureștiul Virtual. Versiunea 3D a Capitalei este creată de agenția de advertising digital Chase Corp. care și-a propus să o recreeze în cadrul rețelei de socializare online Second Life. Chase Corp. a cumpărat de la Linden Lab, compania care deține această rețea, o insulă virtuală ce are aproape 65.000 de metri pătrați reali.

Există persoane care s-au îmbogățit din Second Life, cel mai mediatizat exemplu fiind cel al avatarului Anshe Chung, care a dezvoltat o afacere cu terenuri în lumea virtuală, ajungând primul milionar al acestei lumi virtuale.

Afacerile înseamnă, pe lângă imobiliare, în principal creativitate. Se cumpără mult, în special pantofi, haine, accesorii pentru avatare. Toate acestea sunt create de persoane talentate, care devin autorități în materie, la fel cum se întâmplă în lumea reală.

Ca și în viața reală, pentru a ajunge la performanțe în Second Life trebuie multă muncă, multă dedicare și, bineînțeles, o strategie de marketing bună. Avatarele care fac bani reali în lumea virtuală, lucrează la fel de mult (poate chiar mai mult) decât o persoană din Real Life (lumea reală).

Personajul definitoriu al acestei lumi este avatarul, pe care îl regăsim și în alte lumi virtuale sub diverse denumiri ("habbo" în habbo Hotel). **Avatar** este un termen hindus pentru manifestarea sau apariția unei zeități. În computing acesta înseamnă reprezentarea grafică a utilizatorului.

Second Life a deschis o lume nouă infractorilor informatici, furtul de identitate și fraudele fiind deja infracțiuni specifice.

Viol virtual pedepsit în lumea reală? Citând un articol din ziarul Cotidianul, pe marginea urmărilor unui viol virtual: „Violul virtual este la fel de traumatizant ca și cel real, cel puțin la nivel emoțional”. Aceasta este concluzia specialiștilor care au devenit brusc interesați de aceasta problemă după ce, doua cotidiane belgiene au scris despre investigația poliției din Bruxelles asupra unui caz de viol în jocul virtual Second Life. Curtea din Bruxelles colaborează la acest caz cu departamentul de Computer Crime al Poliției de Stat belgiene, după ce avatarul unui utilizator belgian a fost violat cu brutalitate. Dezbaterile asupra cadrului juridic în care se plasează o astfel de infracțiune (dacă este o infracțiune) sunt încă deschise. Este clar că formele de activitate on-line forțată, fie că vorbim despre text, video, replici ostile sau prea prietenoase, sunt numeroase.

Specialiștii spun că o astfel de experiență este, într-adevăr, traumatizantă și lasă urme. Îți pierzi încrederea în tine, în siguranța pe care ți-o poate oferi propria camera, spațiul despre care credeai că este perfect sigur, încrederea în rețea, în platforma, în comunitatea virtuală și chiar în sex.

Acest univers virtual și-a dobândit însă și o faimă de "motiv temeinic de divorț", idilele din lumea cibernetică fiind invocate tot mai des de parteneri în procesele pentru desfacerea căsătoriilor⁵.

Second Life începe să semene din ce în ce mai tare cu "viața reală", din toate punctele de vedere: economic, social, politic și cultural. După scandalul în care un avatar a fost chemat în judecată, suntem obligați să ne punem probleme legate de statutul juridic al identităților virtuale, de acceptarea avatarurilor ca subiecte de drept, de necesitatea unui sistem juridic „virtual”, de procedura penală care implică urmărirea, judecarea și pedepsirea unui avatar și alte probleme legate de sistemul de implementare a deciziilor judecătorești în aceste spețe⁶.

Jocul online Second Life permite utilizatorilor să creeze personaje și să trăiască vieți paralele, într-un univers virtual, să aibă slujbe, relații și chiar copii. Dar se pare că viața virtuală intervine uneori în viața reală, limita dintre cele două lumi fiind din ce în ce mai des pusă sub semnul întrebării.

⁵ **Amor virtual cu final la tribunal.** O britanică a decis să se despartă de soțul său, care o „înșela” în jocul Second Life. Britanica Amy Pollard, 28 de ani, a intentat divorț pe motiv ca și-a prins soțul făcând sex cu o altă femeie, pe care acesta nici măcar nu o cunoștea fizic, în lumea virtuală Second Life (A Doua Viață), scrie „The Times”. Tânăra pretinde că al său consort, David Pollard, 40 de ani, ar fi comis „adulter” și că s-ar afla la a doua „abatere” de acest gen. Prima oară, în februarie anul trecut, ea l-a surprins pe David făcând sex cu o pretinsă damă de companie, la fel de virtuală, situație care a determinat-o să angajeze un detectiv din Second Life pentru a determina gravitatea situației; sursa Evenimentul Zilei.

⁶ Sursa: Cotidianul

Amy Pollard a descoperit că avatarul soțului său întreținea relații sexuale cu un personaj din joc și a cerut divorțul pe bază de comportament neacceptabil. Amy a angajat chiar și un detectiv particular, în cadrul jocului, pentru a-și confirma suspiciunile de adulter virtual, relatează telegraph.co.uk.

Divorțul dintre Amy, 28 de ani, și David Pollard, 40 de ani, a fost pronunțat. Judecătorul nu a fost însă de loc mirat, acesta relatând că este al doilea divorț cauzat de Second Life pe care l-a avut în decurs de câteva zile. Cei doi au fost căsătoriți timp de trei ani și s-au cunoscut în pielea personajelor Dave Barmy și Laura Skye, tot pe Second Life. Însă despărțirea se pare că nu i-a afectat atât de mult. Bărbatul este acum logodit cu femeia alături de care avea aventura virtuală, iar Amy a cunoscut deja pe altcineva jucându-se World Of Warcraft.

Jocul Second Life are mai mult de 10 milioane de utilizatori în toată lumea.

Muncitorul în construcții Giuseppe Castro, 35 de ani, din Catania, sudul Italiei, s-a înfuriat când a găsit-o pe soția lui, Maria Pia Ascuto, 41 de ani, flirtând pe internet cu iubitul ei din Second Life.

FuriOS, bărbatul a înjunghiat-o cu un cuțit de bucătărie iar apoi a decapitat-o, în fața copilului lor, de 15 ani, și a soacrei. Apoi a sunat la poliție și și-a recunoscut crima. "M-am săturat de ea. Tot timpul flirta cu alți bărbați". Polițiștii italieni au confiscat computerul familiei și continuă investigațiile.

Cazinourile din Second Life au fost închise și toate jocurile de noroc au fost interzise, a transmis Linden Lab, editorul universului virtual Second Life, citat de ziarul francez "Le Monde".

Interdicția jocurilor de pe urma cărora se câștigau Linden dolari vine ca urmare a respectării legii americane care interzice jocurile de noroc online, chiar dacă, remarcă "Le Monde", milioane de utilizatori/ rezidenți din Second Life nu sunt cetățeni ai SUA.

Suedia a devenit prima țară care și-a deschis ambasada în Second Life, lumea virtuală creată de Linden Lab, cu sediul în San Francisco. "Ambasada" nu oferă servicii consulare, ci doar furnizează informații și promovează cultura suedeză printre utilizatorii logați pe Second Life.

Și enumerarea ar putea continua...

Habbo hotel⁷. Hotelul Habbo (ideea originală venită din Finlanda) este un hotel virtual de 5 stele unde utilizatorul începe prin a-și crea un "eu" virtual (așa numitul "Habbo"). Apoi acesta va întâlni, se va juca și va interacționa cu alți Habbo. Grafica este isometrică și 3D și multe alte lucruri îl fac să fie un joc atractiv. Înregistrarea este gratuită dar unele activități nu.

Habbo este un site de socializare destinat adolescenților⁸, fiind deținut și operat de Sulake Corporation. Serviciul a început în 2000 și s-a extins pentru a include 32 de comunități online (sau "Hoteluri"). Din iunie 2008 au fost înregistrate peste 118 milioane avatare, existând o medie de 8 milioane de vizitatori unici lunar, 75.000 avatare fiind create în fiecare zi. Avatarul 100 milioane a fost creat în iunie 2008 de Habbo Marea Britanie.

Camere chat. Există două tipuri de camere de chat în cadrul hotelului virtuale. Interfața ambelor camere de chat rămâne aceeași, cu toate acestea, portretizările camerelor diferă.

- Camerele publice sunt camere care sunt disponibile tuturor membrilor. Adesea descriu scene, cum ar fi restaurante, cinematografe, cluburi de dans. Cele mai multe camere publice conțin roboți care difuzează mesaje preînregistrate și pot oferi membrilor băuturi și produse alimentare. Camere publice sunt proiectate de către Sulake și nu sunt personalizabile de către utilizatori. Există două tipuri de camere publice: pentru ecran lat și mărime normală.

- Guest Rooms sunt camere pe care utilizatorii le pot personaliza, atât în putând fi decorate cu mobilier virtual, imagini de fundal și diverse modele de podea, "bunurile" putând fi achiziționate cu credite. Utilizatorii pot alege, de asemenea, dintr-o gamă largă de c template-uri

⁷ <http://en.wikipedia.org/wiki/Habbo>

⁸ <http://www.habbo.com/>

care determina forma camerei. Guest rooms pot fi create de către orice membru, acestea putând fi închise pentru a permite accesul numai pentru utilizatorii specifici sau titularul de parolă.

Valuta. Există 2 tipuri de valută pe Habbo. *Monede credite*, care sunt folosite pentru a cumpăra mobilă din catalog și *pixeli* (monedă gratuită, de care utilizatorul primind 10 astfel de monede la fiecare 15 minute), folosite pentru a cumpăra efecte și "Hello Furni" (mobila virtuală primită la înregistrare).

Curs de schimb. Cursul de schimb este în valuta Habbo, banii reali putând fi convertiți în bani Habbo. Utilizatorul trebuie să plătească prima Habbo pentru a primi de monede sau credite de schimb. Cursul de schimb este folosit în principal pentru a cumpăra HC (Habbo Club), care oferă utilizatorului celelalte funcții, cum ar fi Noi Culori, Haine Noi, Nouă Înfațișare, etc. Exemplificând:

- monedă de bronz = 1 monedă Habbo
- monedă de argint = 5 monede Habbo
- monedă de aur = 10 monede Habbo
- sac = 20 monede Habbo
- lingou = 50 monede Habbo

Pentru China, aceste valori au fost înmulțite cu 10.

Credite. Creditele (denumite anterior monede) pot fi achiziționate folosind o varietate de servicii diferite, cum ar fi cardul de credit, un serviciu de telefonie, o carte de Ukash și prin SMS.

Creditele sunt stocate în contul utilizatorului, accesibile în orice cameră publică sau privată, cât timp ești autentificat pe site-ul web. Ele pot fi răscumpărate prin vânzarea mobilierului virtual către alți utilizatori.

Pixelii. Pixelii au fost introduși în noiembrie 2008. Spre deosebire de credite, aceștia nu sunt cumpărați cu bani reali, și nu pot fi comercializați în orice formă. Aceștia sunt acordați când utilizatorii îndeplinesc anumite condiții (cum ar fi logarea, caracterul prietenos, etc.) Ele pot fi folosite pentru achiziționarea de avatare, închirierea de mobilier virtual ș.a

De cele mai multe ori, infractorii falsifică website-uri de jocuri online pentru a intra în posesia informațiilor de utilizator⁹. De data aceasta, aceștia direcționează atacuri de tip phishing către comunitatea virtuală „Habbo Hotel”. Experții firmei G Data Security arată că au detectat deja website-uri contrafăcute în franceză, olandeză, spaniolă și engleză. Autorii sunt interesați mai ales de aflarea detaliilor de cont a tinerilor jucători și a detaliilor cărților de credit ale părinților lor.

Una dintre cele mai mari comunități de jocuri non-violente este afectată de un val de atacuri de phishing. Site-urile contrafăcute cer utilizatorilor să introducă numele și parola. Practic este imposibil pentru copii și chiar și pentru adulți să facă diferența între site-urile adevărate și cele contrafăcute.

În Germania a fost pus în circulație un spam destul de viclean, unul prin care copii sunt ușor de atras. În mod general, monedele Habbo pot fi cumpărate de la operatori adevărați prin intermediul unei linii telefonice premium. Taxa este de 3,30 € pe apel pentru 18 monede Habbo. Este nevoie de o identitate Habbo pentru legitimare. Această identitate este creată pentru fiecare utilizator în parte și ca o consecință, este unică. Hoții online folosesc această modalitate de plată într-un mod fraudulos. Înșelătoria include crearea unui simplu blog de către hoți, care pot apoi să ispitească jucători Habbo cu ceea ce par a fi monede gratuite. Autorul blog-ului pretinde că identitatea sa Habbo este un cod de administrator. Codul de administrator pare să facă apelul, astfel încât monedele Habbo să fie gratuite. Cu toate acestea, prin prezentarea codului de administrator, monedele Habbo care au fost achiziționate, sunt creditate pe contul hoțului și nu pe cel al adevăratului cumpărător.

Furtul informațiilor de cont reprezintă un adevărat pericol - dacă un utilizator deja înregistrat își introduce informațiile pe un site de phishing, hoții de identitate se pot conecta la joc și pot să

⁹ Sursa: *G Data*, <http://www.gdata.de/>

participe la joc sub numele unui jucător adevărat. Mai mult decât atât, hoțul de cont poate cheltui monedele victimei disponibile pe Habbo. Faptașii încearcă, de asemenea, în diferite moduri să vândă acești bani virtuali pe bani adevărați. De exemplu, o vânzare are loc pe o platformă de licitație gen eBay - schimbul banilor virtuali are loc în joc.

Un alt risc este reprezentat de phishing-ul asupra băncii: pe pagina de start oficială a furnizorului de joc, utilizatorii pot procura monede virtuale Habbo. Plata prin cărți de credit este una dintre modalitățile de plată. Hoții virtuali atrag de asemenea utilizatori care oferă spre vânzare monede sau credite Habbo. Dacă utilizatorul își introduce informațiile cărții de credit pe site-ul de phishing, atunci hoții pot face ei înșiși achiziții cu aceste informații sau pot vinde informațiile cărții de credit pe website-uri din lumea interlopă.

G Data recomandă ca toți părinții să viziteze site-urile pentru o anumită vârstă, împreună cu copiii. Părinții ar trebui să supravegheze activitatea pe internet a copiilor lor. În general : utilizatorii ar trebui să examineze cu atenție URL-ul din browser înainte de a-și introduce numele de utilizator și parola.

Habbo hotel poate fi asociat cu primul caz de furt din lumea virtuală. Astfel la data de 14.11.2007, un adolescent de 17 ani din Olanda a fost arestat pentru furt de mobila virtuala din Habbo Hotel.

Poliția olandeza a identificat o rețea de adolescenți care furau mobila. Dar nu orice fel de mobila, ci una care exista doar online, în Habbo Hotel. Adolescenții au reușit să înșele mai mulți utilizatori prin crearea de site-uri Habbo false, unde atrageau membri ai comunitatii și le furau numele de utilizator și parola. Ei au furat în total bunuri digitale în valoare de aproximativ 4000 €.

Din păcate pentru ei, mobila respectivă nu prea are unde să dispară. Adolescenții au fost prinși deoarece aceasta era mutată ... în propriile camere din Habbo.

În decembrie 2004, un bărbat de 36 de ani, a fost întemnițat după utilizarea Habbo pentru a convinge o utilizatoare de 13 ani să-l viziteze¹⁰.

B. Drogurile virtuale¹¹

Marijuana, cocaina, opiumul, peyote, trip, nitrous, rave sau absintul, toate aceste droguri de risc au de câțva timp corespondenți pe internet.

Cyber-drogurile, o înșiruire de sunete puternice, au invadat lumea internaților . Prețul unei doze ajunge la 130 de euro, din ce în ce mai mulți tineri recunoscând că le folosesc. Prezentate sub forma unor înșiruirii de sunete de diverse frecvențe, narcoticele audio ar produce aceleași senzații ca și cele livrate de dealeri la colț de stradă, potrivit unora dintre cei care le-au încercat.

Până în prezent, autoritățile judiciare nu s-au pronunțat asupra legalității acestui mod de distribuție și nici a utilizării drogurilor virtuale.

Narcotice de tras cu urechea. Site-ul care pune la dispoziție „doze” auditive se numește I-Doser, iar prețurile „pachetelor” de câte patru doze diferite sunt între 13 și 16 euro.

Dar există droguri virtuale al căror efect intens este deja verificat și recunoscut, prețul lor fiind și de peste 130 euro/i-doza. „Poarta lui Hades” și „Mâna lui Dumnezeu” se numără printre cele mai scumpe. Același site asigură și programul cu ajutorul căruia pot fi rulate narcoticele virtuale.

Dozele destinate „relaxării” au o durată între 5 și 50 de minute, fiecare. Pentru început, site-ul pune la dispoziție doze gratis. Pe măsură ce internații se conving de eficacitatea drogurilor „demo”, ei pot cumpăra „la pachet” variantele preferate, cu dimensiuni mai mari.

Efectele par destul de mulțumitoare, dat fiind faptul că, în mai puțin de patru ani, administratorii site-ului se pot lăuda cu peste un milion de descărcări de „doze”. Potențialul de

¹⁰ Sursa: Tech Crunch, BBC News

¹¹ <http://www.satumareonline.ro/cp/43/2140/%E2%80%9EM%C3%A2na-lui-Dumnezeu%E2%80%9D,-drogul-care-vine-prin-c%C4%83%C5%9Fti>

răspândire al I-Doser este enorm, dat fiind mediul de propagare. Deja și alte site-uri care furnizează i-doze au fost accesate de peste cinci milioane de ori, până în prezent. În plus, i-dozele pot fi reutilizate de câte ori își dorește cumpărătorul¹².

Undele de 3 până la 30 de hertzi - infrasunetele, altfel spus - sunt frecvențele pe care lucrează creierul uman. „Ele pot da naștere la tot tipul de reacții și solicită intens activitatea cerebrală. De exemplu, undele alfa, cu frecvențe între 7 și 13 hertzi, au un efect relaxant. Dar altele au exact efectul opus, adică euforic sau excitant. E suficient să introduceți aceste infrasunete, pe care urechea umană nu le percepe, într-o bucată muzicală și reacțiile nu întârzie să apară.”

Existența acestora nu e străină forțelor de poliție, care le utilizează în discotecă pentru a calma tinerii. „Folosirea lor a fost demonstrată, de-a lungul timpului, și în domeniul militar”, preciza Umberto Rapetto, specialist în cadrul Gărzii de Finanțe din Italia.

Mai ales în ultima perioadă, au apărut pe diferite site-uri românești referințe către site-urile în legătură cu droguri virtuale. „Unitatea noastră a inițiat verificări cu privire la conținutul și legalitatea lor, cu sprijinul autorităților competente din SUA - unde e găzduit site-ul”, precizează Direcția pentru Combaterea Criminalității Informatice din cadrul IGPR.

Ideea ca o simplă înlănțuire de sunete, fie ele și de frecvențe invazive, să poată avea aceleași efecte ca și un drog administrat pe cale fizică este de neconceput pentru medicii de specialitate.

„Este pur și simplu de necrezut ca niște sunete să poată substitui reacțiile chimice generate în organism de administrarea de narcotice! Da, sunt de acord că există o terapie prin muzică. Dar în nici un caz asemenea efecte nu pot avea loc, chiar și în condițiile în care există o autosugestie puternică. Potrivit prof. univ. dr. Florin Tudose, medic psihiatru și șeful secției Psihiatrie a Spitalului Universitar București, ”efectul placebo, indiferent de intensitate, nu va putea produce reacțiile provocate de drogurile reale”.

Concluzii. Revenind dintr-o perspectivă juridică asupra acestor provocări ale domeniului, trebuie să constatăm că unele aspecte impun noi abordări ale fundamentelor clasice din dreptul penal, dar și reconsiderarea unor principii sau proceduri din dreptul procesual penal.

Furtul virtual nu are un corespondent eficace în încriminarea legală națională. Este practic o situație similară furtului de semnal TV, asupra căruia disputele nu au încetat decât prin intervenția legiuitorului, prin recunoașterea potențialului criminal al acestui gen de fapte și a pericolului social generic reprezentat.

În cazul furtului virtual ar însemna să acceptăm în mod practic că obiectul imaterial, dar cu materialitate virtuală are asociată o valoare economică, raționamentul juridic fiind similar celui atribuit de legiuitor în cazul furtului de energie, încriminat prin dispozițiile art.208 alin.2 din Codul penal.

Implicit, raportându-ne la dispozițiile penale existente ar trebui să conferim obiectelor virtuale natura unei energii. În opinia noastră această interpretare nu este în măsură să complinească o lipsă reală a încriminării legale. Aici în contextul nevoii de reglementare, textul legal în vigoare ar trebui modificat prin includerea pe viitor a unui alineat care să prevadă și să sancționeze adecvat acest gen de furt, lucru aparent destul de dificil de realizat, în condițiile în care

¹² **Efecte reale sau simple impresii.** Marcel este unul dintre tineri români care au încercat efectele I-Doser. La cei 26 de ani, se poate lăuda că poate face o comparație cu „prafurile” reale. ”Am încercat Trip... Pot spune că doza virtuală se apropie foarte mult de efectele ciupercuțelor magice. Doar că durează mai puțin! N-am încercat să repet audiația, pentru că aveam capu’ varză, totuși! Ceva amețeli și oarecare tulburări de privire. Poate și din cauză că am ascultat în căști pe întuneric, la volum destul de mare”, recunoaște el. După propriile spuse și după cearcăne, Marcel pare credibil atunci când afirmă că are suficiente „date” pentru a face comparație între drogurile reale și cele virtuale. Mai puțin extaziat este însă D.O. În ultimul an la un liceu „de firmă”, a accesat și el I-Doser, pentru că așa a auzit la colegi. „Mi-a fost frică de denumirile dure precum marijuana, cocaina, Mâna lui Dumnezeu sau Nitrous. Am ales Alcohol. Și după zece minute de ascultare, eram la fel de amețit ca după o juma de sticlă de whisky”, povestește liceanul. El spune însă că mulți dintre colegii săi nu au simțit nici un efect.

În aceeași notă de dubiu, pe toate forumurile pe care se dezbate subiectul I-Doser există atât opinii deosebit de favorabile în ceea ce privește efectele cyber-drogurilor, dar și afirmații care desființează calitățile acestor narcotice virtuale. Sursa: ziarul *Evenimentul Zilei*, 03 mai 2009

definițiile acțiunilor din latura obiectivă a infracțiunii clasice vorbesc despre ”luare”, ”detenție”, ”posesie”, ”însușire” atribute ale unor acțiuni materiale în deplin acord cu natura pur materială a unui ”bun”sau ”lucru”.

În spațiul virtual, corespondența atributelor nu este însă exclusă atâta vreme cât juridic și legal este acceptată materialitatea bunului în această lume la fel de reală senzorial ca aceea în care ne ducem existența fizică acceptată biologic.

Într-o formulare viitoare la încriminarea furtului virtual ar trebui arătat că bunul din lumea virtuală cu valoare economică asociată sau proprie este asimilat bunurilor materiale supunându-se încriminării în aceleași condiții sau în condiții speciale raportat pe de o parte la ușurința comiterii faptei și a camuflării identității autorului, dar pe de altă parte și la posibilitățile oarecum limitate în prezent de valorificare ale bunurilor virtuale.

Sub acest aspect, trebuie observat că faptul împosează se limitează și în acest spațiu la mutarea bunului într-un alt loc și împiedicarea utilizatorului legal să dispună de acesta. Teoretic urmărirea și găsirea bunului nu ar trebui să pună probleme, urmele fiind destul de facil de identificat.

Mai complexă este situația în care bunul este valorificat, infractorii însușindu-și sumele de bani virtuali și corelativ reali, ulterior făcându-se nevăzuți prin abandonarea echipamentelor și renunțarea la identitățile false preluate.

Ne putem întreba care ar fi limitele încriminărilor referitoare la spațiul virtual în acord cu dinamica evoluției tehnologice, putându-ne imagina cu ușurință acțiuni mergând până la lipsirea de libertate a unui avatar, neputându-ne imagina, așa cum se întrebau mai mulți intrenauți, un omor în spațiul virtual, avatarul fiind o creație deocamdată informatică și pur imaterială, reconstrucția acestuia fiind la fel de posibilă ca ”existența”sa perpetuă .

Lipsirea de libertate, de altfel, a fost semnalată de utilizatorii din spațiul Habbo Hotel, care semnalau împiedicarea mișcării unui habbo prin blocarea accesului către un spațiu virtual destinat divertismentului de către alți habbo, de exemplu accesul la o piscină virtuală.

La nivel universal, starea actuală se traduce prin încriminarea acestui gen de fapte cu ajutorul reglementărilor clasice, interpretate cu reconsiderarea înțelesului noțiunilor sau instituțiilor de drept penal clasice.

Fraudele se vor regăsi în schimb într-o paletă extinsă, o varietate de infracțiuni informatice mijloc facilitându-le comiterea.

Referindu-ne succint și la fenomenul așa numitelor ”droguri virtuale”, în opinia noastră acesta se află într-o fază incipientă, nefiind suficient studiat, manifestările dar mai ales consecințele nefaste asupra comportamentului uman fiind mai degrabă simple speculații. Oricum, dacă evoluția sa ar fi una dinamică, iar cercetările ar releva consecințele nefaste pentru sănătatea și comportamentul oamenilor, nu există o reglementare legală potrivită care să încrimineze acest gen de fapte, cel puțin legea română neacoperind această categorie de ”excitante” neuropsihice fără nici o legătură cu substanțele chimice prohibite la utilizare.

Referinte bibliografice

[1] Matthew Sherwood, USSS, Ambasada SUA București, *Investigarea internațională a grupurilor criminale specializate în fraude informatice, fraude cu cărți de credit și spălare de bani*, C-Crime Training, Tribunalul Gorj, Tg.Jiu, 2009

[2] Tiberius Rusu, e Bay, Principal Investigator: *eBay și PayPal: Cooperarea cu instituțiile de apărare a legii*, C-Crime Training, Tribunalul Gorj, Tg.Jiu 2009

[3] John van Krieken, public prosecutor, Ressortsparket Den Haag, The Netherlands: *Concrete use of evidence related to cybercrime in courts – case studies (prosecutor and/or judge)*, Conferința Taix 8-9 octombrie 2009, București, Fight against cybercrime, organizatori: European Commission Directorate-General Enlargemen in co-operation with the Academy of European Law (ERA)

[4] Prof. Anne Flanagan, Institute of Computer and Communication Law Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary University of London, United Kingdom: *Perspectives for an effective European-wide fight against cybercrime*, Conferința Taiex 8-9 octombrie 2009, București, Fight against cybercrime, organizatori: European Commission Directorate-General Enlargemen in co-operation with the Academy of European Law (ERA)

[5] Dr. Marco Gercke Lecturer for Criminal Law University of Cologne, Germany: *New trends in organised crime – the challenge of cybercrime*, Conferința Taiex 8-9 octombrie 2009, București, Fight against cybercrime, organizatori: European Commission Directorate-General Enlargemen in co-operation with the Academy of European Law (ERA)

[6] Prof. Henrik Kaspersen President Computer/Law Institute Amsterdam, the Netherlands: *Internet fundamentals and data networking*, Conferința Taiex 8-9 octombrie 2009, București, Fight against cybercrime, organizatori: European Commission Directorate-General Enlargemen in co-operation with the Academy of European Law (ERA)

[7] M.Dobrinioiu, *Infrațiuni în domeniul informatic*, Ed.C.H.Beck, București, 2006

[8] M.A.Hotca, M. Dobrinioiu, *Infrațiuni prevăzute în legi speciale. Comentarii și explicații*, Ed. C.H.Beck, București, 2008

[9] M.A.Hotca, M.Dobrinioiu, *Elemente de drept penal al afacerilor*, Ed.C.H. Beck, București, 2009

ALTERNATIVES TO ARREST: PROVISIONAL RELEASE ON BAIL AND UNDER JUDICIAL CONTROL. ERRORS OF THE SYSTEM.

CRISTINA CELEA*

Abstract

Study on the practices of the courts in Romania revealed that while on taking preventive measures to arrest and maintain or its revocation, national judges have already outlined a uniform and consistent practice, regarding the principles of law and the applicable procedural rules, in relation to provisional release from detention status, laws which first, on one hand require the maintenance of bases that led to the arrest, but on the other hand require an assessment on whether or not there should be an arrest, have created an uncertain and confusing practice.

Keywords: *provisional release, under judicial control, on bail, legal nature.*

Introduction

By a court order of July 16, 2009, a first instance dismissed the application for provisional release under judicial control, brought by the defendant, as unfounded, considering that within the provisions of paragraph 2 art.1602 C.pr.pen., according to which provisional release under judicial control is not granted if there is data showing that the defendant will try to prevent the finding of the truth by influencing some parties, witnesses or experts, alteration or destruction of evidence or such other acts (End nr.75 from July 16, 2009, issued by the court of Targu Jiu).

Procedural condition of "existence data" was considered accomplished by the judge of the case by considering that in another file of the same court, in which the defendant was prosecuted for the offense of concealment provided by art.221 of Penal Code, the defendant admitted committing the offense, but the committed defender of the accused, lawyer O.I., said before the same court that the defendant is not guilty of the things for which he was prosecuted.

The judge considered that "this disparity between the conclusions of defender and the statement, entitles the court to consider that the accused has various statements, and a possible release from state custody would cause the defendant to avoid the finding of the truth influenced by his defender."

The opinion expressed by the judge in the above decision highlights the confusion about the legal nature of the institution's provisional release, but also insufficient legislative changes of interne legislative provisions governing this institution (referring to art. 160¹ to 160¹⁰ of the Code of Penal Procedure) to the European law to which Romania joined, that is Article 5 of the European Convention on Human Rights and Freedoms and the European contentious court case.

In essence, trying to argument the denial of the national judge in the previous paragraphs, consists of an incorrect assessment of the fact that, in the interest of finding truth in that particular case, you can limit contact between the defendant and his hired lawyer by keeping the accused in preventative custody.

The case judge considers that by the "isolation" of the defendant from his defender it can be avoided a truth hiding for this case.

The opinion expressed by the judge in the above decision highlights a strong legal confusion about the nature of the institution's provisional release, but also the insufficient legislative adaptation of interne legislative provisions which are governing this institution (referring to art.

* Judge, Gorj Court, Ph.D. candidate, Faculty of Law, "Nicolae Titulescu", Bucharest (e-mail celeacristina@yahoo.com).

160¹ to 160¹⁰ of the Code of Penal Procedure) to the European law to which Romania joined, that is Article 5 of the European Convention on Human Rights and Freedoms and the European contentious court case.

Seen in the light of the fundamental right to a fair trial, this court decision is a flagrant violation of the rights of defense and reactivates a limiting contact between the defendant and his lawyer that the Code of Criminal Procedure admitted in the previous legislation of 1990 and partially and for a short time after that year.

Denial of this fundamental right, we think it is the same effect of the insufficient definition of the legal nature of provisional release, while only a well-defined legal institution has a corollary of the principles, rights and obligations as features and they ensure its fair and equitable implementation.

In relation to this legal requirement, this study starts from the observation that the provisions from the Article 160¹ and the following of the Criminal Procedure Code, by reference to all regulations of Chapter I of Title IV of the Criminal Procedure Code, fails to clear the legal nature as a preventive measure of provisional release.

Or, the award of such a legal nature is absolutely necessary for text and doctrinal arguments that we will expose below.

Text arguments. Historical analysis of laws on provisional release in the Romanian legislation may provide an explanation of the legal and doctrinal ambiguity in this matter, since even if provisional release was recognized even before the Code of Criminal Procedure of 1936 (the institution was thoroughly and in a modern way regulated by the law on provisional release of March 15, 1902, which was a legislative act taken from the French model from 1865), the Romanian Criminal Procedure Code adopted by Law nr.15/1968 this institution was abolished, so that by the publication in the Official Gazette of Romania, nr. 128 of 17 November 1990 of the Law No. 32 of November 16, 1990 to amend and supplement some provisions of the Criminal Procedure Code – that is 20 years later - provisional release under judicial control and on bail was absent from the legislation and criminal practice.

When compiling the present study, the institution of provisional release is amended and modified step by step through the Law nr.281 of 24.06.2003 for amending and supplementing the Criminal Procedure Code and some special laws published in the Official Gazette of Romania from July 1, 2003, by Law nr.356 of 21 July 2006 in order to amend and supplement certain provisions of the Criminal Procedure Code and to amend other laws published in the Official Gazette of Romania nr.677 from 07.08.2006 and by Government Emergency Ordinance nr.60 dated 6 September 2006 to amend and supplement some provisions of the Criminal Procedure Code, as well as to amend other laws published in the Official Gazette of Romania no.764 of 07/09/2006.

All these acts have left out the provisions of art.136 paragraph 1 of the Criminal Procedure Code - the institution of provisional release.

In addition, when the Criminal Procedure Code was amended by Law nr.169 of 10 April 2002, meaning that provisional release on bail could only be applied to intentional criminal acts, for which the law provides imprisonment for more than 12 years, the Criminal Code was amended by Law nr.140/1996, so few crimes were punishable by a maximum imprisonment of 7 years. Following this legal mismatch, for a period, although established by law, provisional release was falling into disuse.

The new Criminal Procedure Code, which is not adopted yet, in Article 201 paragraph 4, includes judicial review and judicial control on bail through the preventive measures.

Arguments of law. Although not expressly stated in the legal nature of preventive measures, the law of the High Court of Cassation and Justice concerning provisional release is firm and

consistent in saying that the provisional release implies, by definition, the maintenance of the bases of the arrest along with the assessment of a judge in the sense that the extension of custody status is not required, the release becoming a possible subject under certain conditions. (The High Court of Cassation and Justice, the Criminal Division, decision nr.316 of January 19, 2007).

So, indirectly, it is acknowledged that, even if there is a subsistence of the bases arrest, that is a preventive measure contemplated in paragraph 1 art.136 of the Criminal Procedure Code, there can not be denied the legal nature of preventive measures of a provisory release under legal control and on bail from a state of preventive detention.

Doctrinal arguments. Major doctrinal guidelines are of two kinds - one of them pleads for the qualification of the "judicial control" as a preventive measure, and the second to consider it as a procedural measure only in relationship with the preventive measures.

The confusing measure that the lawmaker himself attributed to the examined institution by way of regulation, there are views that consider that provisional release is a way to stop the preventive arrest (Costel Niculeanu "Granted provisional release on bail given outside the conditions permitted by the law. Final closing session. Consequences. The proposal of "Ferenda Law ", in the "Law " magazine, nr.5-6/1993, p.115) or that provisional release is a cause for suspension of the preventive arrest based on a lack of an application period (Firu Marga, "The legal nature of provisional release under judicial control or on bail", in the "Law" magazine nr.4/1996, p.81-84).

The main argument that provisional release is closely related to personal liberty and is included in the same chapter with preventive measures, the professor Ion Neagu is the leading exponent of the current judicial doctrine, and he considers legal control as being a preventive measure. Provisional release is for the quoted author (Ion Neagu, "Criminal Procedure Law. Treaty", Global Lex Publishing House, Bucharest, 2002, p.398-399), a tool to individualize preventive arrest as well as another preventive measure, with a certain specific, being non-custodial.

Correspondingly, in other allegations (Vasile Păvăleanu, "Criminal Procedure Law. The General part.", Ed Lumina Lex, Bucharest, 2001, p.431, Dan Constantin Tudorache "Provisional release under judicial control and provisional release on bail", the Magazine "Law" , No.5-6, 1993, p.86), legal nature of preventive measures is substantiated by the fact that it concerns the state of personal liberty in a criminal process and it is covered in the chapter of preventive measures.

To support the same view we have identified an interesting argument (Anca - Lelia Lorincz in the "Journal of Criminal Law, nr.2/2003, pg.78-80), based on the analysis of purpose of judicial review, claiming that it is the same goal of preventive measures contained in art.136 of the Criminal Procedure Code, namely to ensure a smooth functioning of the criminal process and to prevent the theft of the offender from prosecution, trial or execution of the sentence.

Also the author cited above goes further and believes that a future regulatory should allow provisional release can be taken and if not taken the preventive custody, holding that it is not normal for a less severe preventive measure can not be taken directly, without first being taken the measure of preventive custody.

The main contrary view (Nicholae Volonciu, "Handbook of Criminal Procedure", Paideia Publishing House, Bucharest, 1994, p.428) argues that provisional release is the nature of a procedural steps in connection with personal liberty, but which does not have the legal nature of a preventive measure and this character results of the traditional name of the institution, because the term "release" means to release, but also from the fact that provisional release is not found among the preventive measures listed in Article 136 of the Criminal Procedure Code.

Personally, we agree with the former views and arguments set out in its support and we bring as an additional argument also that which results of interpretation of art.136, within the meaning of the statutory provision that refers to preventive measures that can be "taken" from the office by the

criminal investigation institutions, while the extent provisional release may not be "taken", but it is available to request of the arrested person, so that not including provisional release (with its two forms) in paragraph 1 of article 136 does not mean what the supporters of the contrary opinion say.

We appreciate the context of the present study, it would be appropriate to express the view in that the institution of provisory freedom could be subject to the official institutions regarding the making and modifying the content of the measure, which characterizes the revocation of this measure by the official institutions.

Basically this view and has arguments in the European law, as the result of Tomasi Case against France (CEDO Decision of 27 August 1992), which shows that the judiciary investigation did not attempt to counter the risk that the offender could escape from inquiry, asking him to make a deposit and place himself under judicial control.

Also, Neumeister Case against Austria (CEDO Decision of 27 June 1968, in Vincent Berger, "CEDO jurisprudence", Romanian Institute for Human Rights Publishing House, Bucharest, 5th edition, p.119-122), the European court determined that provisional release should be taken when the continued detention is no longer necessary, that is when, following a lengthy provisional detention and of penalty to be applied, the risk to escape decreases in proportion to the time spent in detention.

Court emphasized that this judicial control measure is taken according to the character and morality of the petitioner, occupation, family connections, therefore of his person, criterion which is recognized by the provisions of art.136 last paragraph of the Criminal Procedure Code.

Guarantees from correct determined legal nature. Judging the request for provisional release with celerity. Guaranteeing personal liberty is the fundamental principle that has been developed to achieve the entire building of the institution of provisional release from custody status.

Also, guaranteeing the right to a fair trial in terms of ensuring segregation of duties in the criminal court is certain in relation to the provisions art.160⁶ paragraph 4, C.pr.pen. which establishes in the functional exclusive competence of legal courts, the right to resolve the request for provisional release.

Although it is not a fundamental principle, making public the court hearing in criminal proceedings is a safeguard of the principles of truth and of the involved institutions. Text Art. 160^{8a}. uses the term "settlement" of the application for provisional release. Therefore, the settlement of the probation is made in open court, while contrary legal provisions do not provide another rule. Same reason, resulting from the rule of logical interpretation of legal norms, it that which is based on Decision No. 2 of January 19, 2009 of the High Court of Cassation and Justice - United Sections, published in the Official Gazette of Romania, Part I, nr.469 of 07.07.2009.

The provisions contained in paragraph 1 art.1608a C.pr.pen. are comprehensive in the indication of procedural guarantees recognized to preventive arrested person deriving from the principle of guaranteeing the defensive right. Thus, hearing the person under preventive custody is required, as well as its assistance by advocate and hearing the opinions of the defendant.

When it comes to the term in which it should be "solved" the request for provisional release, the provisions of the Criminal Procedure Code do not provide a fixed term or even a maximum duration of the procedure. However, the provisions contained in paragraph 1 art.1608 C.pr.pen., referring to the examination of the request for its admission, in principle, they use the term "emergency". In relation to this expression we can conclude that the request for provisional release from state custody has ensured a prompt resolution. But we note that after settling regulating admission in principle, provisions of art.160^{8a} do not contain any term or phrase showing the necessity that urgently requires a legal approach. Compared to this finding we could say that, after acceptance, in principle, resolving an application for provisional release is not urgent or even prompt. This view is embraced by the courts in particular regarding the settlement of such claims when the merit of the case is already before the Court, the cause being no longer in the prosecution.

Yet, assessments on this term in which the application was required to be made by examining the whole conjunction of laws governing the subject matter of the present study, and by observation of the European Court of Human Rights.

This latter observation is necessary in a context where, by a decision of June 26, 1991, in Case Letellier v. France, paragr.56, the Court held that the resolution calls for release under the control of state court custody in periods that lasted between eight and twenty days satisfy the requirements of Article 5, paragraph 4 of European Convention on Human Rights, under which any person deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, for it to rule in a short time on the legality of his detention and order his release if the detention is illegal.

However, in that case the European court found that the final settlement demand for provisional release in a period lasting from the date of January 24, 1986 until June 15, 1987 was violated the Art.5 paragr.4 of the Convention.

In examining the overall regulatory of the institution of provisional release, we note that both in the examination for admission in principle as well as in the appeal against the conclusion that processing the application, the procedure code established a procedure for resolving urgent requirement, either by using the term "emergency" or by setting a very short time, 24 hours, and two days respectively for the appeal against the completion and submission of the case on appeal, that is the settlement of the appeal.

Also, compared to the conclusion of the study, meaning that provisional release from the state custody has the legal status of a preventive measure and as the full rules governing, making, settlement proposals, by extension, maintenance, revocation, replacement, namely, finding the termination of subrogation as preventive measures imperative "urgency" and very short terms, can not justify failure to resolve expeditiously to a request for provisional release on grounds that such provisions do not provide art.160^{8a} with such settlement.

Guarantees from legal nature correctly determined. Criteria for judicial review and the security dimension. The provisions of art.1602 alin.31, as well as the provisions of paragraph 2 Article art.1604 and art. 1605 para.2 C.pr.pen., that govern the obligations that the court may determine on behalf of the convicted and the sum of at least 1,000 lei for bail, does not indicate any criteria in relation to which the court sets one of these obligations or fixes a certain amount of bail.

This lack of regulation leaves place for arbitrary behaviour and constitute unpredictability, how long, in the absence of criteria specified by law, preventive arrested person who makes a request for provisional release on bail can not predict the chances of such an approach can not prevent an abuse consisting in determining an unbearable amount of money for the bail.

So far we have not identified as outlined, a practice of national courts for the amount of money for the bail or the judicial review, but, generally through court decisions such as this, it considers the measure generated preventive detention, as well as on the arrested person, although judgments do not contain a statement of reasons for which a bail has a certain amount.

In the European law, the European Court of Human Rights established by a decision of May 7, 1974 that "the concern to determine the security to be filed by a person in custody solely on the damage which resulted from them it is alleged, does not seem to be compatible with article 5 paragr.3. Security provided by this provision is to ensure the presence of the accused at the hearing. Therefore, its importance must be assessed primarily by reference to the person concerned, its resources, its connections with the persons called upon to make bail, essentially you can have confidence that the perspective of security or loss of performance surety provided by third parties in case of no-show at court will act as a brake on it strong enough to avoid any such risk. "

Or, in the context of this subject and noting the reasons used by the European court, we think that only by taking into account the legal nature of provisional release, preventive measure may cover national regulatory void, becoming the provisions of the art.136, last paragraph from

Criminal Procedure Code, which provide that the choice of preventive measures to be taken should take into account its degree of social danger of crime, health, age, history and other circumstances regarding the person.

Or, if all these criteria should be considered when choosing the preventive measure, there is no reason for that, in the absence of other criteria, they are not envisaged to establish the "size" of the preventive measure, meaning the duration, content etc.

Conclusions. The importance of observations contained in the study

Institution of judicial review and judicial review on bail is, essentially, a guarantee to protect the individual against arbitrary state authority. Although to date no legislative authority expressly granted, as we indicated in previous paragraphs, and in particular the case doctrine (Ion Neagu, "Criminal Procedure Law. Treaty, Global Lex Publishing House, Bucharest, 2004, p.386; Grigore Theodoru "Romanian criminal law. The General", vol.II, "Alexandru Ioan Cuza University, Iasi, 1974, p.194; Gheorghe Matei," Criminal Procedure. The General part ", vol.II, Ed Foundation Call ", Iasi, 1994, p. 62, 63) argued for recognition of the legal nature of the institution of preventive measures.

Effects of this recognition are not confined to mere doctrinal battles, but are broader, since the legal nature of preventive measure theory respond better than considerations on which the European Court of Human Rights has entered into practice (CEDO Decision of 27 August 1992 in Tomasi Case against France, paragr.98 the "Decisions of the CEDO", Publishing House Polirom ", Iasi, 2000, p.361) which requires States Parties to the Convention, those match the national judicial authorities is a positive obligation that, before taking a preventive measure involving deprivation of liberty, to determine whether the offender can provide sufficient guarantees to allow judicial review of research and freedom, and if so to refrain from taking any preventive measure involving deprivation of liberty and to establish control over the person who is under criminal justice.

References

1. Ion Neagu, "Criminal Procedure Law. Treaty", Global Lex Publishing House, Bucharest, editions 2004, 2006 and 2007;
2. Ion Neagu, "Textbook of Criminal Procedure. General Part ", Publishing House Legal Universe, Bucharest, 2008;
3. Ion Neagu, "Textbook of Criminal Procedure. Special Part". Legal Universe Publishing House, Bucharest, 2009
4. Grigore Theodoru, "Textbook of Criminal Procedure", Publishing House Hamangiu, Bucharest, 2007;
5. Grigore Theodoru "Romanian criminal law. General Part ", vol.II," Alexandru Ioan Cuza University, Iasi, 1974;
6. Nicolae Volonciu, "Textbook of Criminal Procedure. General Part ", volume I, Paideia Publishing House, Bucharest, 1999 and 2001 editions;
7. Gheorghe Mateut, "Criminal Procedure. General Part ", vol.II, Ed of the Foundation "Call", Iasi, 1994;
8. Costel Niculeanu "Granted provisional release on bail outside the conditions permitted by law. Closing the final session. Consequences. The proposal of *Frenda Law*", in the magazine "Law", nr.5-6/1993;
9. Marga Firu, "The legal nature of provisional release under judicial control or on bail" in the magazine "Law" nr.4/1996;
10. Vasile Păvăleanu, "Criminal Procedure Law. General Part ", Ed Lumina Lex, Bucharest, 2001;

-
11. Dan Constantin Tudorache "Provisional release under judicial control and provisional release on bail", the magazine "Law" Review, No.5-6, 1993;
 12. "Journal of Criminal Law", nr.2/2003;
 13. Corneliu Bîrsan, "European Convention on Human Rights. Comment on articles. Vol.I. Rights and Liberties ". Publishing House All Beck, Bucharest, 2005.

ALTERNATIVE LA ARESTAREA PREVENTIVĂ: LIBERAREA PROVIZORIE PE CAUȚIUNE ȘI SUB CONTROL JUDICIAR. ERORI ALE SISTEMULUI.

CRISTINA CELEA

Judecător, doctorand Universitatea „Nicolae Titulescu” București

Studiul asupra practicii instanțelor de judecată din România a pus în evidență faptul că, deși în privința luării măsurii preventive a arestării și a menținerii ori revocării acesteia judecătorii naționali au conturat o practică unitară și deja constantă, consolidată, privind principiile de drept incidente și regulile procedurale aplicabile, în materia liberării provizorii din starea de deținere, dispozițiile legale care, pe de o parte obligă la menținerea temeiurilor care au determinat arestarea, dar, pe de altă parte presupun o apreciere asupra faptului dacă arestarea se mai impune sau nu, au creat o practică incertă, confuză.

Cuvinte cheie: *liberare provizorie, control judiciar, cauțiune, natură juridică.*

Printr-o hotărâre judecătorească din 16 Iulie 2009, o instanță de fond a respins cererea de liberare provizorie sub control judiciar formulată de inculpat ca neîntemeiată, considerând că sunt incidente dispozițiile art.160² alin.2 C.pr.pen., potrivit cu care liberarea provizorie sub control judiciar nu se acordă în cazul în care există date din care rezultă că inculpatul va încerca să zădărnicească aflarea adevărului prin influențarea unor părți, martori sau experți, alterarea ori distrugerea mijloacelor de probă sau prin alte asemenea fapte (Încheierea nr.75 din 16 Iulie 2009, pronunțată de Judecătoria Tg-Jiu).

Condiția procedurală a „existenței datelor” a fost considerată îndeplinită de către judecătorul cauzei prin luarea în considerare a faptului că într-un alt dosar al aceleiași instanțe, în care inculpatul era judecat pentru săvârșirea infracțiunii de tănuire prevăzută de art.221 C.pen., inculpatul a recunoscut săvârșirea faptei, însă apărătorul angajat al inculpatului, avocatul O.I., a precizat în fața aceleiași instanțe că inculpatul nu se face vinovat de săvârșirea infracțiunii pentru care a fost trimis în judecată.

A considerat judecătorul că „această neconcordanță între concluziile apărătorului și declarația inculpatului îndreptățește instanța să considere că inculpatul oscilează în declarații, iar o eventuală punere în libertate din starea de arest preventiv l-ar determina pe inculpat să zădărnicească aflarea adevărului influențat de apărătorul său.”

Opinia exprimată de judecător în hotărârea de mai sus scoate în evidență cu pregnanță confuzia cu privire la natura juridică a instituției liberării provizorii, dar și insuficienta adaptare legislativă a dispozițiilor normative interne ce reglementează această instituție (este vorba despre articolele 160¹ la 160¹⁰ din Codul de procedură penală) la legislația europeană la care România s-a raliat, respectiv articolul 5 din Convenția Europeană Asupra Drepturilor și Libertăților Omului și jurisprudența instanței de contencios european.

În esență, argumentarea refuzului judecătorului național în cauza citată în paragrafele anterioare constă în aprecierea eronată a faptului că, în interesul aflării adevărului în cauză, se poate limita contactul dintre inculpat și apărătorul său angajat prin menținerea inculpatului în stare de arest preventiv.

Consideră judecătorul cauzei că prin „izolarea” inculpatului de apărătorul său se poate evita zădărnicierea aflării adevărului în cauză.

Opinia exprimată de judecător în hotărârea de mai sus scoate în evidență cu pregnanță confuzia cu privire la natura juridică a instituției liberării provizorii, dar și insuficienta adaptare legislativă a dispozițiilor normative interne ce reglementează această instituție (este vorba despre

articolele 160¹ la 160¹⁰ din Codul de procedură penală) la legislația europeană la care România s-a raliat, respectiv articolul 5 din Convenția Europeană Asupra Drepturilor și Libertăților Omului și jurisprudența instanței de contencios european.

Privită prin prisma dreptului fundamental la un proces echitabil, respectiva hotărâre judecătorească reprezintă o flagrantă încălcare a dreptului la apărare și reactivează o limitare a contactului dintre inculpat și apărătorul său pe care Codul de procedură penală o admitea în reglementarea anterioară anului 1990 și parțial și de scurtă durată ulterior acestui an.

Negarea și a acestui drept fundamental apreciem că este efectul aceleiași insuficiente definiiri a naturii juridice a liberării provizorii, cât timp numai o instituție juridică bine definită deține un corolar de principii, de drepturi și obligații ce o caracterizează și îi garantează corecta și echitabila aplicare.

În raport de această necesitate juridică, studiul de față pornește de la observația că dispozițiile cuprinse în articolele 160¹ și următoarele din Codul de procedură penală, prin raportare la întreaga reglementare a Capitolului I din Titlul IV a Codului de procedură penală, nu consacra fără echivoc natura juridică de măsură preventivă a liberării provizorii.

Ori, atribuirea unei asemenea naturi juridice se impune cu necesitate, pentru argumente de text și de doctrină pe care le vom expune în continuare.

Argumente de text. Analiza istorică a dispozițiilor legale privind liberarea provizorie în legislația românească poate oferi o explicație a echivocului legislativ și doctrinar în această materie, întrucât, chiar dacă liberarea provizorie era recunoscută încă înainte de Codul de procedură penală din 1936 (instituția a fost temeinic și modern reglementată prin Legea privind liberarea provizorie din 15 martie 1902, act normativ ce urma un model francez de la 1865), prin Codul de procedură penală al României adoptat prin Legea nr.15/1968 această instituție a fost eliminată, astfel încât până la publicarea în Monitorul Oficial al României nr.128 din 17 noiembrie 1990 a Legii nr.32 din 16 noiembrie 1990 pentru modificarea și completarea unor dispoziții ale Codului de procedură penală - adică peste 20 de ani - liberarea provizorie sub control judiciar și pe cauțiune a fost absentă din legislația și practica procesual penală.

La momentul întocmirii studiului de față instituția liberării provizorii este succesiv reglementată și modificată prin Legea nr.281 din 24.06.2003 pentru modificarea și completarea Codului de procedură penală și a unor legi speciale publicată în Monitorul Oficial al României nr.468 din 1 iulie 2003, prin Legea nr.356 din 21 iulie 2006 pentru modificarea și completarea unor dispoziții ale Codului de procedură penală, precum și pentru modificarea altor legi publicată în Monitorul Oficial al României nr.677 din 07.08.2006 și prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.60 din 6 septembrie 2006 pentru modificarea și completarea unor dispoziții ale Codului de procedură penală, precum și pentru modificarea altor legi publicată în Monitorul Oficial al României nr.764 din 07.09.2006.

Toate aceste acte normative au lăsat în afara dispozițiilor art.136 alin.1 din Codul de procedură penală instituția liberării provizorii.

În plus, la momentul la care Codul de procedură penală fusese modificat prin Legea nr.169 din 10 aprilie 2002, în sensul că liberarea provizorie pe cauțiune se putea dispune doar pentru infracțiuni intenționate pentru care legea prevedea pedeapsa închisorii mai mare de 12 ani, Codului penal fusese modificat prin Legea nr.140/1996, astfel încât un număr redus de infracțiuni erau sancționate cu pedeapsa închisorii al cărei maxim special nu depășea 7 ani. Urmare a acestei necorelări legislative, pentru o perioadă, deși consacrată legislativ, liberarea provizorie a fost căzută în desuetudine.

Noul Cod de procedură penală, încă neintrat în vigoare, în articolul 201 alin. 4 înscrie controlul judiciar și controlul judiciar pe cauțiune printre măsurile preventive.

Argumente de jurisprudență. Deși nu a afirmat în mod expres natura juridică de măsură preventivă, jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție în materia liberării provizorii este fermă și constantă în a afirma că liberarea provizorie presupune, prin ipoteză, menținerea temeiurilor arestării

preventive concomitent cu aprecierea judecătorului în sensul că prelungirea stării de arest nu mai apare necesară, punerea în libertate devenind posibilă sub rezerva respectării anumitor condiții. (Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția penală, decizia nr.316 din 19 ianuarie 2007).

Așadar, indirect, se admite că, presupunând subzistența temeiurilor arestării preventive, adică a unei măsuri preventive din cele prevăzute la art.136 alin.1 din Codul de procedură penală, nu se poate nega natura juridică de măsură preventivă a liberării provizorii sub control judiciar și pe cauțiune din starea de detenție preventivă.

Argumente de doctrină. Orientările doctrinare majore sunt de două feluri – una dintre ele pledează pentru calificarea „controlului judiciar” drept măsură preventivă, iar cea de a doua pentru considerarea acesteia drept măsură procesuală doar în legătură cu măsurile preventive.

Derivând din natura confuză pe care însuși legiuitorul a atribuit-o instituției examinate prin modul de reglementare, există și opinii care consideră că liberarea provizorie este o modalitate de încetare a măsurii arestării preventive (Costel Niculeanu, „Liberarea provizorie pe cauțiune acordată în afara condițiilor admise de lege. Încheiere de ședință definitivă. Consecințe. Propunere de *lege ferenda*”, în Revista „Dreptul”, nr.5-6/1993, p.115) ori că liberarea provizorie este o cauză de suspendare a măsurii arestării preventive bazată pe inexistența unei durate de aplicare (Marga Fîru, „Natura juridică a liberării provizorii sub control judiciar sau pe cauțiune” în Revista „Dreptul”, nr.4/1996, p.81-84).

Cu argumentul principal că liberarea provizorie este strâns legată de libertatea persoanei și este inclusă în același capitol cu măsurile preventive, profesorul universitar Ion Neagu este principalul exponent al curentului doctrinar care consideră controlul judiciar ca având caracterul unei măsuri preventive. Liberarea provizorie reprezintă pentru autorul citat (Ion Neagu, „Drept procesual penal. Tratat”, Editura Global Lex, București, 2002, p.398-399), în același timp un instrument de individualizare a măsurii arestării preventive, cât și o altă măsură preventivă, cu un specific aparte, fiind neprivativă de libertate.

Corespunzător, în alte susțineri (Vasile Păvăleanu, „Drept procesual penal. Partea generală”, Editura Lumina Lex, București, 2001, p.431, Dan Constantin Tudorache, „Liberarea provizorie sub control judiciar și liberarea provizorie pe cauțiune”, Revista „Dreptul”, nr.5-6, 1993, p.86), natura juridică de măsură preventivă este argumentată prin faptul că se raportează la starea de libertatea persoanei în procesul penal și este reglementată în capitolul măsurilor preventive.

În susținerea aceluiași punct de vedere am identificat un interesant argument (Anca – Lelia Lorincz în „Revista de drept penal”, nr.2/2003, pg.78-80), bazat pe analiza scopului controlului judiciar, care susține că acesta este identic scopului măsurilor preventive cuprinse în art.136 din Codul de procedură penală, respectiv asigurarea bunei desfășurări a procesului penal și împiedicarea sustragerii inculpatului de la urmărirea penală, judecată ori de la executarea pedepsei.

De asemenea, autoarea citată merge mai departe și consideră că ar trebui ca o viitoare reglementară să permită ca liberarea provizorie să poată fi luată și dacă nu s-a luat măsura arestării preventive, apreciind că nu este normal ca o măsură preventivă mai puțin severă să nu poată fi luată direct, fără ca mai întâi să fie luată măsura arestării preventive.

Opinia principală contrară (Nicolae Volonciu, „Tratat de procedură penală”, Editura Paideia, București, 1994, p.428) susține că liberarea provizorie are caracterul unei măsuri procesuale în conexiune cu libertatea persoanei, dar care nu are natura juridică a unei măsuri preventive, iar acest caracter rezultă din denumirea tradițională a instituției, pentru că termenul de „liberare” înseamnă o punere în libertate, dar și din faptul că liberarea provizorie nu se regăsește printre măsurile preventive enumerate la articolul 136 din Codul de procedură penală.

Personal, achiesăm celei dintâi opinii și argumentelor expuse în sprijinul său și aducem ca argument în plus și pe cel rezultat din interpretarea art.136, în sensul în care respectiva dispoziție legală face referire la măsurile preventive care se pot „lua” din oficiu de către organele de cercetare penală, pe când măsura liberării provizorii nu se poate „lua”, ci se dispune la cererea persoanei arestate, astfel încât neîncluderea liberării provizorii (cu cele două forme ale sale) în

alineatul 1 al articolului 136 nu are semnificația acordată de susținătorii opiniei contrare.

Apreciem, în contextul studiului de față, că ar fi oportun a exprima și punctul de vedere în sensul că instituția liberării provizorii ar putea fi supusă oficialității în ce privește luarea și modificarea conținutului măsurii, corelativ oficialității ce caracterizează revocarea acestei măsurii.

Fundamentăm acest punct de vedere și pe argumente de jurisprudență europeană, precum cel rezultat din Cauza Tomasi contra Franței (Hotărârea CEDO din 27 august 1992), din care rezultă că organele judiciare de anchetă nu au încercat să contracareze riscul ca făptuitorul să se sustragă de la anchetă cerându-i să depună o garanție și să-l plaseze sub control judiciar.

De asemenea, în Cauza Neumeister contra Austriei (Hotărârea CEDO din 27 iunie 1968, în Vincent Berger, „Jurisprudența CEDO”, Editura Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, ediția a 5-a, p.119-122), instanța europeană a stabilit că măsura liberării provizorii trebuie luată când menținerea în detenție nu mai este necesară, respectiv atunci când, urmare a unei detenții provizorii îndelungate și a deducerii detenției preventive din pedeapsa ce va fi aplicată, pericolul de a fugi scade în mod proporțional cu perioada petrecută în detenție.

Curtea a subliniat că luarea măsurii controlului judiciar se ia și în funcție de caracterul și moralitatea petiționarului, profesia, legăturile cu familia, adică de persoana acestuia, criteriu pe care și dispozițiile art.136 alin. ultim din Codul de procedură penală îl recunosc.

Garanții rezultate din natura juridică corect determinată. Judecarea cererii de liberare provizorie cu celeritate. Garantarea libertății persoanei este principiul fundamental în realizarea căruia a fost elaborată întreaga construcție a instituției liberării provizorii din starea de arest preventiv.

De asemenea, garantarea dreptului la un proces echitabil sub aspectul asigurării separării funcțiilor judiciare în procesul penal este certă în raport de dispozițiile art.160⁶ alin.4 C.pr.pen. care stabilește în competența funcțională exclusivă a instanțelor de judecată dreptul de a rezolva cererea de liberare provizorie.

Deși nu constituie un principiu fundamental, publicitatea ședinței de judecată în procesul penal constituie o garanție a respectării principiilor aflării adevărului și oficialității. Textul art. 160^{8a} C.pr.pen. folosește termenul de „soluționare” a cererii de liberare provizorie. Așadar, soluționarea cererii de liberare provizorie se face în ședință publică, cât timp dispoziții legale contrare nu prevăd o altă regulă. Aceeași rațiune, decurgând din regula de interpretare logică a normelor juridice, este cea care fundamentează Decizia nr.2 din 19 ianuarie 2009 a Înaltei Curți de Casație și Justiție – Secțiile Unite, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr.469 din 07.07.2009.

Dispozițiile cuprinse la art.160^{8a} alin.1 C.pr.pen. sunt cuprinzătoare în ce privește indicarea garanțiilor procesuale recunoscute persoanei arestate preventiv derivând din principiul garantării dreptului la apărare. Astfel, ascultarea persoanei arestată preventiv este obligatorie, la fel ca și asistarea acesteia prin apărător și ascultarea concluziilor apărătorului.

În privința termenului în care trebuie „rezolvată” cererea de liberare provizorie, dispozițiile din Codul de procedură penală nu prevăd un termen fix și nici măcar o durată maximă a procedurii. Cu toate acestea, dispozițiile înscrise în art.160⁸ alin.1 C.pr.pen., referindu-se la examinarea cererii în vederea admiterii în principiu, folosesc expresia „de urgență”. În raport de această expresie s-a putea trage concluzia că cererea de liberare provizorie din starea de detenție preventivă își are asigurată soluționarea cu celeritate. Constatăm însă că, reglementând soluționarea cererii după admiterea în principiu, dispozițiile art.160^{8a} nu cuprind nici un termen și nici o expresie din care să rezulte cu necesitate că se impune un demers juridic urgent. În raport de această constatare s-ar putea afirma că, ulterior admiterii în principiu, soluționarea unei cereri de liberare provizorie nu se face de urgență și nici măcar cu celeritate. Acest punct de vedere este îmbrățișat de instanțele de judecată în special în privința soluționării unor asemenea cereri atunci când fondul cauzei este deja dedus judecății, cauza nemaifiind în cursul urmăririi penale.

Ori, aprecierea asupra termenului în care se impune soluționarea cererii trebuie făcută prin examinarea în ansamblu, coroborată a dispozițiilor legale ce reglementează materia supusă studiului de față, cât și prin observarea jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului.

Această din urmă observare este necesară în contextul în care, printr-o hotărâre din 26 Iunie 1991, în Cauza Letellier c. Franței, paragr.56, Curtea a considerat că soluționarea unor cereri de punere în libertate sub controlul instanței din starea de arest preventiv în termene care au durat între opt și douăzeci de zile satisface cerințele prevăzute de articolul 5 paragraful 4 din Convenția europeană a drepturilor omului, potrivit cu care orice persoană lipsită de libertatea sa prin arestare sau deținere are dreptul să introducă un recurs în fața unui tribunal, pentru ca acesta să statueze într-un termen scurt asupra legalității deținerii sale și să dispună eliberarea sa dacă deținerea este ilegală.

Cu toate acestea, în aceeași cauză instanța europeană a constatat că prin soluționarea definitivă a cererii de punere în libertate provizorie într-un termen care a durat de la data de 24 Ianuarie 1986 până la data de 15 Iunie 1987 s-au încălcat dispozițiile art.5 paragr.4 din Convenție.

În ce privește examinarea de ansamblu a reglementării instituției liberării provizorii, constatăm că atât în privința examinării în vederea admiterii în principiu, cât și în privința recursului împotriva încheierii prin care s-a soluționat cererea, Codul de procedură a instituit o obligație de soluționare de urgență, fie prin folosirea termenului „de urgență”, fie prin stabilirea termenelor foarte scurte, de 24 de ore și respectiv de două zile pentru declararea recursului împotriva încheierii și înaintare a cauzei în recurs, respectiv de soluționare a recursului.

De asemenea, în raport de concluzia studiului, în sensul că liberarea provizorie din starea de arest preventiv are natura juridică a unei măsuri preventive și cum întreaga reglementare ce guvernează soluționarea propunerilor de luare, de prelungire, de menținere, de revocare, de înlocuire și, respectiv, de constatare a încetării de drept a măsurilor preventive se subrogă imperativului „urgenței” și termenelor foarte scurte, nu se poate justifica nesoluționarea cu celeritate a unei cereri de liberare provizorie pentru considerentul că dispozițiile art.160^{8a} nu prevăd o asemenea soluționare.

Garanții rezultate din natura juridică corect determinată. Criterii de stabilire a dimensiunii controlului judiciar și cauțiunii. Atât dispozițiile art.160² alin.3¹, cât și dispozițiile art.160⁴ alin.2 și art. 160⁵ alin.2 C.pr.pen., care reglementează obligații pe care instanța le poate stabili în sarcina condamnatului și cuantumul de cel puțin 1.000 lei al cauțiunii, nu indică nici un fel de criteriu în raport de care instanța, stabilește vreuna din aceste obligații ori fixează un anumit cuantum al cauțiunii.

Această lipsă de reglementare lasă loc arbitrarului și constituie o imprevizibilitate, cât timp, în lipsa unor criterii indicate prin lege, persoana arestată preventiv care formulează o cerere de liberare provizorie pe cauțiune nu poate estima șansele de reușită ale acestui demers și nu poate împiedica un abuz constând în fixarea unui cuantum al cauțiunii imposibil de suportat.

Până în prezent nu am identificat ca fiind conturată o practică a instanțelor naționale în ce privește cuantumul cauțiunii sau a conținutului controlului judiciar, dar, în general, prin hotărârile judecătorești de acest fel se apreciază atât asupra faptei care a generat luarea măsurii arestului preventiv, cât și asupra persoanei arestate, deși hotărârile judecătorești nu conțin o expunere a rașiunilor pentru care o cauțiune are un anumit cuantum.

În ce privește jurisprudența europeană, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit printr-o hotărâre din 7 mai 1974 că „preocuparea pentru a determina nivelul garanției ce trebuie depusă de către o persoană deținută, exclusiv în funcție de valoarea prejudiciului rezultat din fapta ce-i este imputată, nu pare să fie conformă dispozițiilor art.5 paragr.3. Garanția prevăzută prin această dispoziție are ca obiect asigurarea prezenței acuzatului la ședința de judecată. De aceea, importanța ei trebuie apreciată, în principal, prin raportare la persoana în cauză, la resursele sale, la legăturile sale cu persoanele chemate să depună cauțiunea, în esență la încrederea ce se poate avea că perspectiva pierderii cauțiunii sau executării cauțiunilor oferite de terți în caz de neprezentare la

judecată va acționa asupra ei ca o frână suficient de puternică spre a înlătura orice asemenea risc.”

Ori, în contextul celor expuse și observând rațiunile reținute de instanța europeană, apreciem că numai prin luarea în considerare a naturii juridice de măsură preventivă a liberării provizorii se poate acoperi vidul de reglementare națională, devenind incidente dispozițiile art.136 alineat ultim Cod procedură penală, dispoziții care prevăd că la alegerea măsurii preventive ce urmează a fi luată se ține seama de scopul acesteia, de gradul de pericol social al infracțiunii, de sănătatea, vârsta, antecedentele și alte situații privind persoana față de care se ia măsura.

Ori, dacă toate aceste criterii trebuie avute în vedere la alegerea măsurii preventive, nu există nici o rațiune pentru care, în lipsa unor alte criterii, acestea să nu fie avute în vedere și la stabilirea „dimensiunii” măsurii preventive, adică a duratei, a conținutului ș.a.m.d.

Importanța observațiilor cuprinse în studiu și concluzii. Instituția controlului judiciar și controlului judiciar pe cauțiune constituie, principal, o garanție a protejării individului împotriva arbitrarului autorității statale. Deși până în prezent autoritatea legiuitoare nu a admis în mod expres, astfel cum am indicat în paragrafele anterioare, jurisprudența și în special doctrina (Ion Neagu, „Drept procesual penal. Tratat”, Editura Global Lex, București, 2004, p.386; Grigore Theodoru, „Drept procesual penal român. Partea generală”, vol.II, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 1974, p.194; Gheorghiu Mateuț, „Procedură penală. Partea generală”, vol.II, Editura Fundației „Chemarea”, Iași, 1994, p.62-63) au pledat argumentat pentru recunoașterea naturii juridice de măsură preventivă a acestei instituții. Efectele acestei recunoașteri nu se rezumă la simple lupte doctrinare, ci sunt mai ample, întrucât teoria naturii juridice de măsură preventivă răspunde mult mai bine considerentelor pe care Curtea Europeană a Drepturilor Omului le-a înscris în practica sa (Hotărârea CEDO din 27 august 1992 în Cauza Tomasi contra Franței, paragr.98, în „Hotărâri ale CEDO”, Editura „Polirom”, Iași, 2000, p.361) și pe care le impune statelor părți la Convenție, acelea potrivit cu care autorităților judiciare naționale le revine obligația pozitivă ca, înainte de a lua o măsură preventivă privativă de libertate, să verifice dacă făptuitorul poate oferi garanții suficiente care să permită controlul judiciar asupra sa și cercetarea în libertate, iar în caz afirmativ să se abțină de la a lua măsura preventivă privativă de libertate și să instituie controlul judiciar asupra persoanei cercetată penal.

Referințe bibliografice:

1. Ion Neagu, „Drept procesual penal. Tratat”, Editura Global Lex, București, edițiile 2004, 2006 și 2007;
2. Ion Neagu, „Tratat de procedură penală. Partea generală”, Editura „Universul juridic”, București, 2008;
3. Ion Neagu, „Tratat de procedură penală. Partea specială”, Editura „Universul juridic”, București, 2009;
4. Grigore Theodoru, „Tratat de procedură penală”, Editura „Hamangiu”, București, 2007;
5. Grigore Theodoru, „Drept procesual penal român. Partea generală”, vol.II, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 1974;
6. Nicolae Volonciu, „Tratat de procedură penală. Partea generală”, vol. I, Editura Paideia, București, edițiile 1999 și 2001;
7. Gheorghiu Mateuț, „Procedură penală. Partea generală”, vol.II, Editura Fundației „Chemarea”, Iași, 1994;
8. Costel Niculeanu, „Liberarea provizorie pe cauțiune acordată în afara condițiilor admise de lege. Încheiere de ședință definitivă. Consecințe. Propunere de *lege ferenda*”, în revista „Dreptul”, nr.5-6/1993;
9. Marga Firu, „Natura juridică a liberării provizorii sub control judiciar sau pe cauțiune” în revista „Dreptul”, nr.4/1996;

10. Vasile Păvăleanu, „Drept procesual penal. Partea generală”, Editura Lumina Lex, București, 2001;
11. Dan Constantin Tudorache, „Liberarea provizorie sub control judiciar și liberarea provizorie pe cauțiune”, Revista „Dreptul”, nr.5-6, 1993;
12. „Revista de drept penal”, nr.2/2003;
13. Corneliu Bîrsan, „Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentariu pe articole. Vol.I. Drepturi și libertăți”, Editura All Beck, București, 2005.

THE CRIMINAL PROTECTION OF THE RIGHT OF LIVING – NATIONAL AND INTERNATIONAL ASPECTS

LAVINIA MIHAELA VLĂDILĂ*
OLIVIAN MASTACAN**

Abstract

The importance of the right of living can't be denied. The theme of this article regards the defence of this right in the European and international treaties. The protection of the right of living is ensured in some of this treaty by the articles that regulate this right and by the creation of an international or European jurisdiction.

Key words: *the right of living, human rights, death penalty, genetic science, infractions.*

I. Introduction

Life is appreciated by common consent as human's fundamental attribute, human being oneself. But life which animates the being must protect. If what is natural found its representation 100% in real life, we might not see or bear that a lot of people die at young ages or some others are killed in different situations. Death would be then a natural process and we would not raise the problem of protecting the human being against the others. Nevertheless, reality leads us to a more pragmatic prospecting regarding this problem. Nowadays people are murdered by their fellow people either because of jealousy, or because of anger, or because of greed or other mean feelings. Within the frame of Humanity, a lot of wars justified or not (if we can qualify war this way!) show here and there and as a reaction, not insignificant at all, the terrorism which follows them.

Even if death is the only certainty of human being, it should be the consequence of a natural process and not of some external causes. Or from other perspective, offered us by Lucian Blaga, the fact that all the terrestrial beings end by dying do not prove that death is life's aim¹.

But when does life being and when does it end? Do we have the right to artificially create life? Is death penalty a solution to punish another death or other deaths? Can we end a dying person's life only to relieve the sufferance cause by disease? Here there are a few questions as up to date yesterday and today.

This present article does not intend to present certainties as regarding some of the question above, because the best solution is that of giving birth to too many questions, undoubtedly others than the already mentioned ones.

II. The international framework of protecting the right to life.

The defence of the right to life was made in the international law by signing and afterwards by ratifying by the signatory states of some conventions or declarations with a universal character.

Thus, a first recognition of the right to life at an international level, took place after the two world wars' tragically experiences.

A.1. International documents which regard deliberately the right to life. Under the aegis

* Lecturer, Ph.D. candidate, Faculty of Juridical, Social and Political Studies, „Valahia” University, Târgoviște (laviniavladila@yahoo.com).

** Lecturer, Ph.D., Faculty of Juridical, Social and Political Studies, „Valahia” University, Târgoviște (ghili_m@yahoo.com).

¹ Iulian Poenaru, *Pedeapsa cu moartea. “Pro” sau “contra”?*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 1994, p 4.

of U.N.O. there were elaborated a lot of international documents, but the one which remains their corollary is “The Universal Declaration of Human Rights” from 10th December 1948², which shows in the Art 3 that: “Any human being has the right to his life, freedom and security”. The declaration divides the fundamental rights and obligations into three categories: 1. the fundamental human rights and liberties; 2. civilian and political rights; and 3. social and economic rights, the right to life belonging to the first category, that meaning essential rights of human being.

Even undoubtedly the one of the most important documents with universal character, a true “Magna Charta”, as Anna Eleanor Roosevelt used to define it; the life of the American president Franklin Roosevelt, “The Universal Declaration of the Human Rights” is subsequently completed by “The International Agreement Concerning the Civilian and Political Rights”. Without suggesting a hierarchy of rights and liberties, both documents being their definition with the right to life, to physical freedom and to personal integrity, and in a tight connection with these ones there are the prohibition of slavery, of serfdom and forced labour, the prohibition of torture and punishment. Every single right and all together represent a condition “sine qua non” for exercising all the other human rights.

Beginning with “*The International Agreement Concerning and Political Rights*”³ the evolution concerning the human rights was spectacular. This way, the rights and predicted and defended by this European document were estimated as the most important, having the name of the first generation rights and first of all they aimed at the fundamental liberties, some authors estimating them as inviolabilities⁴.

Then a second generation was created and it includes the economic and social rights. The recognizing of the right to development, to peace to a healthy environment, to benefit of the common inheritance of humanity created the third generation of rights⁵. Presently, one already takes about the fourth generation of rights, named by some authors also “daily rights” [6], which involve rights as the right to the personal protection or to privacy protection⁶, including rights such as the right to the protection of private data or the right to a private life (privacy)⁷.

² *The Universal Declaration of the Human Rights* was adopted by the Resolution of the General Assembly of U.N.O., no. 617/III from 10th December 1948.

³ The agreement came into force on 23rd March 1976 and it was adopted by the Resolution of the General Assembly of U.N.O. no. 2200A/XXI from 16th December 1966. Romania signed the Agreement on 27th June 1968 and ratified it by the State Council Decree no.212 published in Official Gazette no. 146 from 20th November 1974. by the stipulations of the article no.6, the Agreement establish the right to life this way: “1. *This right to life is inherent to the human being. This right must be protected by law. Nobody can be deprived of one’s life arbitrary.* 2. *In the countries where death punishment was not abolished, a sentence of death conviction could not be pronounced only for the most serious murders, in accordance with the legislation in force when the murder was committed, legislation which must not be in contradiction with the stipulations of this present agreement and not with the ones of the Convention for preventing and stopping the genocide crime. This punishment can not be applied only on the strength of the final verdict pronounced by a competent court.* 3. *When the life depriving is the genocide crime, one can understand that any stipulation from the present article does not allow a state – part to the present Agreement to depart in any way from any obligation assumed on the strength of the Convention’s stipulations for preventing and stopping the genocide crime.* 4. *Any convict to death has the right to apply for retrieving punishment commutation may be granted in all the cases.* 5. *A sentence of death conviction can not be pronounced for crimes committed under the age of eighteen and can not be carried out against pregnant woman”.*

⁴ Ioan Muraru and Elena Simina Tanasescu, *Drept constituțional și instituții politice*, 1st Volume, All Beck Publishing House, Bucharest, 2005, p 156.

⁵ Victor Luncan and Victor Duculescu, *Drepturile omului. Studiu introductiv*, Lumina Lex Publishing house, Bucharest, 1993, p 22.

⁶ The Spanish professor Ignacio Ara names them “daily rights” with a critical commentary made by Gregorio Peces Barba Martínez, in his writing “*General Theory of the Fundamental Rights*”, French edition, LGDJ Publishing House, Paris, 2004, p 166. This last author prefers to call them simply “fourth generation rights”.

⁷ Ioan Muraru and Elena Simina Tănăsescu, *quoted work*, p 144.

Even that some authors included the right to life in the third generation of rights⁸, I appreciate that even that its effective protection was realized much more later than its proclaiming moment as a fundamental right, this right can not be refused its well deserved primacy. It is recognized by the most authors as the most natural right, born from birth right itself⁹, not as a state authority's creation¹⁰, a right without which the discussing and the guaranteeing of the other rights and liberties remain without an object. Though the appearance make it simple, the right to life can be watched under two meanings: one restricted, related of a person oneself and another one extended, which aims life's manifestation in its many aspects, "as a universe of phenomena, facts, requirements which are added, allow and enrich the physical existence"¹¹.

Coming back to "The International Agreement Concerning the Civilian and Political Rights"¹² reading the stipulations of the Art 6 from this juridical document, shows that in there are evoked a lot of restrictions imposed to the states in applying the death punishment, regulating the possibility of any person to ask for the clemency to the proper authorities.

However, the Agreement's stipulations were appreciated as not enough and a second optional record was added to the Agreement being adopted by the General Assembly of UN on 15th January 1989. The record bases the death punishment and the states- part promise to abolish it. But, one predicts, the possibility of formulating reserves, but only at the moment of the ratification or adhesion. Any subsequent reserve is not admitted any more, as any reserve realized at the ratification moment makes reference at the legislation in force at the ratification enlargement, subsequently of this ratification, is also not possible any more. Romania ratified this second optional record within the bounds of the Law no.7/1991¹³, before the adoption of the Constitution, but after death penalty abolition by the Decree-law No 7/January 6, 1990.

A.2. Other international documents that protect indirectly the right to life. Among other international juridical instruments that had and have the role to protect the right to life, is also "The Convention on the Preventing and Stopping the Genocide"¹⁴ which was the first international instrument, endowed with juridical power to protect human rights, as also "The Convention Concerning the Indefeasibility of War Crimes Against Humanity"¹⁵ which dedicate the promise of the states- parts at this document to adopt, in accordance with their constitutional stipulations, any

⁸ In the opinion on Prof Victor Luncan and Victor Duculescu, *quoted work*, p 22, the right to life is part of the *third generation of rights*. The same opinion lies from the paper of Professor Cristian Ionescu, *Drept constituțional și instituții politice – Teoria generală a instituțiilor politice*, 1st Volume, Lumina Lex Publishing house, 2002, p 203. In these papers the right to life is presented besides the rights of nations or peoples to self-determination, the right of the people the exploit of natural resources, the right to a healthy environment, the right to religious or racial non-discrimination, the right to peace, the right to education, rights for youngsters, children and disadvantaged persons etc.

⁹ Associate Prof. PhD Gheorghe Iancu, *Drept constituțional și instituții politice*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 2002, p 142-144; Associate Prof. PhD Ion Rusu *Drept constituțional și instituții politice*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 2001, p 281-282.

¹⁰ Maria Voinea and Carmen Buzulea *Sociologia drepturilor omului*, Bucharest University Publishing House, 2004.

¹¹ Gheorghe Iancu, *quoted work*, p 142-144.

¹² *International Agreement on Civilian and Political Rights* was ratified by 57 States and signed by other 7.

¹³ Published in the Official Journal, Part I, No 18/ January 26, 1991.

¹⁴ The Convention came into force on 12th January 1951 and it was adopted by the Resolution of UNO General Assembly, no.260 A (III) from 9th December 1948. Romania adhered at this convention by the Decree no.236 published in The Official Gazette no. 110 from 2nd December 1950. The Convention defines the genocide as: "a crime of international law, contradictory to the spirit and the aim of the United Nations, that the civilised world sentence, dedicating the explicit commitment of the states- parts to the convention to punish the genocide any time it would be committed, during peace time or war time".

¹⁵ The Convention came into force on 11th November 1970, being adopted by the Resolution of UNO General Assembly no. 2391 (XXIII) from 26th November 1968. Romania ratified the convention by the Decree No 547, published in the Official Journal No 83 from July 30th, 1969.

legislative measures or other kind which could mentioned crimes, as also for protecting such people who have committed such crimes¹⁶. The Convention predicts that its stipulations are applied to the authors its or co-authors, as also to accomplices and/or to instigators. Detailing the domain of the active subjects, the convention shows that its stipulations are applied to the people who participate to an agreement regarding the committing of the crimes, also as to the presentation of the state authorities who allow such deeds.

As concerning the stipulations of the Romanian Penal Code they were adjusted with the two conventions mentioned above, mainly Romania ratified from the very beginning the two conventions. This way, Title XI “Crimes against Peace and Humanity”, by the stipulations of the Art 357, incriminates the genocide crime. The Romanian legislator chose to incriminate the fact in accordance with the Convention’s recommendations during peace time as also during war time, but making distinction between the main sanction applied to this fact when it is made in the two moments mentioned above. During peace time the fact is punished alternately with life detention or prison from 15 to 25 years, and during war time the code regulates as unique punishment life detention. I appreciate that such distinction should not be made. Would be worth less human lives, potential passive subjects of such crime, during peace time? War itself is any way horror for human beings generally speaking and also for humanity, but I do not think that this makes human being more precision and grants a greater social danger to the genocide crime. I would say that on the contrary. If during a so-called peace time, people kill each other, in such horrible way, this show, in my opinion, dangerousness equally great of the criminal or criminals, because under peace’s appearance, dozens of innocent people die as during war time. However, in the new Criminal Code¹⁷ this distinction disappears¹⁸, the new Criminal Code keeping the difference between these two moments¹⁹. The same time, talking over the idea of publishing also the people who take part into agreement concerning the deed commitment, the stipulations of the 3rd paragraph of the article no. 357 decide: “*The agreement during the commitment of the genocide is punished with detention from 5 to 25 years and the banning of some rights*”. Without making a difference according to the quality of the canceller or of the one who favours, the penal code explicitly mentions also the punishment of these deeds connected to genocide crime (and not only): “*The hiding and the encouragement regarding the crimes from this title (Title XI, n.n.) are punished with detention from 3 to 10 years*” (according to the 2nd paragraph from the Art 361 from the Criminal Code), the provision no longer found in the new Criminal Code.

As regarding the “*Convention Concerning the Indefeasibility of War Crimes and the Crimes against Humanity*”, also, its stipulations were taken over in the Romanian Penal Code, because, according to the stipulations of the Art 121, 2nd paragraph of the Criminal Code: “*The stipulation does not eliminate the penal responsibility for the crimes against peace and humanity*”, without making the difference between the stipulation of the criminal liability and the stipulation of the punishment execution, which denotes that these crime are imprescriptibly from the point of view of the criminal liability as such as the punishment execution.

A.3. Regional Documents that Protect the Life Right. Such a document, having the role of protecting the life right by suggesting the abrogation of death punishment is “*The Protocol to the American Convention of the Human Rights*” adopted by the General Assembly of the American

¹⁶ Victor Luncan and Victor Duculescu, *quoted work*, p 27 and 30.

¹⁷ The reference aims at the Criminal Code which had to come in force on 29th June 2005 and which coming in force was cancelled until 1st September 2006, and after that cancelled again until 1st September 2008, for being cancelled at all, nowadays being expected the entry into force of the new Criminal Code, adopted by Law 286/2009, published in the Official Journal No 510/July 24th, 2009.

¹⁸ Under a compared analysis, the Spanish Criminal Code, incriminates the genocide in Art 607, does not differentiate between sanctioning this offence as it is committed in times of war or peace.

¹⁹ According to Art 438 Para 2 of the new Criminal Code.

States Organization (A.S.O.) in 1990 and which has stipulations alike the ones of the second optional record adopted by the General Assembly of U.N.O. in 1989. The Protocol was ratified by Brazil, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panama, Paraguay, Uruguay, Venezuela, being only signed by Chile. U.S.A did not ratify and did not sign this protocol either maintaining its position as a retention state.

As concerning the African states, these ones were formed into the Organization for African Unity (OAU). Having as fundamental the Decision No 115 (XVI) of the 16th Ordinary Session of the Heads of State and Governments that took place in Monrovia, the Liberian capital, in July 17-20 1979, the OAU ratified “*The African Charter of the Human and Nations’ Rights*”. The Charter anticipates within the frame of Art 4 right of everyone to life and corporal integrity and the same time, declaring the fact that no one can not benefit of these rights arbitrarily. As a specific aspect, the Charter is the only international document of this kind which talks also about the obligations of citizens and nations²⁰.

At European level, the most important document is “*The Convention for Human Rights and Fundamental Liberties Defence*”, known also under the abbreviated name of the “*European Convention of Human Rights*”, completed at Rome on 4th November 1950 by the Member States of the European Council and come into force on 3rd September 1953. The Convention has the role of delivering supplementary guarantees to the human rights from the ratifying states, without replacing the national guarantees offered by these ones²¹.

Based on this very important document, one created “*The European Court of Human Rights*”, which jurisprudence granted to the notion of the “*right to live*” the effective guarantees for its protection as also its creative interpretation? A first problem attacked by “*The European Convention of Human Rights*” is that one of the limitations of life right, which must be explicit and must cover a restricted area of situations, in order to eliminate the arbitrary. This is the reason for which, in “*The European Convention of Human Rights*”, one anticipates the possibility of limiting this right: “1. Death can not be caused to somebody on purpose, only be executing a capital sentence delivered by a court when the crime is sanctioned with this punishment by law. 2. Death is not considered as being caused by violating this article when this one would result from an absolutely necessary use of force: a. for protecting any person against illegal violence; b. for executing a legal arresting or for preventing the escape of a person legally convicted; c. for preventing, according to the law, violent revolts or an insurrection”.

The motion of “*absolutely necessary use of force*” was defined within the frame of some concrete cases²² by The European Court of Human Rights (ECHR) thus: “*any use of force must be absolutely necessary to accomplish one of the objectives mentioned in the paragraphs a. to c. Under this aspect, using the terms “absolutely necessary” being found in the Art 2 Para 2, involves the fact that one must apply a necessity criterion more strict and more imperative than the one which is used normally to determine if the state’s interposition is necessary in a democratic society according to the Art 8 Para 2 and the Art 11 from the Convention. The force used must, especially be strictly proportional to the aims mentioned in Para 2 a, b or c from Art 2*”.

²⁰ www.dadalos.org

²¹ Ioan Muraru and Elena Simina Tanasescu, *quoted work*, p 150.

²² As in instant, the case “*Orak v Turkey*”, the Decision from 14th February 2002, Section 1 – Chamber, presented in the Romanian magazine of human rights, No 25/2003, pages 106-110, or the case “*Ogur v Turkey*”, the Decision from 1999, cited by the “*Court*” in the former case, or the case “*McCann and the others v Great Britain*”, the Decision from 27th September 1995, presented in the writing “*ECHR Decisions*”, selective collection, Polirom Publishing House, Bucharest, 2000, well preserved by Monica Macovei, or the case “*Gulec v Turkey*”, the decision from 27th July 1998, presented in the writing of Marin Voicu, “*The European Protection of Human Rights*”, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 2001, p 40-57.

Closely attached to “*The European Convention of Human Rights*”²³ are two Protocols, namely Protocol No 6²⁴ and the Protocol No 13. The first one, adopted at Strasbourg on 28th April 1983 by European Council, anticipates the abolition of death punishment during peace time. The states- parts can maintain this type of punishment during war time or in the case of war imminent threatening (Art 2). In succession of the abolitionist steps one situated the adoption in 1994 by the Parliamentary Assembly of European Council of the Recommendation 1246 concerning the abolition of death penalty²⁵ as also Strasbourg Summit from 1997 which promised as a desideratum the universal abolition of death punishment, appreciating, sincerely, that this one can not be accepted any more according to the progresses made by the contemporary society. But however, the participants admitted that the universal abolition of death punishment is not an easy thing to accomplish, inviting the Ministers Committee to suggest²⁶ to the governments’ members that these ones support the education of the public opinion against the executions and also to maintain the moratoriums regarding this punishment²⁷ execution.

The summit’s efficacy is not nevertheless to be neglected as long as in 2002 it was adopted by the European Council the Protocol No 13 at the “*European Convention of Human Rights*”, document which anticipates the abolition of death punishment in all circumstances, that meaning also in the case of some very serious crimes, as different homicide types or the crimes against the state’s security, as also in case of war. The protocol was ratified in 36 states²⁸, among which also Romania, while other 7 states only signed it without ratifying it by now²⁹. Among the seven signatory states, only Albania’s position can find an economic and juridical justification, because it is not considered by Amnesty International as an abolitionist state. And the other 6 states position surprises, as long as among them there are world economic and political powers, which not in a few occasions led the fashion of peace or war in Europe. Maybe, these ones consider that the ratification of a European document, as this one, will force them to maintain this abolitionist positioning spite of all the situations that will occur in the future, while on the internal abolitionist documents one get back on, in the case of some extraordinary situations. Much yet remains to be seen what position some of these states will adopt, important European powers (at least European) more placid or, on the contrary, allowing the persistence of some situations concerning such a future.

B. The analysis of the death penalty in Romania and across the world. The issue of the death penalty was not a new element for the XXth century, but it has preoccupied the Romania theoreticians since the publication of Beccaria’s work, paper that exercised an evident influence firstly in the ex-Principalities and after that the new Kingdom³⁰. From that moment and until nowadays the majority opinion of our doctrinaires reflected also in the laws was constantly against death penalty. For instance, death penalty was abolished by the Organic Regulations of 1831, was not mentioned in the 1865 Criminal Code, being reinserted in the time of King Carol the IInd for political and military offences, as

²³ The Convention and its records, until 10, were ratified by Romania within the frame of the Law no.30 from 18th May 1994, published in the Official Gazette, part I, no. 135 from 31st May 1994 and it came into force on 20th June 1994.

²⁴ The Protocol No 6” was ratified by 45 states and signed by one (The Russian Federation).

²⁵ Prof PhD Corneliu Barsan, “*Convenția europeană a drepturilor omului – comentarii pe articole*”, 1st Volume “*Drepturi si libertati*”, All Beck Publishing House, 2005, p 190.

²⁶ Here it is the main declaration realized on this occasion: “*We make an appeal to the universal abolition of death punishment and insist on the temporary maintaining of the moratoriums concerning the executions in force in Europe*”.

²⁷ Marin Voicu, *quoted work*, p 480.

²⁸ The last state which ratified the Protocol no. 13 at the European Convention of Human Rights was Luxembourg, on 21st March 2006.

²⁹ These are: Albania, France, Italy, Leetonia, Moldavia, Poland and Spain.

³⁰ Olivian Mastacan, *Pedeapsa capitală în dreptul românesc. Origine și evoluție*, Bibliotheca Publishing house, Târgoviște, 2008, p 79-82.

well as in the time of communism, used, more often, as a political weapon against those who did not sympathized with the Party. From our great criminal doctrinaires, Ion Tanoviceanu declared to be pro to this penalty, while Vespasian V. Pella, the great Romania international criminal doctor, Mina Minovici and Vasile Dongoroz were all against it³¹.

Nowadays, it is well-known that among the first measures taken after the Revolution in 1989, the former Council of the National Salvation Front abolished the death penalty by the Decree No 6/January 7th, 1990, replacing it with the life imprisonment penalty³², raising this abolitionist principle at the rank of a constitutional principle³³, without distinguish in the appliance of this penalty between military or in time of war committed offences, as in the case of other states³⁴. In motivating this Decree it was shown that the measure was taken to emphasize the deep humanistic trends of the new regime to be installed in Romania.

As regarding the attitude of the states versus the death penalty can be distinguished four situations: the abolitionist states, states that have abolished the death penalty only for common law offences, the abolitionist states that have *de facto* abolished the death penalty and those states that still maintain and apply the death penalty.

According to the last statistic made by Amnesty International³⁵, there are 95 abolitionist states³⁶, 9 that have abolished the death penalty only for common law offences³⁷, 35 that have abolished *de facto* the death penalty³⁸ and 58 that still maintain and apply this penalty, by annual executions³⁹.

In the same statistics, it is mentioned that after 1990, 40 states have abolished the death penalty. Some of them have returned to it, or have become abolitionists again⁴⁰, or simply have not

³¹ Idem, p 101, 109-111.

³² According to Art 53 Para 1 Point 1, Letter a) of the Criminal Code, one of the main penalties is life imprisonment.

³³ According to Art 22 Para 3 of the Constitution: "*The death penalty is forbidden*".

³⁴ According to the last report of Amnesty International, today are on the Glove 11 states where the death penalty was abolished only for common law offences, excepting the states where this penalty has not been abolished. These are: Albania, Argentine, Bolivia, Brazil, Cuba, Chile, Cook Islands, El Salvador, Fiji, Israel, Lithuania and Peru.

³⁵ www.amnesty.org, actualized on March 28, 2010.

³⁶ These states are: Albania, Andorra, Angola, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaijan, Belgium, Bhutan, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Burundi, Cambodia, Canada, Cape Verde, Colombia, Cook Islands, Costa Rica, Cote D'Ivoire, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Djibouti, Dominican Republic, Ecuador, Estonia, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Guinea-Bissau, Haiti, Holy See, Honduras, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Kiribati, Kyrgyzstan, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Macedonia, Malta, Marshall Islands, Mauritius, Mexico, Micronesia, Moldova, Monaco, Montenegro, Mozambique, Namibia, Nepal, Netherlands, New Zealand, Nicaragua, Niue, Norway, Palau, Panama, Paraguay, Philippines, Poland, Portugal, Romania, Rwanda, Samoa, San Marino, Sao Tome And Principe, Senegal, Serbia (including Kosovo), Seychelles, Slovakia, Slovenia, Solomon Islands, South Africa, Spain, Sweden, Switzerland, Timor-Leste, Togo, Turkey, Turkmenistan, Tuvalu, Ukraine, United Kingdom, Uruguay, Uzbekistan, Vanuatu, Venezuela.

³⁷ These states are: Bolivia, Brazil, Chile, El Salvador, Fiji, Israel, Kazakhstan, Latvia and Peru.

³⁸ These states are: Algeria, Benin, Brunei, Burkina Faso, Cameroon, Central African Republic, Congo (Republic of), Eritrea, Gabon, Gambia, Ghana, Grenada, Kenya, Laos, Liberia, Madagascar, Malawi, Maldives, Mali, Mauritania, Morocco, Myanmar, Nauru, Niger, Papua New Guinea, Russian Federation, South Korea, Sri Lanka, Suriname, Swaziland, Tajikistan, Tanzania, Tonga, Tunisia, Zambia

³⁹ These states are: Afghanistan, Antigua and Barbuda, Bahamas, Bahrain, Bangladesh, Barbados, Belarus, Belize, Botswana, Chad, China, Comoros, Democratic Republic of Congo, Cuba, Dominica, Egypt, Equatorial Guinea, Ethiopia, Guatemala, Guinea, Guyana, India, Indonesia, Iran, Iraq, Jamaica, Japan, Jordan, Kuwait, Lebanon, Lesotho, Libya, Malaysia, Mongolia, Nigeria, North Korea, Oman, Pakistan, Palestinian Authority, Qatar, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines, Saudi Arabia, Sierra Leone, Singapore, Somalia, Sudan, Syria, Taiwan, Thailand, Trinidad And Tobago, Uganda, United Arab Emirates, United States Of America, Viet Nam, Yemen, Zimbabwe.

⁴⁰ Four of the 40 states that subsequently reconsidered this decision. These are: Nepal. Philippines, Gambia and Papua New Guinea. From them, Nepal reconsidered its status as an abolitionist state, Philippines have

executed persons any more. The last states that have abolished the death penalty for all offences were Burundi and Togo in 2009.

In over 25 states that have not abolished the death penalty, according to the same statistics of Amnesty International – taking in count only the official statistics – took place, no longer than 2008, over 2398 executions, and in other 52 such states were convicted to this penalty over 8864 persons.

The raised concern is that the overwhelming majority of the executions (93%) were carried in 2008 in China, Iran, Saudi Arabia, Pakistan and U.S.A, while in 2005, at least 2148 persons were executed in 22 countries, but the overwhelming majority of these executions (94%) took place in China, Iran, Saudi Arabia and U.S.A. It is noticed the constant of three states in which sanctioning and implementing the death penalty is constant over time, namely China, Iran and U.S.A.

Regarding the United States, from all the 50 states that form the American federation, in 38 is stated and applied the death penalty. Also, in United States, in 2005 were executed 60 convicts, reaching the number of 1004 persons executed from 1977 until the early 2006. However, in the state of Illinois, the Governor decreed a moratorium of the death penalties, starting with January 2000, because it was noticed that 13 convicts were subsequently found not guilty. Following this trend, in January 2003, Governor Ryan pardoned 4 death convicts and changed another 167 death sentences given in this state.

From almost 3800 persons executed in 2004, over 3400 were executed in China. But, according to a report of a delegated of the People's National Congress, until March 2004, in China were annually executed around 10.000 persons. In 2005, according to the official reports, the number of executions was around 1770, while the unofficial data raised this number to almost 8000 executions in the entire year.

Around the models of executions were used both means that imply modern techniques such as electrocution, shooting, lethal injections, but also ancient methods, such as hanging (in Egypt, Iran, Japan, Jordan, Pakistan, Singapore, Iran and others), beheading (in Saudi Arabia and Iran) or killing by rocks (in Afghanistan and Iran). Regarding Romania, before 1989, when this penalty was implemented, its implementation was made by shooting⁴¹.

Although the international treaties prohibit execution and the conviction of juveniles (in reality, persons aged up to 18 years, because the majority can be achieved in certain countries at elder ages, such as U.S.A, where a person becomes a major at 21 years-old), from 1990 until today were executed, according to the official reports, 46 youngsters. The percent of executing juvenile offenders is lower in comparison with the major ones, but the reason of concern is the young age of them. Thus, from the 46 juveniles, the majority were between 16-17 years at the moment of committing the offence, but there were three cases in which the juveniles were 14 years old at the moment of their execution (in Congo, Iran and Pakistan) and other two cases in which the juveniles were 13 years old at the moment of their execution (in Yemen and Pakistan). Most executions of juvenile offenders were made during the period 1993-2003, in U.S.A (19 of them), while in 2004 were registered 4 executions of juveniles in China and 3 in Iran. In 2005, in Iran were executed 8 convicted juveniles. It is noticed that the states that still maintain executions of juveniles are 8, namely: U.S.A, China, Congo, Iran, Nigeria, Pakistan, Saudi Arabia and Yemen.

The international documents, as the above mentioned ones, as well as the national doctrinaire studies, such as those of Costică Bulai⁴² or Iulian Poenaru⁴³, or the international ones, such as

implemented execution for a period of time, while Gambia and Papua New Guinea became de facto abolitionists, accomplishing no death penalty after the its reintroduction.

⁴¹ According to Art 32 Para 5 of the Law 23/1969, the law regarding the execution of punishments, abolished today.

⁴² Costică Bulai, *Manual de drept penal – partea generală*, All Publishing house, Bucharest, 1997, p 294.

⁴³ Iulian Poenaru, *quoted work*, p 136-162.

those of Roger Hood⁴⁴, as well as those realized by organisms worldwide, such as the United Nations, conclude that death penalty, besides the fact that is irremissibly, irreparable and inadapted by individualization, cannot be retained its intimidating character, the statistics not finding a causal connection between this penalty and lowering the rate of criminality, or vice versa, in the meaning that its abolition did not raised the rate of criminality. For instance, in Canada, it has been proven that the fears for the increment of the rate of criminality after the abolition of the death penalty were not justified. Thus, in 1975, were committed 3 killings at 100.000 persons. The reference to 1975 is done because it was the year of the abolition of the death penalty in that state. In 1980, after four years of abolition, the rate of killings was 2.41 at 100.000 persons, even lower, because in 2003 the rate would be 1.73 killings at 100.000 persons. Moreover, another argument for abolishing this penalty was its irreparable character, namely the impossibility of repairing such mistake, in case of judicial error. The case of the U.S state of Illinois should be an example and unfortunately not the single one, in this respect. Also in the U.S.A, from 1973 till 2004, were subsequently found not guilty 122 convicts to the capital penalty, for in 2004 to be met another six cases, and in 2005 another three alike situations. Even if the time spent by a person imprisoned cannot be reversed in the case of a judicial error, there is still the possibility of some subsequent reparations, as well as regaining freedom, while in the case of the death penalty, his life cannot be given back to him.

III. The internal framework offered by the criminal law for protecting the right to life

Returning to the protection of life by internal means we can distinguish three levels of it, namely: the constitutional level, by Art 11, Para 1⁴⁵, Art 20⁴⁶ and Art 22 Para 3; the level of the organic law, by criminal law's means, namely the incrimination as offences of the serious antisocial deeds, that harm life in general; the level of the ordinary law, namely by some special laws, such as the provisions of the Government Injunction No 102/2000 on the statute of the refugees or Art 5 Para a) and Art 22 Para 3 of the Law No 123/2001 on the statute of foreigners, as well as the provisions of Art 29 of the Law 304 on extradition, that stop the Romanian state to extradite or expel foreigners from our territory in countries where is the risk to be exposed to a capital sentence, for their committed offences.

The largest protection and the most explicit one is found in the provisions of the Criminal Code. This has instituted a complex "device" of judicial protection of life and its features, even if perfectible, which offers the possibility for the practitioners of law to use the necessary means to sanction the numerous criminal deeds that could come up concretely. We are saying perfectible, both from the perspective of achieving a better incrimination of offences already sanctioned, as well as because the preservation and protection of life is about to naturally appear even if it is not protected, though there was a laudable intention in this regard, by incriminating, in what was about to become the new Romanian Criminal Code between 2004-2008, the offences on the genetic manipulation⁴⁷. In the new Criminal Code, Law No 286/2009⁴⁸, the incrimination of these offences

⁴⁴ Roger Hood, *Pedeapsa cu moartea – o perspectivă mondială*, Clarendon Press Publishing house, Oxford, 2002, p 230.

⁴⁵ According to Art 11 Para 1 of the Constitution: "*The treaties ratified by the Parliament, according to the internal law, are part of the domestic law*".

⁴⁶ According to Art 20 of the Constitution: "(Para 1) *The constitutional provisions regarding citizens' rights and freedoms shall be interpreted and applied accordingly to the Universal Declaration of Human Rights, with the covenants and other treaties to which Romania is part.* (Para 2) *If there are any inconsistencies between the international treaties and covenants regarding the human's fundamental rights, to which Romania is part, and the internal laws, have priority the international regulations, except the case in which the Constitution or the internal laws dispose favorably*".

⁴⁷ Title I, Chapter IV of the former "new" Criminal Code, stated the incrimination as offences of the deeds regarding genetic manipulation, of the following actions: the alteration of the genotype (Art 193), dangerous use of the genetic engineering (Art 194) and illegal creation of human embryos and cloning (Art 195).

was no longer maintained. From our point of view such an indictment is required to be made even in the Criminal Code and not be left outside the legal protection such extremely serious criminal acts or wait for their inclusion in any special law that would regulate the genetic field, whose appearance seems far too remote. The solution proposed by the use of the former new Criminal Code was extremely close to the one proposed by the Spanish legislator, who incriminates such offences in Title V of the Criminal Code (Art 159-162), along with offences that protect the life and health of persons or fetuses, as well as the text proposed by the French one, who presents a similar regulation in the French Criminal Code, inserted by the Law on August 6, 2004 and are the object of Art 511 of the Criminal Code⁴⁹. In both cases the reproductive cloning was incriminated, not being allowed even in therapeutic purposes.

The introduction in our legislation of such incriminations on cloning was made only after in 1996, the British researchers cloned a sheep, the multiple one, becoming a media celebrity, the sheep Dolly, but a smaller scientific success⁵⁰. Though present as an important event, the cloning of a human being raised numerous question marks philosophically and legally, especially related to a possible cloning of human beings. This is why, at a short time after the reproduction of Dolly, the scientific and legal communities from all the 40 European Member States of the Council, as well as from U.S.A, Canada, Japan, Australia and Vatican, gathered on April 4, 1997, in Oviedo, Spain, to sign the *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine*⁵¹, also called the Convention on Human Rights and Biomedicine or, simply, the Oviedo Convention.

From its content there are three fundamental principles:

- The primacy of the human being⁵²;
- The principle of equal access to the benefits of health⁵³;
- The principle of complying with the professional norms and obligations, as well as the behavior norms applicable to each case⁵⁴.

From these three elements, the most important one is the principle of the primacy of the human being which, also, can be defined under three aspects⁵⁵:

- First, we can say that according to the Convention, the human being, in its meaning, is individually protected, namely each person is viewed as an individual (the individual meaning);
- Second, the protection offered by the Convention is extended over human beings, understood as a collectivity (the social meaning);
- Third, is protected the humanity in all its meaning, as a specie (the meaning as a specie).

This document was followed, on January 12, 1998, by the First Additional Protocol of the Oviedo Convention, so-called the *Paris Protocol* which expressly prohibited the cloning of human beings living or dead⁵⁶, for a further increment of the number of international and European

⁴⁸ Law No 286/2009 published in the Official Journal No 510/July 24, 2009.

⁴⁹ Michel Véron, *Droit pénal spécial*, 12th Edition, Sirey-Dalloz Publishing house, Paris, 2008, p 27-28.

⁵⁰ Lavinia Mihaela Vlădilă, *Aspecte de ordin juridic, social și moral privind clonarea ființei umane*, in the U.N.B.R Review, Bulletin I.N.P.P.A, No 1/2008, p 62-63, 66-69.

⁵¹ Spain ratified the Oviedo Convention and the First Additional Protocol of 1998 signed in Paris in 1999, while Romania ratified the Convention on April 24, 2001, with the entrance in force on August 1, 2001.

⁵² According to Art 2 of the Oviedo Convention

⁵³ According to Art 3 of the Oviedo Convention

⁵⁴ According to Art 4 of the Oviedo Convention

⁵⁵ Mona Maria Pivniceru y Horia Tit, *Principiile fundamentale ale sistemului european de protecție a drepturilor omului cu privire la biomedicină*, in the Romanian Bioethics Magazine, on-line, 1st Volume, No 3/2003, www.bioetica.ro.

⁵⁶ The statement is very important, leaving room for any doubt, fact which may lead to the elusion of the Convention and its consensus established by the use of different motivations. Here is the text of Art 1: "1. It is forbidden any intervention that will end with the creation of human beings genetically identical with other living or

documents on human cloning. In this regard, the most important ones are the UNESCO Universal Declaration on the Genome and Human Rights, which states the fundamental unity of humanity through the human genome, emphasizing the intrinsic diversity of human beings, Directive 98/44/EC⁵⁷ on the legal protection of the biotechnological inventions, of the European Parliament and the Council of Ministers on July 6, 1998, by which Art 6.2 a) and b) proposes the exclusion from patenting of the inventions regarding the cloning of humans and the procedures to modify the germinal genetic identity of human beings⁵⁸.

Back to our legislation, as we said before, the new Criminal Code does not refer at all to the protection of the human genome and the oneness of human being, in essence on his life under a very special aspect.

But in this moment the most important protection of the right of living is given by the offences stated in the Criminal Code in Title II – *Offences on persons*, Chapter 1, Section 1 *Murder*⁵⁹. Without being the single way, life as a fundamental reality, is protected not just by offences against life or body or health integrity⁶⁰, but also through another offences whose final result, in aggravated forms, is death or a person/persons, offences committed, under the guilt with *praeter* intention⁶¹, or complex offences, committed under the subjective intentional report, whose main legal object is the protection of other social values, not those of life, that become legal secondly object⁶².

Without a detailed analysis of all these offences, because we wanted just a general approach of this subject, we want to mention also the much more complex regulation and the much more efficient protection of the right of living in the new Criminal Code. In this regard, we had a particular interest was in Art 190, 200 and 202 of the Law 286/2009, regarding in order the murder committed at the request of the victim, murder or hurting the new born child committed by the mother or hurting the fetus. As we were wondering in the introductory considerations of this study does anyone has the right to kill another individual just because is in more pains than other

dead human beings. 2. In the meaning of this article by human beings genetically identical with other human beings is understood the human being who shares with another one the same nuclear genes”.

⁵⁷ Published in the Official Journal No L213/July 30, 1998, p 0013-0021.

⁵⁸ Also, according to the preliminary considerations No 38, 40, 41, especially the above-mentioned Directive “*there is consensus in the EU on the fact that the germinal genetic intervention of human beings and cloning of human beings is against public order and morality*”

⁵⁹ The first section of Chapter I, Title II of the Criminal Code stipulates the incrimination of the following offences: murder in three forms, a simple one (Art 174), and two aggravating ones (qualified murder – Art 175 and very serious murder – Art 176), infanticide (Art 177), murder by fault (Art 178) and determination or facilitation of suicide (Art 179).

⁶⁰ Second Section, called “Hitting or violating the body or health integrity”, completes the offences which have as a result the death of a person with the hitting or hurting that could cause death one (Art 183).

⁶¹ Among these offences one could mention: abortion (Art 185 Para 3, 2nd Thesis), lack of freedom (Art 189 Para 6), raping (Art 197, Para 3 2nd Thesis), sexual relationship with a minor (Art 198 Para 6), sexual perversions (Art 201, Para 5, 2nd Thesis), robbery (Art 211, Para 3, 2nd Thesis), piracy (Art 212, Para 3, 2nd Thesis), torture (Art 267¹ Para 3), non-compliance with the regime of nuclear materials and other radioactive substances (Art 279¹, Para 5, 2nd Thesis), non-compliance with the regime of explosives (Art 280, Para 5, 2nd Thesis), non-compliance with the provisions on residuum and waste imports (Art 302², Para 2, 2nd Thesis), forgery of food and other products alike (Art 313, Para 3, 2nd Thesis and Para 5, 2nd Thesis), scuffle (Art 322, Para 3, 2nd Thesis). A different situation is represented by the offences stated in Title VI, Chapter III, which in the situation of a **railway catastrophe** can cause death of one or several persons. In these aggravating forms, these offences become complex ones.

⁶² Such offences are those stipulated by Title I of the Criminal Code, whose legal object is the relations regarding state safety, such as the attack that endangers the state’s safety (Art 160), attack on a collectivity (Art 161), offences on a representative of a foreign state (Art 171) or offences on the prejudiced ones assistance, which are offences on danger or just potentially danger, can lead to the loss of human life, offences stated in Title IX, Chapter III (Art 314-316), as well as the already mentioned offences stated in Title IX, whose main legal object is the preservation of peace and harmony between individuals and peoples, such as genocide (Art 357) and inhuman treatments (Art 358).

individuals? This question seems solved if we take in consideration the provisions of Art 190 showing that: *Murder committed at the explicit, serious, conscious and repeated request of the victim who suffered for an incurable disease or a serious medically attested infirmity, causing permanent and unbearable sufferance is punished.* In this context, euthanasia is no longer possible, eliminating all kind of speculations, but it is sanctioned with a minimal penalty (1 to 5 years of imprisonment), creating sometimes too easy the premises of its committing. The law imposes a series of conditions, such as the explicit request of the victim, which means that it must be express not implicit, to result from a direct manifestation of her will and not from another facts or elements, the victim must be conscious of it and repeatedly asked for. But if the condition of repeatability can remove the committing of the fact at a simple request, it does not protect us from the cases in which the request was manifested for two or three times. Definitely, how often is necessary to repeat this request, how many times, at what periods of time for it to be considered serious? Also, the law does not help us very much from the perspective of other terms used in its content, such as *serious infirmity, permanent and unbearable sufferance.* At the opposite extreme is placed the modification brought to the actual text of Art 177 of the Criminal Code on infanticide, which in the new Criminal Code is found under the uninspired marginal name⁶³ of *murdering or hurting the new born child committed by the mother.* The new text introduces an express term, until which the offence can be committed, namely 24 hours, towards the actual inexplicit provision, *right after birth*, on the contrary the murder of the child being considered a simple murder (Art 188 of the new Criminal Code). The project could have adopted the German or Italian solution in the meaning that infanticide exists even if is committed in the process of birth, maintaining the traditional regulation, differentiating between abortion and infanticide. The new text is innovative under the aspect of committing the fact with *praeter* intention when the death of the new born child results, but also when the fact infringes on the health and physical integrity of him, being committed the offences of bodily hitting and hurting (Art 193 and 194 of the new Criminal Code). A positive aspect is that the murdering of the child is owed to a physical torment, without the new text to connect this torment to the process of birth and creating a large spectrum of situations in which the offence is applicable. Finally, the last text on which we intended to stop refers to the creation of the offence of *hurting the fetus*, a new one taken from the Spanish legislation. In our opinion, the new incrimination is welcomed and reveals a new social and political vision of the legislator, who wishes to protect life at the very moment of its creation, as found in the Civil Code's texts which creates for the unborn child rights from the moment of his conception. Even more, against the several situations in which was found the medical guilt in hurting the fetus with severe consequences for his development to the next stage as new born child, but also to the intrauterine life, the proposed regulation frames the new situations arise in the social life. The fetus is thus protected during birth, as well as in the time of pregnancy, creating for the gynecologists an even greater responsibility towards the medical supervision of a pregnant woman, as well as towards the moment of birth. Also, in the new regulation, even hurting the fetus by the mother during birth is considered to be an offence, the legislator thus wishing to enlarge the protection given to the new life which is about to emerge. The offence is not punished if the mother hurts the child during pregnancy (Art 200 Para 7), as if the offence was committed after birth is the offence stated by the above mentioned Art 190 Para 2. Additionally, the offence is incriminated even when is committed of guilt, being about a professional guilt, when is committed by the medical staff. If the fact is committed by them, it is not the offence, Art 200 Para 6 creating a cause of impunity, when is committed during the medical process, with the compliance to the specific professional provisions, even if it was committed in the interest of the pregnant woman or the child itself.

⁶³ See Prof George Antonoiu's opinion, *Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou cod penal II*, The Criminal Law Review, No 1/2008, p11.

The new Criminal Code restrains the area of murder offences from three situations in the present regulation to just two, simple murder and aggravated murder, reducing the situations in which it is produced, only to the essential ones: premeditated, from a material interest, to avoid or to purloin another person from criminal liability or from the execution of a penalty, to facilitate or hide another offence, by a person who previously committed another murder or an attempt to murder, over two or more persons, over a pregnant woman or by cruelties. Thus were taken both elements from the actual Art 175 and of Art 176 of the Criminal Code. Though, we considered important the qualification of murder by its reporting to near relations or on the husband, because such a fact has an even more serious character, by the relationship between the parties involved.

IV. Conclusions.

Sociologically, the death penalty, military conflicts, terrorism, abortion are violations on the right of living. These issues were and still are very controversial, solutions being hard to find. But other phenomena such as: malnutrition, extreme poverty are states that attempts and violates the right of living, and in the modern age, the issues regarding pollution, lack of drinking water sources in many areas of the Globe, access to elementary resources of life are as many indirect violations of this fundamental right⁶⁴.

References

1. Iulian Poenaru, *Pedeapsa cu moartea. "Pro" sau "contra" ?*, Ed. Lumina Lex, București, 1994
2. Ioan Muraru și Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I, Ed. All Beck, București, 2005
3. Victor Lunčan, Victor Duculescu, *Drepturile omului. Studiu introductiv*, Ed. Lumina Lex, București, 1993
4. Gregorio Peces Barba Martinez, *Teoria generală a drepturilor fundamentale*, ediție în limba franceză, Ed. L.G.D.J., Paris, 2004
5. Cristian Ionescu, *Drept constituțional și instituții politice – Teoria generală a instituțiilor politice*, vol. I, Ed. Lumina Lex, București, 2002
6. Gheorghe Iancu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. Lumina Lex, București, 2002
7. Ion Rusu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. Lumina Lex, București, 2001
8. Maria Voinea, Carmen Buzulea, *Sociologia drepturilor omului*, Ed. Universității București, 2004
9. *Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice*
10. Marin Voicu, *Protecția europeană a drepturilor omului*, Ed. Lumina Lex, București, 2001
11. Corneliu Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului – comentarii pe articole*, vol. I Drepturi și libertăți, Ed. All Beck, București, 2005
12. Olivian Mastacan, *Pedeapsa capitală în dreptul românesc. Origine și evoluție*, Ed. Bibliotheca, Târgoviște, 2008
13. Costică Bulai, *Manual de drept penal – partea generală*, Ed. All, București, 1997
14. Roger Hood, *Pedeapsa cu moartea – o perspectivă mondială*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 2002
15. Michel Véron, *Droit pénal spécial*, a 12- ediție, Ed. Sirey-Dalloz, Paris, 2008
16. Lavinia Mihaela Vlădilă, *Aspecte de ordin juridic, social și moral privind clonarea ființei umane*, în Revista U.N.B.R., Buletinul I.N.P.P.A. nr. 1/2008

⁶⁴ Maria Voinea and Carmen Buzulea, *quoted work*.

17. Mona Maria Pivniceru, Horia Tit, *Principiile fundamentale ale sistemului european de protecție a drepturilor omului cu privire la biomedicină*, în *Revista Română de Bioetică*, on line, vol I, nr. 3/2003

18. George Antoniu, *Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou cod penal II*, *Revista de drept penal*, nr. 1/2008

THE CRIMINAL PROTECTION OF THE RIGHT OF LIVING. NATIONAL AND INTERNATIONAL ASPECTS.

LAVINIA MIHAELA VLĂDILĂ*
OLIVIAN MĂSTĂCAN**

Abstract

The importance of the right of living can't be denied. The theme of this article regards the protection of this right above the criminal perspective in the national law, and the protection of the same right by the European and international treaties, from the perspective of human rights. In introduction we have had a commentary from the perspective of the human rights, and how Romania succeeds to fulfil his international obligations in the protection of the right of living. We have also analyzed the death penalty in our days and the infractions treated in the new criminal code that had like special law objects life. Finally, in our domain of interest was the fact if this right is sufficient protected above the perspective of the development of genetic science.

Keywords: *the right of living, human rights, death penalty, genetic science, infractions.*

I. Introducere

Viața este unanim apreciată ca atributul fundamental al omului. Însă viața ce animă omul trebuie protejată. Dacă ceea ce este natural și-ar găsi perfect reprezentarea în viața cotidiană, poate nu am vedea sau auzi că o serie de oameni mor la vârste fragede, sau că unii sunt omorâți în diverse ipostaze. Moartea ar fi atunci un proces natural, și nu ne-am mai pune problema protejării omului în fața altor oameni. Totuși, realitatea ne conduce la o perspectivă mult mai pragmatică în abordarea acestei probleme. Observăm cum astăzi o serie de persoane sunt ucise de altele, având la bază motivații din cele mai diverse și totuși nici una suficientă pentru a găsi o justificare unei astfel de acțiuni. Chiar dacă moartea este singura certitudine a omului, ea ar trebui să fie urmarea unui proces natural, și nu a unor cauze exterioare. Sau dintr-o altă perspectivă, oferită nouă de Lucian Blaga, faptul că toate vietățile de pe pământ sfârșesc cu moartea nu demonstrează că moartea este ținta vieții¹.

Dar când începe viața și când se sfârșește ea? Avem dreptul de a crea în mod artificial viața? Este pedeapsa cu moartea o soluție pentru a pedepsi o altă moarte sau alte morți? Putem pune capăt vieții unui muribund doar pentru a-i alina suferința produsă de boală? Iată câteva întrebări la fel de actuale ieri ca și azi. La unele dintre ele studiul de față și-a propus să răspundă consultând o bibliografie cuprinzătoare, română și străină, dar exprimând totodată și un punct de vedere propriu.

II. Cadrul internațional al protejării dreptului la viață și corelația cu dreptul penal român.

Protejarea dreptului la viață s-a făcut în dreptul internațional prin semnarea și apoi ratificarea de către statele semnatare a unor convenții sau declarații cu caracter universal. Astfel, o primă recunoaștere a dreptului la viață la nivel internațional, a avut loc după experiențele tragice ale celor două războaie mondiale.

A.1. Documente internaționale ce fac referire expresă la dreptul la viață. Sub egida O.N.U. au fost elaborate o serie de documente internaționale, dar cea care rămâne corolarul lor

* Lect.univ.drd., Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice, Universitatea "Valahia" din Târgoviște (laviniavladila@yahoo.com).

** Lect.univ.dr., Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice, Universitatea "Valahia" din Târgoviște (ghili_m@yahoo.com).

¹ Iulian Poenaru, *Pedeapsa cu moartea. "Pro" sau "contra"?*, Ed. Lumina Lex, București, 1994, p. 4.

este *Declarația universală a drepturilor omului*, din 10 decembrie 1948², care arată în art. 3, că: “*Orice ființă umană are dreptul la viață, la libertate și la securitatea sa*”. Declarația împarte drepturile și îndatoririle fundamentale în trei categorii: **1.** drepturile și libertățile esențiale ale persoanei umane; **2.** drepturile civile și politice și **3.** drepturile sociale și economice, dreptul la viață făcând parte din prima categorie, adică drepturi esențiale ale ființei umane.

Deși fără îndoială unul dintre cele mai importante documente cu caracter de universalitate, o adevărată *Magna Carta*, cum o definea Anna Eleanor Roosevelt, soția președintelui american Franklin Roosevelt, *Declarația universală a drepturilor omului* este ulterior completată prin *Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice*. Fără a sugera o ierarhie a drepturilor și libertăților, ambele documente încep definirea lor cu dreptul la viață, la libertate fizică și la integritatea persoanei, iar în strânsă legătură cu acestea se află interzicerea sclaviei, a servajului și a muncii forțate, interzicerea torturii și a tratamentelor ori pedepselor crude, inumane sau degradante. Fiecare în parte și toate aceste drepturi împreună reprezintă o condiție *sine qua non* pentru exercitarea tuturor celorlalte drepturi ale omului.

Începând cu *Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice*³ evoluția în materia drepturilor omului a fost spectaculoasă. Astfel, drepturile prevăzute și apărute prin acest document european au fost catalogate ca cele mai importante, purtând denumirea de drepturi din prima generație, și au vizat în primul rând libertățile fundamentale, unii autori catalogându-le drept inviolabilități⁴. Apoi s-a creat o a doua generație, ce cuprindea drepturile economice și sociale. Recunoașterea dreptului la dezvoltare, a dreptului la pace, a dreptului la un mediu sănătos, a dreptului de a beneficia de patrimoniul comun al umanității, au creat cea de-a treia generație de drepturi⁵. În prezent, se vorbește deja de cea de-a patra generație de drepturi, denumite de unii autori și “*drepturi cotidiene*”⁶, ce include drepturi cum ar fi dreptul la protecția datelor personale sau dreptul la protecția vieții private (privacy)⁷.

Cu toate că unii autori au inclus dreptul la viață în cea de-a treia generație de drepturi⁸,

² Declarația universală a drepturilor omului a fost adoptată prin Rezoluția Adunării Generale a O.N.U. nr. 617/III din 10.12.1948.

³ Pactul a intrat în vigoare la 23.03.1976, și a fost adoptat prin Rezoluția Adunării Generale a O.N.U. nr. 2200 A / XXI din 16.12.1966. România a semnat Pactul la 27 iunie 1968 și l-a ratificat prin Decretul Consiliului de Stat nr. 212 publicat în b. Of. nr. 146 din 20.11.1974. Prin dispozițiile art. 6, Pactul reglementează dreptul la viață astfel: “*1. Dreptul la viață este inerent persoanei umane. Acest drept trebuie ocrotit prin lege. Nimeni nu poate fi privat de viața sa în mod arbitrar. 2. În țările în care pedeapsa cu moartea nu a fost abolită, o sentință de condamnare la moarte nu va putea fi pronunțată decât pentru crimele cele mai grave, în conformitate cu legislația în vigoare în momentul în care crima a fost comisă, legislație care nu trebuie să fie în contradicție cu dispozițiile prezentului pact și nici cu cele ale Convenției pentru prevenirea și reprimarea crimei de genocid. Această pedeapsă nu poate fi aplicată decât în virtutea unei hotărâri definitive pronunțate de un tribunal competent. 3. Când privarea de viață constituie crima de genocid, se înțelege că nici o dispoziție din prezentul articol nu autorizează un stat-parte la prezentul Pact să deroge în nici un fel de la vreo obligație asumată în virtutea dispozițiilor Convenției pentru prevenirea și reprimarea crimei de genocid. 4. Orice condamnat la moarte are dreptul de a solicita grațierea sau comutarea pedepsei. Amnistia, grațierea sau comutarea pedepsei cu moartea pot fi acordate în toate cazurile. 5. O sentință de condamnare la moarte nu poate fi pronunțată pentru crime comise de persoane sub vârsta de 18 ani și nu poate fi executată împotriva unor femei gravide*”.

⁴ Ioan Muraru și Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I, Ed. All Beck, București, 2005, p. 156.

⁵ Victor Luncan și Victor Duculescu, *Drepturile omului. Studiu introductiv*, Ed. Lumina Lex, București, 1993, p. 22.

⁶ Profesorul spaniol Ignacio Ara, le denumește “*drepturi cotidiene*”. Cu un comentariu critic realizat de Gregorio Peces Barba Martínez, în lucrarea *Teoria generală a drepturilor fundamentale*, ediție în limba franceză, Ed. L.G.D.J., Paris, 2004, p. 166. Acest ultim autor preferă se le denumească simplu, “*drepturi din a patra generație*”;

⁷ Ioan Muraru și Elena Simina Tănăsescu, *op.cit.*, p. 144.

⁸ În opinia domnilor Victor Luncan și Victor Duculescu, *op. cit.*, p. 22, dreptul la viață face parte din “*a treia generație de drepturi*. Aceeași opinie rezidă și din lucrarea dl. prof. Cristian Ionescu, *Drept constituțional și instituții politice – Teoria generală a instituțiilor politice*, vol. I, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 233. În aceste lucrări dreptul la viață este prezentat alături de drepturile națiunilor sau popoarelor la autodeterminare, dreptul

apreciez că chiar dacă protecția sa efectivă s-a realizat cu mult mai târziu decât momentul proclamării sale ca un drept fundamental, nu i se poate refuza acestui drept primordialitatea binemeritată. El este recunoscut de majoritatea autorilor ca fiind dreptul cel mai natural, izvorât din însuși faptul nașterii⁹, nefiind opera nici unei autorități statale¹⁰, un drept fără de care discutarea și garantarea celorlalte drepturi și libertăți rămâne fără obiect. Deși aparența îl face simplu, dreptul la viață poate fi privit sub două accepțiuni: una restrânsă, relativă la viața unei persoane în sine, și una extinsă, ce vizează manifestarea vieții în multiplele sale aspecte, “*ca un univers de fenomene, fapte, cerințe ce se adaugă, permit și îmbogățesc existența fizică*”¹¹.

Revenind la *Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice*¹², lectura dispozițiilor art. 6 din acest document juridic, arată că aici sunt evocate o serie de limitări impuse statelor în aplicarea pedepsei cu moartea, reglementând posibilitatea oricărei persoane de a cere clemență autorităților în drept.

Totuși, dispozițiile Pactului au fost apreciate ca fiind insuficiente, și un al doilea protocol facultativ a fost adăugat la Pact fiind adoptat de Adunarea Generală a O.N.U. în 15 ianuarie 1989. Protocolul interzice pedeapsa cu moartea iar statele-părți se angajează să o abolească. Se prevede, însă, posibilitatea formulării de rezerve, dar doar la momentul ratificării sau aderării. Orice rezervă ulterioară nu mai este admisă, după cum orice rezervă realizată la momentul ratificării se referă la legislația în vigoare în momentul ratificării, astfel că o revenire la pedeapsa cu moartea sau lărgirea sferei ei de aplicare, ulterior acestei ratificării, de asemenea, nu mai este posibilă. România a ratificat acest al doilea protocol facultativ prin Legea nr. 7/1991¹³, înainte de adoptarea Constituției, dar după abolirea pedepsei cu moartea prin Decretul-lege nr. 7/06.01.1990.

A.2. Alte documente internaționale ce protejează indirect dreptul la viață. Printre alte instrumente juridice internaționale ce au avut și au rolul de a proteja dreptul la viață, se numără și *Convenția cu privire la prevenirea și reprimarea crimei de genocid*¹⁴ care a fost primul instrument internațional, înzestrat cu forță juridică pentru protecția drepturilor omului, precum și *Convenția asupra imprescriptibilității crimelor de război și a crimelor contra umanității*¹⁵, ce consacră angajamentul statelor-părți la acest document de a adopta, în conformitate cu prevederile lor constituționale, orice măsuri legislative sau de alt ordin care ar fi necesare pentru asigurarea imprescriptibilității crimelor menționate, precum și pentru asigurarea extrădării persoanelor care au comis astfel de fapte¹⁶. Convenția prevede că dispozițiile ei se aplică atât autorilor sau coautorilor, cât și complicilor și/sau instigatorilor. Detaliind sfera subiecților activi, convenția arată că dispozițiile sale se aplică și persoanelor care participă la o înțelegere cu privire la săvârșirea acestor infracțiuni, precum și reprezentanților autorităților de stat care tolerează comiterea unor astfel de fapte.

poporului la exploatarea bogățiilor naturale, dreptul la un mediu sănătos, dreptul la nediscriminare rasială sau religioasă, dreptul la pace, dreptul la educație, drepturi specifice tinerilor, copiilor, persoanelor defavorizate, etc.

⁹ Gheorghe Iancu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, pp. 142-144.
Ion Rusu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, pp. 281-282.

¹⁰ Maria Voinea și Carmen Buzulea, *Sociologia drepturilor omului*, Ed. Universității București, 2004.

¹¹ Gheorghe Iancu, *op. cit.*, pp. 142-144.

¹² *Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice* a fost ratificat de către 57 de state și semnat de alte 7 state.

¹³ Publicată în M. Of., partea I, nr. 18 din 26.01.1991.

¹⁴ Convenția a intrat în vigoare la 12.01.1951, și a fost adoptată prin Rezoluția Adunării Generale a O.N.U. nr. 260 A (III) din 09.12.1948. România a aderat la această convenție prin Decretul nr. 236 publicat în B.Of. nr. 110 din 02.12.1950. Convenția definește genocidul drept: “*crimă de drept internațional, în contradicție cu spiritul și scopurile națiunilor Unite, pe care lumea civilizată o condamnă, consacrand angajamentul expres al statelor-părți la convenție de a sancționa genocidul oricând s-ar comite el, în timp de pace sau în timp de război*”.

¹⁵ Convenția a intrat în vigoare la 11.11.1970, fiind adoptată prin Rezoluția Adunării Generale a O.N.U. nr. 2391 (XXIII) din 26.11.1968. România a ratificat convenția prin Decretul nr. 547, publicat în B.OF. nr. 83 din 30.07.1969.

¹⁶ Victor Lunčan, Victor Duculescu, *op. cit.*, pp. 27 și 30.

În ceea ce privește dispozițiile codului penal român ele au fost puse în acord cu cele două convenții de care am amintit, mai ales că România a ratificat încă de la început cele două convenții. Astfel, Titlul XI *“Infrațiuni contra păcii și omenirii”*, prin dispozițiile art. 357, incriminează infracțiunea de *genocid*. Legiuitorul român a ales să incrimineze fapta în acord cu recomandările convenției atât pe timp de pace cât și pe timp de război, dar făcând distincție între sancțiunea principală aplică acestei fapte atunci când ea este realizată în cele două momente arătate mai-sus. Pe timp de pace fapta este sancționată alternativ cu detențiunea pe viață sau închisoarea de la 15 la 25 de ani, iar pe timp de război codul reglementează ca unică pedeapsă detențiunea pe viață. Apreciez că o atare distincție nu ar mai trebui realizată. Ar valora mai puțin viața ființelor umane, potențiali subiecți pasivi ai unei atare infracțiuni, pe timp de pace ? Războiul în sine este oricum o oroare pentru ființele umane în genere și pentru umanitate totodată, dar aceasta nu cred că face mai valoroasă viața umană și conferă un pericolul social mai mare infracțiunii de genocid. Aș spune că din contră. Dacă pe timpul unei așa zise păci, oamenii se omoară între ei, de o manieră atât de grotească, aceasta arată, în opinia mea, o pericolozitate la fel de mare a infractorului sau infractorilor, căci sub masca păcii, mor zeci de oameni la fel de nevinovați ca și pe timp de război. Dacă vechiul proiect de cod penal¹⁷ această distincție dispunea¹⁸, noul cod penal păstrează distincția între cele două momente¹⁹. Totodată, preluând ideea de a sancționa și persoanele care participă la o înțelegere cu privire la săvârșirea faptei, dispozițiile alin. 3 ale articolului 357 dispun: *“Înțelegerea în vederea săvârșirii infracțiunii de genocid se pedepsește cu închisoarea de la 5 la 20 de ani și interzicerea unor drepturi”*. Fără a face vreo distincție în funcție de calitatea tănuitorului sau a celui care favorizează, codul penal menționează expres și sancționarea acestor fapte conexe infracțiunii de genocid (și nu numai): *“Tănuirea și favorizarea privitoare la infracțiuni din acest titlul (Titlul XI, n.n.) se pedepsește cu închisoare de la 3 la 10 ani.”* (potrivit alin. 2 din art. 361 din codul penal), dispoziție care nu o mai regăsim în noul cod penal.

În ceea ce privește *Convenția asupra imprescriptibilității crimelor de război și a crimelor contra umanității*, de asemenea, dispozițiile ei au fost preluate în codul penal român, căci, potrivit dispozițiilor art. 121 alin. 2 din codul penal: *“Prescripția nu înlătură răspunderea penală în cazul infracțiunilor contra păcii și omenirii”*, fără a se face distincția între prescripția răspunderii penale și prescripția executării pedepsei, ceea ce denotă că aceste infracțiuni sunt imprescriptibile atât din punct de vedere al răspunderii penale, cât și al executării pedepsei.

A.3. Documente regionale ce protejează dreptul la viață. Un astfel de document, având rolul de a proteja dreptul la viață prin propunerea de abolire a pedepsei cu moartea este *Protocolul la Convenția Americană a Drepturilor Omului* adoptat de Adunarea Generală a Organizației Statelor Americane (O.S.A.) în 1990, și care are prevederi asemănătoare celui de-la doilea protocol facultativ adoptat de Adunarea Generală a O.N.U. în 1989. Protocolul a fost ratificat de Brazilia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panama, Paraguay, Uruguay, Venezuela, fiind doar semnat de către Chile. S.U.A. nu a ratificat și nici nu a semnat acest protocol, menținându-și poziția de stat rețenționist.

În ceea ce privește statele africane, acestea s-au constituit în Organizația pentru Unitate Africană (O.U.A.). Având la bază Hotărârea nr. 115 (XVI) a celei de-a șaisprezecea Ședințe

¹⁷ Referirea vizează codul penal ce trebuia să intre în vigoare la data de 29 iunie 2005 și a cărei intrare în vigoare a fost amânată până la 01 septembrie 2006, și din nou amânată pentru data de 01 septembrie 2008, pentru a nu mai intra deloc în vigoare, fiind acum așteptată intrarea în vigoare a noului cod penal, adoptat prin Legea nr. 286/2009, publicată în M. Of. nr. 510/24.07.2009.

¹⁸ Sub formă de analiză comparativă, codul penal spaniol, ce incriminează infracțiunea de genocid în dispozițiile art. 607, nu face distincția sancționării acestei fapte după cum ea este săvârșită pe timp de pace sau pe timp de război.

¹⁹ Conform art. 438 alin. 2 din noul cod penal.

Ordinarea a șefilor de Stat și de Guvern desfășurată la Monrovia, capitala Liberiei, în perioada 17-20 iulie 1979, O.U.A. a elaborat și a supus ratificării *Carta africană a drepturilor omului și ale popoarelor*. Carta prevede în cadrul articolului 4 dreptul fiecărui om la viață și integritate corporală și totodată, declararea faptului că nimeni nu poate fi lipsit de aceste drepturi în mod samavolnic. Ca aspect specific, carta este singurul document internațional de acest gen care vorbește și de obligațiile cetățenilor și ale popoarelor²⁰.

La nivel european cel mai important document este *Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale*, cunoscută și sub denumirea prescurtată de *Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, încheiată la Roma în 04 noiembrie 1950 de către statele membre ale Consiliului Europei și intrată în vigoare a 03 septembrie 1953. Convenția are rolul de a furniza garanții suplimentare drepturilor omului din statele ratificante, fără a înlocui garanțiile naționale oferite de acestea²¹.

În baza acestui document cu valoare deosebită, a fost înființată *Curtea Europeană a Drepturilor Omului*, a cărei jurisprudență a conferit noțiunii de “*drept la viață*” atât garanțiile efective protejării sale, cât și interpretarea sa creatoare.

O primă chestiune abordată de *Convenția Europeană a Drepturilor Omului* este aceea a limitărilor aduse dreptului la viață, care trebuie să fie exprese și trebuie să acopere o plajă restrânsă de situații, pentru a înlătura arbitrarul. Este și motivul pentru care, în *Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, se prevede expres posibilitatea limitării acestui drept: “*1. Moartea nu poate fi cauzată cuiva în mod intenționat, decât în executarea unei sentințe capitale pronunțate de un tribunal în cazul în care infracțiunea este sancționată cu această pedeapsă prin lege. 2. Moartea nu este considerată ca fiind cauzată prin încălcarea acestui articol în cazurile în care aceasta ar rezulta dintr-o recurgere absolut necesară la forță: a) pentru a asigura apărarea oricărei persoane împotriva violenței ilegale; b) pentru a efectua o arestare legală sau pentru a împiedica evadarea unei persoane legal deținute; c) pentru a reprima, conform legii, tulburări violente sau o insurecție*”.

Noțiunea de “*recurgere absolut necesară la forță*” a fost definită în cadrul unor spețe concrete²² de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului (C.E.D.O.), astfel: “*orice recurgere la forță trebuie să fie absolut necesară pentru atingerea unuia din obiectivele menționate în alineatele a)- c). Sub acest aspect, utilizarea termenilor “absolut necesar”, figurând în art. 2 paragraful 2, implică faptul că trebuie aplicat un criteriu de necesitate mai strict și imperios decât cel care este utilizat în mod normal pentru a determina dacă intervenția statutului este necesară într-o societate democratică potrivit art. 8 paragraful. 2 și art. 11 din Convenție. Forța utilizată trebuie, în special să fie strict proporțională scopurilor menționate în paragraful 2a, b sau c din art. 2*”.

Strâns legate de *Convenția Europeană a Drepturilor Omului*²³ se află cele două Protocoale la această convenție, și anume *Protocolul nr. 6*²⁴ și *Protocolul nr. 13*. Primul, adoptat la Strasbourg în 28 aprilie 1983 de către Consiliul Europei, prevede abolirea pedepsii cu moartea în vreme de pace. Statele părți pot menține această pedeapsă pe timp de război sau în caz de iminentă amenințare cu războiul (art. 2).

²⁰ Site-ul www.dados.org.

²¹ Ioan Muraru și Simina Tănăsescu, *op. cit.*, p. 150.

²² De exemplu, cazul *Orak c. Turcia*, Hotărârea din 14.02.2002, Secția 1- Cameră, prezentată în Revista română de drepturile omului, nr. 25/2003, pag. 106-110, sau cazul *Ogur c. Turcia*, Hotărârea din 1999 citat de către Curte în cazul anterior, sau cazul *McCann și alții c. Marii Britanii*, Hotărârea din 27.09.1995, prezentată în lucrarea Hotărâri ale C.E.D.O., culegere selectivă, Ed. Polirom, București, 2000, îngrijită de Monica Macovei, sau cazul *Gulec c. Turcia*, hotărârea din 27.07.1998, prezentată în lucrarea dl. Marin Voicu, *Protecția europeană a drepturilor omului*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, pp. 40-57.

²³ Convenția și protocoalele sale, până la 10, au fost ratificate de România prin Legea nr. 30 din 18.05.1994, publicată în M. Of., partea I, nr. 135 din 31.05.1994 și a intrat în vigoare la data de 20 iunie 1994.

²⁴ *Protocolul nr. 6* a fost ratificat de către 45 de state și semnat de unul (Federația Rusă).

În continuarea demersurilor aboliționiste s-a situat adoptarea, în anul 1994 de către Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei a Recomandării 1246 privitoare la abolirea pedepsei cu moartea²⁵ precum și Summit-ul de la Strasbourg din 1997 care și-a propus ca deziderat abolirea universală a pedepsei cu moartea, apreciind, pe drept cuvânt, că aceasta nu mai poate fi acceptată față de progresele pe care societatea contemporană le-a făcut. Cu toate acestea, participanții au recunoscut că abolirea universală a pedepsei cu moartea nu este un lucru ușor de realizat, invitând Comitetul de Miniștri să propună²⁶ guvernelor membre ca acestea să-și aducă sprijinul în educarea opiniei publice împotriva execuțiilor și totodată să mențină moratoriile privind executarea acestei pedeapsă²⁷.

Eficiența summit-ului nu este totuși de neglijat câtă vreme în anul 2002 a fost adoptat de către Consiliul Europei *Protocolul nr. 13 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului* document ce prevede abolirea pedepsei cu moartea în toate circumstanțele, adică și în cazul unor infracțiuni foarte grave, cum ar fi diferite tipuri de omor, sau infracțiunile contra siguranței statului, precum și în caz de război. Protocolul a fost ratificat de 36 de state²⁸, printre care și România, în timp ce alte 7 state doar l-au semnat fără să îl ratifice până în prezent²⁹. Dintre cele 7 state semnatare, doar poziția Albaniei poate găsi o justificare economică și juridică ea nefiind considerat de către Amnesty International ca un stat aboliționist. În rest poziția celorlalte 6 state surprinde, câtă vreme printre ele se află și mari puteri economice și politice, ce nu de puține ori au dat tonul păcii sau războiului în Europa. Probabil, acestea consideră că ratificarea unui document european, cum este acesta, le va obliga la menținerea acestei poziții aboliționiste indiferent de situațiile ce se vor ivi în viitor, în timp ce asupra documentele interne aboliționiste s-ar putea reveni, în cazul unor situații excepționale. Rămâne de văzut ce poziție vor adopta unele dintre aceste state, importante puteri europene, asupra ratificării acestui protocol, ele putând da tonul spre un viitor european (măcar european) mai liniștit sau, în caz contrar, lăsând loc persistenței unor dubii cu privire la un astfel de viitor.

B. Analiza pedepsei cu moartea în România și în lume. Problema pedepsei cu moartea nu a fost o noutate a secolului al XX-lea, ci a preocupat teoreticienii români încă de la apariția lucrării lui Beccaria, lucrare ce a exercitat o evidentă înrăurire mai întâi în fostele Principate și apoi în noul Regat³⁰. De la acel moment și până în prezent opinia majoritară a doctrinarilor noștri reflectată și în legile timpului a fost constant împotriva pedepsei cu moartea. De exemplu, pedeapsa cu moartea a fost abolită prin Regulamentele organice din 1831, nu a existat în Codul penal de la 1865, fiind reintrodusă în timpul domniei Regelui Carol al II-lea pentru infracțiuni politice și militare, precum și în timpul dictaturii comuniste, folosită pe atunci, cel mai adesea, ca o armă politică îndreptată împotriva celor ce nu pactizau cu ideile regimului. Dintre marii noștri penaliști, Ion Tanoviceanu era pentru instituirea acestei pedepse, în timp ce Vespasian V. Pella, marele internaționalist penal român, Mina Minovici sau Vasile Dongoroz erau împotriva ei³¹.

În prezent, este binecunoscut că printre primele măsuri dispuse după Revoluția din 1989, fostul C.F.S.N. a abolit pedeapsa cu moartea prin Decretul nr. 6 din 07.01.1990, înlocuind-o cu

²⁵ Corneliu Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului – comentarii pe articole*, vol. I Drepturi și libertăți, Ed. All Beck, București, 2005, p. 190.

²⁶ Iată declarația principală realizată cu această ocazie: "*Facem un apel pentru abolirea universală a pedepsei cu moartea și insistăm asupra menținerii, interimare, a moratoriilor asupra execuțiilor în vigoare în Europa*".

²⁷ Marin Voicu, *op. cit.*, p. 480.

²⁸ Ultimul stat care a ratificat Protocolul nr. 13 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului a fost Luxemburg, în 21 martie 2006.

²⁹ Acestea sunt: Albania, Franța, Italia, Letonia, Moldova, Polonia și Spania.

³⁰ Olivian Mastacan, *Pedeapsa capitală în dreptul românesc. Origine și evoluție*, Ed. Bibliotheca, Târgoviște, 2008, pp. 79-82.

³¹ *Ibidem*, pp. 101, 109-111.

pedeapsa detențiunii pe viață³², și ridicând acest principiu aboliționist la rangul de principiu constituțional³³, fără a distinge în aplicarea acestei pedepse în cazul infracțiunilor militare sau în timp de război, cum este cazul altor state³⁴. În motivarea decretului de abolire s-a arătat că măsura a fost luată pentru a se observa tendințele profund umaniste ale noului regim ce urma a se instala în România.

În ceea ce privește atitudinea statelor față de pedeapsa cu moartea se pot distinge patru situații: state aboliționiste, state care au abolit pedeapsa cu moartea doar pentru infracțiunile de drept comun, state aboliționiste de facto și state care mențin pedeapsa cu moartea și o aplică.

Conform ultimei statistici realizată de Amnesty International³⁵, există în prezent 95 de state aboliționiste³⁶, 9 care au abolit pedeapsa cu moartea doar pentru infracțiunile de drept comun³⁷, deja arătate, 35 de state care au abolit de facto pedeapsa cu moartea³⁸ și 58 de state care mențin această pedeapsă și o aplică, realizând execuții anuale³⁹.

În aceeași statistică, se precizează că după anul 1990, 40 de state au abolit pedeapsa cu moartea. Unele dintre ele au revenit la aceasta, dar fie au devenit din nou aboliționiste⁴⁰, fie nu au mai realizat execuții. Ultimele state care au abolit pedeapsa cu moartea pentru toate infracțiunile au fost Burundi și Togo în 2009.

În peste 25 dintre statele care nu au abolit pedeapsa cu moartea, conform acelorași rapoarte ale Amnesty International, - și aceasta doar luând în calcul statisticile oficiale -, au avut loc, nu mai departe de anul 2008, 2390 de execuții, iar în alte 52 de astfel de state au fost condamnate la o asemenea pedeapsă 8864 de persoane.

³² Potrivit art. 53 alin. 1 pct. 1 lit. a) din codul penal, una dintre pedepsele principale este detențiunea pe viață.

³³ Conform art. 22 alin. 3 din Constituție: "Pedeapsa cu moartea este interzisă".

³⁴ În conformitate cu ultimul raport al Amnesty International, există în prezent pe glob 11 state unde pedeapsa cu moartea a fost abolită doar pentru crimele de drept comun, exceptând aici, statele unde această pedeapsă nu a fost abolită. Acestea sunt: Albania, Argentina, Bolivia, Brazilia, Chile, Insulele Cook, El Salvador, Fiji, Israel, Lituania, Peru.

³⁵ Datele au fost preluate de pe site-ul www.amnesty.org la 28.03.2010.

³⁶ Aceste state sunt: Albania, Andorra, Angola, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaijan, Belgium, Bhutan, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Burundi, Cambodia, Canada, Cape Verde, Colombia, Cook Islands, Costa Rica, Cote D'Ivoire, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Djibouti, Dominican Republic, Ecuador, Estonia, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Guinea-Bissau, Haiti, Holy See, Honduras, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Kiribati, Kyrgyzstan, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Macedonia, Malta, Marshall Islands, Mauritius, Mexico, Micronesia, Moldova, Monaco, Montenegro, Mozambique, Namibia, Nepal, Netherlands, New Zealand, Nicaragua, Niue, Norway, Palau, Panama, Paraguay, Philippines, Poland, Portugal, Romania, Rwanda, Samoa, San Marino, Sao Tome And Principe, Senegal, Serbia (including Kosovo), Seychelles, Slovakia, Slovenia, Solomon Islands, South Africa, Spain, Sweden, Switzerland, Timor-Leste, Togo, Turkey, Turkmenistan, Tuvalu, Ukraine, United Kingdom, Uruguay, Uzbekistan, Vanuatu, Venezuela.

³⁷ Aceste state sunt: Bolivia, Brazil, Chile, El Salvador, Fiji, Israel, Kazakstan, Latvia, Peru.

³⁸ Aceste state sunt: Algeria, Benin, Brunei, Burkina Faso, Cameroon, Central African Republic, Congo (Republic of), Eritrea, Gabon, Gambia, Ghana, Grenada, Kenya, Laos, Liberia, Madagascar, Malawi, Maldives, Mali, Mauritania, Morocco, Myanmar, Nauru, Niger, Papua New Guinea, Russian Federation, South Korea, Sri Lanka, Suriname, Swaziland, Tajikistan, Tanzania, Tonga, Tunisia, Zambia.

³⁹ Aceste state sunt: Afghanistan, Antigua and Barbuda, Bahamas, Bahrain, Bangladesh, Barbados, Belarus, Belize, Botswana, Chad, China, Comoros, Democratic Republic of Congo, Cuba, Dominica, Egypt, Equatorial Guinea, Ethiopia, Guatemala, Guinea, Guyana, India, Indonesia, Iran, Iraq, Jamaica, Japan, Jordan, Kuwait, Lebanon, Lesotho, Libya, Malaysia, Mongolia, Nigeria, North Korea, Oman, Pakistan, Palestinian Authority, Qatar, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines, Saudi Arabia, Sierra Leone, Singapore, Somalia, Sudan, Syria, Taiwan, Thailand, Trinidad And Tobago, Uganda, United Arab Emirates, United States Of America, Viet Nam, Yemen, Zimbabwe.

⁴⁰ Patru din cele 40 de state au revenit ulterior asupra acestei măsuri. Acestea sunt: Nepal, Filipine, Gambia și Papua Noua Guinee. Dintre acestea, Nepalul a revenit din nou la statutul unei țări aboliționiste, Filipinele au mai realizat anumite execuții o perioadă de timp, în timp ce Gambia și Papua Noua Guinee au devenit aboliționiste de facto, nerealizând după introducerea din a pedepsei cu moartea nici o execuție.

Îngrijorarea care se ivește este de fapt aceea că majoritatea covârșitoare a execuțiilor (93%) s-au realizat în anul 2008 în China, Iran, Arabia Saudită, Pakistan și S.U.A., în timp ce în 2005, cel puțin 2.148 de persoane au fost executate în 22 de țări, dar majoritatea covârșitoare a acestor execuții (94%) a avut loc în China, Iran, Arabia Saudită și S.U.A. Se observă constanța a trei state în care sancționarea și executarea pedepsei cu moartea este constantă în timp, adică China, S.U.A. și Iran.

În ceea ce privește Statele Unite, din cele 50 de state care alcătuiesc federația americană, în 38 este prevăzută și aplicată pedeapsa cu moartea. Și tot în Statele Unite, în anul 2005 au fost executați 60 de deținuți, ajungându-se la cifra de 1004 persoane executate din 1977 și până la începutul anului 2006. Cu toate acestea, în statul Illinois, guvernatorul acestui stat a decretat un moratoriu al execuțiilor pedepsei capitale, începând cu ianuarie 2000, deoarece se constatare că 13 persoane condamnate la această pedeapsă au fost ulterior găsite nevinovate. Mergând pe aceeași linie, în ianuarie 2003 Guvernatorul Ryan a amnistiat 4 condamnați la moarte și a comutat alte 167 de sentințe de condamnare la moarte pronunțate în acest stat.

Dintre cele aproape 3.800 de persoane executate în anul 2004, 3.400 au fost executate în China. Însă, potrivit unui raport al unui delegat al Congresului Național al Popoarelor, până în martie 2004 în China erau executate anual în jur de 10.000 de persoane. În anul 2005, potrivit datelor oficiale, numărul execuțiilor a fost de 1770, în timp ce datele neoficiale ridică această cifră la 8.000 de execuții pe parcursul întregului an.

Printre metodele de execuție au fost folosite atât mijloace ce implică tehnici moderne, cum ar fi electrocutarea, împușcarea, injecțiile letale, dar și mijloace vechi de când lumea, ca spânzurarea (în Egipt, Iran, Japonia, Iordania, Pakistan, Singapore și altele), decapitarea (în Arabia Saudită și Iran), sau uciderea cu pietre (în Afganistan și Iran). În ceea ce privește România, înainte de 1989, când exista această pedeapsă, executarea ei se făcea prin împușcare⁴¹.

Cu toate că tratatele internaționale interzic executarea și condamnarea minorilor (în realitate persoane având vârsta de până la 18 ani, deoarece majoratul se poate dobândi în anumite țări și la alte vârste mai mari, cum ar fi în SUA, unde o persoană devine major la 21 de ani), din 1990 și până în prezent au fost executate, conform rapoartelor oficiale 46 de tineri. Procentajul executării minorilor infractori este infim prin comparație cu cel al majorilor, dar motivul de îngrijorare îl reprezintă vârstele fragede ale acestora. Astfel, din cei 46 de minori, majoritatea aveau 16-17 ani la momentul săvârșirii faptei, dar au existat 3 cazuri în care minorii aveau 14 ani la momentul executării lor (în Congo, Iran și Pakistan) și alte 2 cazuri în care minorii aveau doar 13 ani la momentul executării lor (în Yemen și Pakistan). Cele mai multe execuții ale unor minori infractori realizate în perioada 1990-2003, s-au produs în S.U.A. (19 la număr), în timp ce în anul 2004 s-au înregistrat 4 execuții ale unor minori în China și 3 în Iran. În anul 2005 tot în Iran au fost executați 8 minori condamnați. Se observă că statele în care se mai realizează, încă execuții ale minorilor infractori sunt 8 la număr, și anume: SUA, China, Congo, Iran, Nigeria, Pakistan, Arabia Saudită și Yemen.

Documentele internaționale, ca cele deja menționate, precum și studiile doctrinare naționale, cum ar fi cele ale lui Costică Bulai⁴² sau Iulian Poenaru⁴³, sau cele la nivel internațional, cum ar fi cele ale lui Roger Hood⁴⁴, precum și cele realizate de organisme recunoscute pe plan mondial, cum ar fi O.N.U., conchid că pedepsei cu moartea, pe lângă faptul că este iremisibilă, ireparabilă și inadaptabilă prin individualizare, nu i se poate reține caracterul intimidant, statisticile negăsind nici o legătură causală între instituirea acestei pedepse și scăderea ratei infracționalității, sau viceversa, în sensul că abolirea ei nu a dat naștere unei extinderi a infracționalității. De exemplu, în Canada, s-a dovedit că temerile în extinderea ratei infracționalității după abolirea pedepsei cu

⁴¹ Potrivit art. 32 alin. 5 din Legea nr. 23/1969, legea privind executarea pedepselor, în prezent abrogat.

⁴² Costică Bulai, *Manual de drept penal – partea generală*, Ed. All, București, 1997, p. 294.

⁴³ Iulian Poenaru, *op. cit.*, pp. 136-162.

⁴⁴ Roger Hood, *Pedeapsa cu moartea – o perspectivă mondială*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 2002, p. 230.

moartea nu au fost justificate. Astfel, în 1975 erau săvârșite 3 omoruri la suta de mii de locuitori. Raportarea la anul 1975 se face deoarece acesta a fost anul anterior abolirii pedepsei cu moartea în acest stat. În 1980, la 4 ani după abolire rata omorurilor era de 2,41 la suta de mii de locuitori, deci mai mică, pentru ca în 2003 rata să fie de 1,73 de omoruri la suta de mii de locuitori. În plus, un alt argument pentru abolirea acestei pedepse a fost caracterul ei ireparabil, adică imposibilitatea reparării unei astfel de greșeli, în caz de eroare judiciară. Cazul statutului Illinois din S.U.A. în acest sens, ar trebui să fie un exemplu, și din păcate nu este singurul. Tot în S.U.A., din 1973 și până în 2004, au fost găsite ulterior nevinovate 122 de persoane condamnate la pedeapsa cu moartea, pentru ca în 2004 să mai fie întâlnite alte 6 cazuri, iar în 2005 alte 3 situații de acest gen. Chiar dacă nici timpul petrecut de o persoană în închisoare nu îi mai poate fi dat înapoi în cazul unei erori judiciare, mai există posibilitatea unor reparații ulterioare, precum și a recăpătării libertății, pe când în cazul pedepsei cu moartea, viața acesteia nu i-o mai poate da nimeni înapoi.

III. Cadrul intern oferit de dreptul penal în vederea protejării dreptului la viață.

Revenind la protecția vieții umane prin mijloacele interne putem distinge trei niveluri ale acestei protecții, și anume: la nivel constituțional, prin dispozițiile art. 11 alin. 1⁴⁵, art. 20⁴⁶ și 22 alin. 3, la nivel de lege organică, prin mijloacele dreptului penal, și anume prin incriminarea ca infracțiuni a celor mai grave fapte antisociale, care aduc atingere vieții, în general, și la nivel de lege ordinară, și anume, prin intermediul unor legi speciale, cum ar fi dispozițiile O.G. nr. 102/2000 privind statutul refugiaților, sau art. 5 paragraful a) și ale art. 22 alin. 3 din Legea nr. 123/2001 privind regimul străinilor, precum și dispozițiile art. 29 din legea nr. 304 privind extrădarea, care opresc statul român să extrădeze sau să expulzeze străini de pe teritoriul nostru în țări unde există pericolul că vor fi expuși la o pedeapsă capitală, pentru faptele săvârșite.

Cea mai extinsă protecție și mai explicită o găsim în cadrul dispozițiilor codului penal. Acesta a instituit un “aparatură” de protecție juridică a vieții și a atributelor sale elaborat, chiar dacă perfectabil, ce dă posibilitatea practicienilor dreptului de a avea mijloacele juridice la îndemână pentru a putea sancționa numeroase fapte penale ce s-ar putea ivi în mod concret. Spun perfectibil, atât din perspectiva realizării unei mai bune incriminări a infracțiunilor ce sunt deja sancționate, cât și pentru că prezervarea și ocrotirea vieții ce este pe cale să apară în mod natural nu este încă ocrotită, deși a existat o intenție laudabilă, în acest sens, prin incriminarea în cel ce trebuia să devină între 2004-2008 noul cod penal al României, a crimelor și delictelor privind manipularea genetică⁴⁷. În noul cod penal, Legea nr. 286/2009⁴⁸ incriminarea acestor delicturi nu a mai fost preluată. Din punctul nostru de vedere o astfel de incriminare se impunea să fie făcută în chiar codul penal, și nu să fie lăsate în afara protecției juridice penale astfel de fapte deosebit de grave sau să se aștepte includerea lor într-o eventuală lege specială ce ar reglementa domeniul genetic, a cărei apariție pare acum mult prea îndepărtată. Soluția propusă prin textul fostului nou cod penal, se apropia extrem de mult de cea propusă de legislativul spaniol, care incriminează asemenea fapte în Titlul V al codului penal (art. 159-162), alături de infracțiuni ce protejează viața și sănătatea persoanelor sau a fătului, precum și de cea propusă de cel francez, care prezintă o reglementare

⁴⁵ Potrivit art. 11 alin. 1 din Constituție: “*Tratatele ratificate de Parlament, potrivit legii, fac parte din dreptul intern*”.

⁴⁶ Potrivit art. 20 din Constituție: “ (alin. 1) *Dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația Universală a drepturilor Omului, cu pactele și celelalte tratate la care România este parte. (alin. 2) Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile*”.

⁴⁷ Titlul I, capitolul IV ale vechiului “nou” cod penal, prevedea incriminarea ca și crime și delicturi privind manipularea genetică, a următoarelor fapte: alterarea genotipului (art. 193), utilizarea periculoasă a ingineriei genetice (art. 194) și crearea ilegală de embrioni umani și clonarea (art. 195).

⁴⁸ Legea nr. 286/2009, publicată în M. Of. Nr. 510/24.07.2009.

similiară în codul penal francez, introdusă prin Legea din 06 august 2004 și care fac obiectul art. 511 din codul penal⁴⁹. În ambele cazuri clonarea reproductivă a fost incriminată, nefiind permisă nici măcar în scopuri terapeutice.

Introducerea în legislația internă a unor incriminări privind clonarea s-a realizat abia după ce în 1996, cercetătorii britanici au clonat o oaie, exemplarul multiplu devenind o celebritate mediatică, oaia Dolly, dar mai puțin un succes științific⁵⁰. Deși prezentat ca un eveniment științific de marcă, clonarea unei ființe vii a ridicat numeroase semne de întrebare din punct de vedere filozofic și juridic, mai ales raportat la o posibilă clonare a ființelor umane. De aceea, la scurt timp de la crearea reproductivă a lui Dolly comunitatea științifică și juridică din cele 40 de state europene membre ale Consiliului Europei, precum și din U.S.A., Canada, Japonia, Australia și Sfântul Scaun, s-a reunit în 04 aprilie 1997, la Oviedo, Spania, reuniune ce a avut ca rezultat redactarea Convenției pentru protecția drepturilor Omului și a Demnității ființei umane cu privire la aplicațiile biologiei și ale medicinei⁵¹, denumită și Convenția relativă la drepturile Omului și ale biomedicinei, sau, mai simplu, Convenția de la Oviedo.

Din conținutul său se desprind trei principii fundamentale:

- primatul ființei umane⁵²;
- principiului accesului egal la beneficiile sănătății⁵³, și
- principiul respectului normelor și al obligațiilor profesionale, precum și a normelor de conduită aplicabile fiecărui caz, în parte⁵⁴.

Dintre toate trei cel mai important este principiul primatului ființei umane, care, de asemenea, poate fi definit sub trei aspecte⁵⁵:

- în primul rând, putem spune că potrivit convenției este protejată ființa umană în sensul ei individual, adică fiecare om luat ca o individualitate (înțelesul individual);
- în al doilea rând, protecția convenției se extinde asupra ființelor umane înțelese în sensul colectiv, de comunitate, (înțelesul social);
- în al treilea rând, este protejată umanitatea în întregul ei, ca și specie (înțelesul de specie).

Acestui document internațional i-a urmat la 12 ianuarie 1998 primul Protocol Adițional al Convenției de la Oviedo, denumit și Protocolul de la Paris prin care se interzice în mod expres clonarea ființelor umane vii sau moarte⁵⁶, pentru ca ulterior numărul documentelor internaționale și europene relative la clonare să se multiplice simțitor. În acest sens, cele mai importante sunt Declarația Universală UNESCO asupra genomului și a Drepturilor Omului, care postulează unitatea fundamentală a umanității prin intermediul genomului uman, subliniind totodată diversitatea intrinsecă a ființelor umane, Directiva 98/44/CE⁵⁷ relativă la protecția juridică a invențiilor biotehnologice a Parlamentului European și a Consiliului de Miniștri din 6 iulie 1998,

⁴⁹ Michel Véron, *Droit pénal spécial*, a 12- ediție, Ed. Sirey-Dalloz, Paris, 2008, pp. 27-28.

⁵⁰ Lavinia Mihaela Vlădila, *Aspecte de ordin juridic, social și moral privind clonarea ființei umane*, în Revista U.N.B.R., Buletinul I.N.P.P.A. nr. 1/2008, pp. 62-63, 66-69.

⁵¹ Spania a ratificat Convenția de la Oviedo și Primul Protocol Adițional din 1998 încheiat la Paris în 1999, în timp ce România a ratificat Convenția la 24 aprilie 2001, cu intrare în vigoare de la 01 august 2001.

⁵² Conform art. 2 din Convenția de la Oviedo.

⁵³ Conform art. 3 din Convenția de la Oviedo.

⁵⁴ Conform art. 4 din Convenția de la Oviedo.

⁵⁵ Mona Maria Pivniceru y Horia Tit, *Principiile fundamentale ale sistemului european de protecție a drepturilor omului cu privire la biomedicină*, în Revista Română de Bioetică, on line, vol I, nr. 3/2003, www.bioetica.ro

⁵⁶ Precizarea este foarte importantă, ne mai lăsând loc nici unui dubiu, fapt ce ar fi putut conduce la eludarea Convenției și a consensului stabilit prin folosirea unor motivații diverse. Iată textul articolului alin. 1: “1. Este interzisă orice intervenție care să aibă drept finalitate crearea de ființe umane genetic identice cu alte ființe umane vii sau moarte. 2. În înțelesul acestui articol prin ființe umane “genetic identice” cu alte ființe umane se înțelege o ființă umană care împarte cu o alta aceeași serie de gene nucleare”.

⁵⁷ Publicată în Jurnalul Oficial nr. L 213 din 30.07.1998, pag. 0013-0021.

care prin dispozițiile art. 6.2. a) și b) propune excluderea de la patentare a invențiilor asupra procedeelelor de clonare a ființelor umane și a procedeelelor de modificare a identității genetice germinale a ființei umane⁵⁸.

Revenind la dreptul nostru intern, așa cum deja am precizat noul cod penal nu face nici un fel de referiri la protejarea genomului uman și a unicității ființei umane, în esență a vieții acesteia sub un aspect atât de aparte și special.

Însă, în acest moment cea mai importantă protecție asupra dreptului la viață este dată de infracțiunile reglementate în codul penal în cadrul Titlului al-II-lea intitulat *Infracțiuni contra persoanei*, la capitolului I, secțiunea I *Omuciderea*⁵⁹. Fără a fi dar singura modalitate, viața ca realitate fundamentală, este ocrotită nu doar prin intermediul infracțiunilor contra vieții sau contra integrității corporale și sănătății⁶⁰, ci și prin intermediul altor infracțiuni ce se regăsesc în alte titluri și capitole ale codului penal. Acestea pot să fie sau infracțiuni al căror rezultat final, în anumite forme agravate, este moartea unei/unor persoane, infracțiuni săvârșite, sub raportul formei de vinovăție cu praeterintenție⁶¹, sau infracțiuni complexe, săvârșite sub raport subiectiv cu intenție, dar al căror obiect juridic principal îl constituie protecția altor valori sociale, și nu pe cele ale vieții, care devin în acest caz obiect juridic secundar⁶².

Fără a analiza în detaliu toate aceste infracțiuni, întrucât ne-am propus doar o abordare generală a subiectului, am dori să menționăm și reglementarea mult mai complexă și protecția mult mai eficientă a dreptului la viață în noul cod penal. În acest sens, un interes aparte ni l-au stârnit articolele 190, 200 și 202 din Legea nr. 286/2009, articole care privesc în odinea enumerării uciderea la cerere a victimei, uciderea ori vătămarea noului-născut săvârșite de către mamă și vătămarea fătului. După cum ne întrebam chiar în capitolul introductiv al prezentului studiu are cineva dreptul să ucidă pe altul doar pentru că suferă mai mult decât alți semeni? Chestiunea pare rezolvată dacă luăm în calcul dispozițiile art. 190 care arată că: *Uciderea săvârșită la cererea explicită, serioasă, conștientă și repetată a victimei care suferea de o boală incurabilă sau de o infirmitate gravă atestată medical, cauzatoare de suferințe permanente și greu de suportat se*

⁵⁸ De asemenea, conform considerațiilor preliminară nr. 38, 40 și 41, în special, ale directivei menționate „*în sânul UE există consens cu privire la faptul că intervenția genetică germinală a ființelor umane și a clonării de ființe umane este contrarie ordinii publice și moralității*”.

⁵⁹ Prima secțiune din capitolul I, Titlul al II-lea al codului penal cuprinde incriminarea următoarelor fapte: omorul în trei forme, una simplă (art. 174) și două agravate (omorul calificat – art. 175 și omorul deosebit de grav – art. 176), pruncuciderea (art. 177), uciderea din culpă (art. 178), și determinarea sau înlesnirea sinuciderii (art. 179).

⁶⁰ Secțiunea a doua, intitulată „*Lovirea și vătămarea integrității corporale sau a sănătății*”, completează infracțiunile care au ca rezultat moartea unei persoane cu cea de loviri sau vătămări cauzatoare de moartea (art. 183).

⁶¹ În cadrul acestor infracțiuni ar fi de amintit incriminarea următoarelor infracțiuni: avortul (art. 185 alin 3 teza a II-a) lipsirea de libertate (art. 189 alin. 6), violul (art. 197 alin. 3 teza a II- a), actul sexual cu un minor (art. 198 alin. 6), perversiunea sexuală (art. 201 alin. 5 teza a II-a), tâlhăria (art. 211 alin. 3 teza a II-a), pirateria (art. 212 alin. 3 teza a II-a), tortura (art. 267¹ alin. 3), nerespectarea regimului materialelor nucleare sau a altor materii radioactive (art. 279¹ alin. 5 teza a II-a), nerespectarea regimului materiilor explozive (art. 280 alin. 5 teza a II-a), nerespectarea dispozițiilor privind importul de deșeuri și reziduuri (art. 302² alin. 2 teza a II-a), falsificarea de alimente sau alte produse (art. 313 alin. 3 teza a II-a și alin. 5 teza a II-a), încăierarea (art. 322 alin. 3 teza a II-a). O situație aparte o reprezintă infracțiunile prevăzute în cadrul Titlului VI, capitolul III, care în situația în care s-a produs o **catastrofă de cale ferată** pot produce moartea uneia sau mai multor persoane. În aceste forme calificate, și aceste infracțiuni devin infracțiuni complexe.

⁶² Astfel de infracțiuni sunt cele cuprinse în cadrul Titlului I al codului penal, al căror obiect juridic principal îl constituie relațiile privitoare la siguranța statului, cum ar fi, atentatul care pune în pericol siguranța statului (art. 160), atentatul contra unei colectivități (art. 161), infracțiuni contra reprezentantului unui stat străin (art. 171), sau infracțiunile privitoare la asistența celor în primejdie, care sunt infracțiuni de pericol și care doar în mod potențial, pot duce la pierderea vieții unei persoane, infracțiuni prevăzute în cadrul Titlului IX, capitolul III (art. 314-316), precum și infracțiunile, deja amintite, prevăzute în cadrul Titlului XI, al căror obiect juridic principal îl constituie prezervarea păcii și a armoniei între oameni și popoare, cum este genocidul (art. 357) și tratamentele neomnoase (art. 358).

pedepsește. În acest context euthanasierea nu mai este posibilă, înlăturând astfel orice fel de speculații pe tema aceasta, dar ea este sancționată cu o pedeapsă minimă (1-5 ani de închisoare), putând crea uneori premisele comiterii ei cu mult prea multă ușurință. Textul de lege impune o serie de condiții, cum ar fi cererea explicită a victimei, ceea ce înseamnă că ea trebuie să fie expresă și nu implicită, să rezulte dintr-o manifestare directă de voință a acesteia și nu din alte fapte sau elemente, victima să fie conștientă și în plus să ceară în mod repetat aceasta. Însă dacă condiția repetabilității poate înlătura comiterea faptei la o simplă cerere, ea nu ne pune la adăpost de acelea în care cererea a fost manifestată de două sau trei ori. În definitiv, cât de des este nevoie să se repete această solicitare, de câte ori, la ce intervale de timp ca ea să fie luată în serios? De asemenea, textul de lege nu ne ajute foarte mult nici din perspectiva altor termeni folosiți în curpînsul său, cum ar fi aceia de *infirmitate gravă, suferințe permanente și greu de suportat*. La extrema cealaltă se situează, modificarea adusă actualului text al art. 177 din codul penal privind pruncuciderea, care în noul cod penal se regăsește sub denumirea marginală, neinspirată⁶³, de *uciderea sau vătămarea nou-născutului săvârșită de către mamă*. Noul text introduce un termen expres până la care se poate comite fapta, adică 24 de ore, față de inexplicita formulare actuală *imediat după* naștere, în sens contrar uciderea copilului constituind infracțiunea de omor simplu (art. 188 în noul cod penal). Proiectul ar fi putut totuși adopta soluția din legislațiile germană sau italiană în sensul că pruncuciderea există și dacă se realizează în procesul nașterii, menținând însă reglementarea tradițională în materie, făcându-se astfel diferența între avort și pruncucidere. Noul text inovează și sub aspectul comiterii faptei cu praeterintenție atunci când rezultă moartea noului-născut, dar și atunci când fapta atentează doar la sănătatea și intergitatea fizică a acestuia, fiind comise infracțiunile de lovire și vătămare corporală (art. 193 și 194 din noul cod penal). Un aspect pozitiv este acela că uciderea copilului se datorează unei stări de tulburare psihică, fără ca noul text să mai lege această tulburare de procesul nașterii și creând o plajă mai mare de situații în care infracțiunea s-ar putea aplica. În fine, ultimul text asupra căruia am înțeles să poposim se referă la crearea infracțiunii de *vătămare a fătului*, infracțiunea nouă, preluată din legislația spaniolă. În opinia noastră, noua incriminare este de bun augur, și relevă o nouă viziune politică și socială a legiuitorului, care dorește să protejeze viața încă de la momentul zămisirii ei, așa cum găsim texte în codul civil care creează copilului nenăscut drepturi de la concepția sa, chiar. Mai mult decât atât, față de nenumăratele situații în care s-a regăsit culpa medicală în vătămarea fătului cu consecințe extrem de grave pentru dezvoltarea sa ulterioară spre stadiul de nou-născut dar și ulterior vieții intrauterine, reglementarea propusă se încadrează unor noi situații apărute în viața socială. Fătul este astfel protejat atât în timpul nașterii, cât și în timpul sarcinii, creând medicilor ginecologici o mai mare răspundere față de actul supravegherii medicale a unei femei gravide precum și în momentul nașterii. De asemenea, în noua reglementare, chiar și vătămarea fătului comisă de mamă în timpul nașterii, constituie infracțiune, legiuitorul dorind o protecție mărită a noii vieți ce este pe punctul de a ieși la iveală. Fapta nu se pedepsește dacă mama își vatămă fătul în timpul sarcinii (art. 200 alin. 7), după cum dacă fapta se produce după ce nașterea a avut loc ea constituie infracțiunea prevăzută de art. 190 alin. 2, de care am amintit mai-sus. În plus, fapta este incriminată chiar și atunci când este comisă din culpă, fiind vorba aici de o culpă profesională, atunci când este săvârșită de către personalul medical. Dacă fapta este comisă de aceștia ea nu constituie infracțiunea, art. 200 alin. 6 instituind o cauză de impunitate, atunci când este săvârșită în cursul actului medical, cu respectarea prevederilor specifice profesiei și dacă a fost comisă în interesul femeii gravide sau chiar al fătului însuși.

Noul cod penal restrânge sfera infracțiunilor de omor de la trei situații în actuala reglementare la doar două, omoul simplu și omorul calificat, reducând situații în care acesta se produce doar la unele esențiale: cu premeditare, din interes material, pentru a se sutrage ori a

⁶³ A se vedea opinia prof. George Antoniu, *Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou cod penal II*, Revista de drept penal, nr. 1/2008, p. 11.

sustrage pe altul de la tragerea la răspundere penală sau de la excutarea unei pedepse, pentru a înlesni sau a ascunde săvârșirea altei infracțiuni, de către o persoană care a mai comis anterior o infracțiune de omor sau o tentativă la infracțiunea de omor, asupra a două mai multor persoane, asupra unei femei gravide sau prin cruzimi. Au fost astfel preluate atât elemente din actualul art. 175 cât și din cele ale art. 176 cod penal. Totuși, ni s-ar fi părut important și calificarea omorului prin raportare la starea de rudenie sau asuora soțului, deoarece o astfel de faptă are un caracter mult mai grav, prin prisma raporturilor dintre părțile implicate.

IV. Concluzii.

Din punct de vedere sociologic, pedeapsa cu moartea, conflictele armate, terorismul, avortul reprezintă violări ale dreptului la viață. Aceste probleme însă sunt și în prezent destul de controversate, soluțiile fiind găsite cu greu. Dar și alte fenomene cum ar fi: malnutriția, sărăcia extremă sunt de asemenea fenomene care atentează și violează dreptul la viață, iar în epoca actuală, problemele pe care le trăim legate de poluarea mediului, lipsa surselor de apă potabilă în multe zone ale globului, accesul la resursele elementare de viață, sunt tot atâtea atingeri indirecte ale acestui drept fundamental⁶⁴.

Referințe bibliografice

1. Iulian Poenaru, *Pedeapsa cu moartea. "Pro" sau "contra"?*, Ed. Lumina Lex, București, 1994
2. Ioan Muraru și Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I, Ed. All Beck, București, 2005
3. Victor Lunčan, Victor Duculescu, *Drepturile omului. Studiu introductiv*, Ed. Lumina Lex, București, 1993
4. Gregorio Peces Barba Martinez, *Teoria generală a drepturilor fundamentale*, ediție în limba franceză, Ed. L.G.D.J., Paris, 2004
5. Cristian Ionescu, *Drept constituțional și instituții politice – Teoria generală a instituțiilor politice*, vol. I, Ed. Lumina Lex, București, 2002
6. Gheorghe Iancu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. Lumina Lex, București, 2002
7. Ion Rusu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. Lumina Lex, București, 2001
8. Maria Voinea, Carmen Buzulea, *Sociologia drepturilor omului*, Ed. Universității București, 2004
9. *Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice*
10. Marin Voicu, *Protecția europeană a drepturilor omului*, Ed. Lumina Lex, București, 2001
11. Corneliu Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului – comentarii pe articole*, vol. I Drepturi și libertăți, Ed. All Beck, București, 2005
12. Olivian Mastacan, *Pedeapsa capitală în dreptul românesc. Origine și evoluție*, Ed. Bibliotheca, Târgoviște, 2008
13. Costică Bulai, *Manual de drept penal – partea generală*, Ed. All, București, 1997
14. Roger Hood, *Pedeapsa cu moartea – o perspectivă mondială*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 2002
15. Michel Véron, *Droit pénal spécial*, a 12- ediție, Ed. Sirey-Dalloz, Paris, 2008
16. Lavinia Mihaela Vlădilă, *Aspecte de ordin juridic, social și moral privind clonarea ființei umane*, în Revista U.N.B.R., Buletinul I.N.P.P.A. nr. 1/2008
17. Mona Maria Pivniceru, Horia Tit, *Principiile fundamentale ale sistemului european de protecție a drepturilor omului cu privire la biomedicină*, în Revista Română de Bioetică, on line, vol I, nr. 3/2003
18. George Antoniu, *Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou cod penal II*, Revista de drept penal, nr. 1/2008

⁶⁴ Maria Voinea și Carmen Buzulea, *op. cit.*.

THE LEGAL FRAMEWORK OF PERFORMING THE PRELIMINARY ACTIONS REGARDING THE FRAUDS COMMITTED BY ELECTRONIC MEANS OF PAYMENT

CORINA-IULIANA DRAGOMIR*

Abstract

Starting from the importance of the institution of preliminary actions within the framework of investigating frauds committed by electronic means of payment, the author is trying to make an analysis of their particularity in the case of the studied deeds, particularly the activity of undercover investigators, and the discussions regarding the application of the principle of loyalty of administrating the evidence concerning the police challenge, as well as those concerning the testimonial relevance of audio or video interceptions authorised during the preliminary actions.

Keywords: *preliminary documents, fraud, card, undercover investigators, audio-video recording*

Introduction

The institution of preliminary actions is very important within the framework of investigating the frauds committed by electronic means of payment, considering the complexity of this kind of actions, pointed put in the multiple ways of committing them and in their mainly technical character.

The preliminary activities to the criminal prosecution mainly consisted in filling in the information held by operative activities specific to judicial police or to special services, an in using some new special investigation techniques, presented shortly herein.

The article proposes to analyze a subject not enough treated in the Romanian specialty literature, i.e. the institution of the preliminary actions, the conformity of those provisions with the case law of the European Court of Human Rights and Decision no. 962/2009 of the Constitutional Court, regarding the rejection of the exception of non-constitutionalization of the provisions of article 91¹ from the Criminal procedure Code, emphasizing their relevance regarding the frauds committed by electronic means of payment.

In this study, we shall pay particular attention to the undercover investigators' activities and to the discussions regarding the application of the loyalty of evidence administration in relation to the police challenge.

1. Preliminary aspects

The main legal provision regarding offences committed by the illegal use of electronic payment tools is Law 365/2002¹ which contains in articles 24-28 the indictment of some actions directed against the security and the integrity of electronic payment tools.

Pursuant to article 224 of the Criminal Procedure Code, the prosecution body can accomplish preliminary documents in order to start the criminal investigation. In order to gather the data necessary to the prosecution bodies to start the criminal investigation, the operative workers from the Ministry of Administration and Interior can also accomplish preliminary actions, and also workers from other state bodies having responsibilities in national safety, especially designated in

* Assistant, Ph.D., Faculty of Judicial and Administrative Sciences, University of Pitești (alecto2002@yahoo.com).

¹Law 365/2002, regarding the electronic commerce, republished in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 959 of 29 November 2006.

this purpose, for actions which, according to the law, represent a threat to the national safety. The minutes establishing the accomplishment of some preliminary actions can represent evidence.

Within the preliminary actions, they gather data or information related to the existence or inexistence of offences; mentioning that these data or information is limited, representing the minimum necessary to make the prosecution body start the criminal investigation regarding the beginning or not of the criminal investigation². During the preliminary actions, they cannot accomplish documents specific to criminal investigation or that are not necessary to start the criminal investigation³.

From the expression of the legal text, the preliminary actions are optional. They are not accomplished if the writ of summons contains enough data to start the criminal investigation. In case the preliminary actions are drawn up, they are limited to fulfilling the aimed purpose. As soon as this purpose was reached, the preliminary actions cannot be accomplished any more, as the procedural guarantees provided to the criminal action participants are eluded⁴.

In case of the offences committed by the illegal use of electronic payment tools, the preliminary actions are often necessary, due to their complexity.

The modus operandi used and the organisation of offenders (some of them obtaining the banking details of an electronic payment tool, and others creating the conditions to compromise them) prove in many cases their cross border character by the way of manifesting or of committing this type of offence.

In case these actions are committed by an organised criminal group (representing the rule in this regard), the competence of investigating the offences committed by illegal use of the electronic payment tools belongs to the Investigation Direction of Organised Crimes and Terrorism.

Thus, according to article 12, 1st paragraph “d” and “h” of Law no. 508/2004 regarding the organisation and functioning of the Investigation Direction of Organised Crimes and Terrorism within the Public Ministry belong to the so-called Direction of offence investigation provided in Title III, “Preventing and fighting against crimes, ensuring transparency in exerting public positions, public jobs and in the business environment, preventing and sanctioning corruption, with the subsequent amendments and alterations; as well as investigating offences provided in Law no. 365/2002 regarding electronic commerce, as republished, if they are committed by persons belonging to some organised criminal groups or to some associations or groups constituted with a view of committing offences.

A special place in researching the offences committed by fake electronic payment tools is taken by the special investigation techniques, representing the techniques applied by the competent authorities within criminal investigations, aiming at tracking down or investigating some serious offences and some offenders in order to gather information so that such persons should not be aware of that⁵.

Most offences related to the illegal use of electronic payment tools belong to the series of serious offences, such as defined in article 2 “b” of Law 39/2003 regarding prevention and fighting against organised crime⁶, because, in the definition of “serious offence” from the above mentioned law, we find the offences committed by means of computerised or communication systems and

² Ion Neagu, *Drept procesual penal, Partea specială, Tratat, Ediția a IV-a*. București: Global Lex Publishing House, 2007, 94

³ Emilian Stancu, *Tratat de ciminalistică*. București : Universul Juridic Publishing House, 2008, 669

⁴ Nicolae Volonciu, *Tratat de procedură penală, Vol. II*, Iași : Paideia Publishing House, 2001, 60

⁵ According to Recommendation (2005) 10 of the Committee of Ministers of the European Council, and to provisions of articles 17-19 from the second Additional Protocol to the European Convention of judicial assistance in criminal matter, ratified by law no. 358/2004

⁶ Law 39/2003 regarding prevention and fighting against organised crime published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 50 of 29 January 2003

networks (item 18), as well as the offence of revealing the economic secret.

Generally, they consider as special investigation techniques: interception and recording of calls and communications, video, audio or photo surveillance; seizure, surrender or investigation of post office parcels, conservation of computerised data or of data regarding information trafficking; access into a computerised system; retention of data generated or processed by the suppliers of electronic communication services designated for public use or of public communication networks etc⁷.

2. Stage of gathering information

Investigating the offences committed by illegal use of electronic payment tools supposes first of all a thorough knowledge of this phenomenon by gathering, storing and processing in the data bases of some very complete information regarding offenders, criminal records, *modus operandi*, suspicious transactions, if they work individually or in groups, the connections they may have with organised crime and, in such case, the structure of the criminal organisations⁸.

The law grants to the Romanian Intelligence Service and to the Foreign Intelligence Service some special competences in obtaining information regarding the offences that may be related to criminal organisations. Thus, the Romanian Intelligence Service is authorised to own and to use proper means in order to obtain, check, process and store information regarding national safety, according to the law; specially designed officers within the Romanian Intelligence Service can perform within the law checkings by: requesting and obtaining objects, writs or official relations from public institutions; consulting specialists or experts; receiving acts of apprehensions or notes of relations, establishing some operative moments by photo taking, filming or other technical means; personal observations, including by technical operations⁹.

As for the Foreign Intelligence Service, it is authorised to use undercover legal persons, incorporated within the law, to use specific methods, to create and own proper means in order to obtain, check, protect, assess, use and store the data and information regarding national safety, and the information sources and the working methods and means cannot be revealed to anyone under no circumstances.

These services are offered special responsibilities by article 20 from Law 298/2008¹⁰. Thus, according to this law, in order to prevent and counteract the threats against national safety, the state bodies responsible can have access, within the laws regulating the activity of achieving the national safety, to the data held by the suppliers of electronic communication services and public networks¹¹.

⁷ See items 35 and 36 from the explanatory report to Recommendation (2005) 10 of the Committee of Ministers of the European Council.

⁸ Emilian Stancu, 2008, 668

⁹ Art. 8 and 9 of Law no. 14/1992, regarding the organisation and functioning of the Romanian Intelligence Service, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 663/October 23, 2001, subsequently amended and supplemented through numerous normative documents we also mention the definition of the concept of “national safety”, as appeared in article 1 of Law 51/1991, regarding the national safety of Romania; in conformity with this, “by the national safety of Romania, we understand the state of lawfulness, balance and social, economic and political stability necessary to the existence and the development of the Romanian national state, as a sovereign, unitary, independent and indivisible state, to maintain the right order and the climate of fully exerting the citizens’ fundamental rights, liberties and duties, according to the democratic principles and norms provided by Constitution”. It is noted that this collocation is very large in order to maintain the “state of lawfulness”, the Romanian Intelligence Service (SRI) being practically able to get information regarding any type of offence.

¹⁰ Law 298/2008, regarding the holding of the data generated or processed by the suppliers of electronic communication services designated for public use or by communication public networks, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 780 of 21 November 2008

¹¹ This text of law does not define clearly under what conditions these data can be accessed (unlike the previous articles that make the state bodies to use the trafficking data stored only after the beginning of the criminal

3. Particularities of accomplishing the preliminary documents regarding the frauds committed by electronic payment means. The police challenge. Admissibility as evidence of audio-video recordings performed during the stage of preliminary actions

1. In case of offences committed by fake electronic payment tools, preliminary are often actions necessary, due to their complexity.

The activities specific to the preliminary actions in case of offences committed by illegal use of electronic payment tools mainly consists in filling in the information held by operative activities specific to the judicial police or to the special services, such as: operative surveillance of a suspicious person or his/her relations, by supervision or watch; checking the sources of income of the suspects who, by their living standard, exceed the limit of legal incomes; checking some suspicious transactions or some financial-banking documents; getting some data from Interpol or from the foreign services they work with¹².

The special investigation techniques used during this stage prior to the case are important tools in investigating these offences; however, by their way of achievement, they suppose interferences in the right to private life of the persons concerned, thus being necessary to observe the European protection standards provided by article 8 in the European Convention of Human Rights¹³.

For example, the supervision by state agents or by technical means of the daily activities of the person, of the discussions with his/her cell mates or at the speaking place, of the correspondence etc, represents an interference in the right to private life and correspondence.

Under these circumstances, they say that supervision, in public places of the activities of a person for a short period of time, without recording images or taking photos, does not constitute an interference in the private life¹⁴.

Instead, discussions regarding the existence of an interference in the private life can occur in case of systematic gathering of information concerning the activity of a person and recording him/her by means of technical means¹⁵.

The right to a private life does not have an absolute character, the interference being allowed in the limits provided by law, pursuing a legitimate purpose, and it is necessary in a democratic society and it is proportional to the purpose pursued¹⁶.

2. The activity of undercover investigators should be carried out so that it does not lead to committing offences; in case they act based on some grounded facts that a criminal offences is being prepared to be committed, because according to article 68 2nd paragraph of the Criminal Procedure Code it is forbidden to make a person commit or continue the commitment of an offence in order to obtain evidence.

The aspects regarding the activity of undercover investigators are very important within the studied theme because they can infiltrate into the card forger networks and can also make available programmes on specialised websites, such as *credit card generator* in order to detect the persons interested in downloading such illegal programmes.

In the practice of our supreme court they established that the undercover investigator's statement, heard by the prosecutor pursuant to article 86¹, 7th paragraph, which served as ground

investigation) ; if there has to be evidence in this regard or only simple suspicions are enough, and which exactly are the bodies that can access them.

¹² Emilian Stancu, 2008, 669

¹³ Mihail Udroui, Radu Slăvoiu and Ovidiu Predescu, *Tehnici speciale de investigare în justiția penală*. București : C. H. Beck Publishing House, 2009, 3

¹⁴ See the European Court of Human Rights, decision from 1 July 2008, in the case Calmanovici against Romania, paragr. 132

¹⁵ See , the European Court of Human Rights, decision from 16 February 2000, in the case Amman against Switzerland, paragr. 65-67

¹⁶ Udroui, Slăvoiu and Predescu, 2009, 8-9

to draw up the prosecutor's charge, has a justifying value if the person is heard during trial, too¹⁷.

In this regard, in the case law of the European Court of Human Rights they decided that the provisions of the European Convention of Human Rights does not prevent the use of informers as sources during the investigating stage of the criminal case, but the use of the data provided by them as enough evidence to convict a person, cannot be accepted, as the guarantees contained in article 6 of the Convention regarding a fair trial are infringed¹⁸.

In the case law of the European Court of Human Rights they elaborated some principles regarding the passive character of the activity that the state agents should perform in this regard. Thus, their activity cannot be considered as challenge if: there is a reasonable doubt that a person takes part in an offence or prepares to commit an offence; the activity of the policemen or of their collaborators was legally authorised; the state agents or their collaborators only offered the suspect an ordinary opportunity, with no exceptional character, to commit an offence¹⁹.

Regarding the principle of loyalty of evidence administration concerning the police challenge by creating a website on Internet, the French case law showed that it harms the principle of loyalty of evidence administration and the right to a fair trial if a public agent makes a person commit an offence, even if it was achieved abroad by a foreign public agent.

So they considered that the activity of a police agent of offering Internet users a connection to a child pornography website represents a challenge which causes the inadmissibility of evidence²⁰.

Unlike French case law, these activities are allowed by American legislation and case law. In the Romanian doctrine, they say that we are in the presence of a *challenge* when some conditions are met, such as: the challenge must be prior to committing the offence, there should be a *direct bond or an*²¹.

As for us, as we agree to the above mentioned opinion, we believe in the exactness of the solutions existing in the American case law, in conformity with the idea that it is legal to create a website with illegal content in order to identify the computerised systems connecting to it.

For example, we can have the case when the police create a website on which they can illegally download programmes to crack passwords or programmes that generate card numbers. In this situation, we believe that we are not in front of a "challenge" of police authorities because, among the numerous websites offered by Internet, one cannot say that police authorities "offer" ostentatiously the access to such website, as there is no immediate causal bond between the police activity and the offenders', but that some persons search those programmes deliberately; or drawing up a data base with the IPs that accessed such a website and tried to download illegal programmes could make easier the discovery of some offences committed electronically.

3. Some discussions should be held also regarding the relevance of evidence of authorised video or audio interceptions during the stage of preliminary actions.

Within the means of evidence regulated by "article 64 of the Criminal Procedure Code, there are the audio and video recordings that, according to article 91¹ and foll. of the Criminal Procedure Code, with the role of providing the criminal investigation body those data regarding the training or the commitment of some serious offences or offences committed by electronic means of

¹⁷ The High Court of Cassation and Justice, criminal section, December no. 4915/2004, in Nicolae Volonciu, Alexandru Țuculeanu, *Codul de procedură penală comentat*, București: Hamangiu Publishing House, 2007, 56.

¹⁸ See the European Court of Human Rights, case Kostovski against Holland, decision of 20.11.1989

¹⁹ For details regarding the case law of the European Court of Human Rights in this regard, see Mihail Udrioiu and Ovidiu Predescu, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului cu privire la agenții provocatori*, Dreptul, (1) 2009, 123-126

²⁰ For details, see J-R. Demarchi, *La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil transnational de protection du justiciable*, in Recueil Dalloz, (28) 2007, 212-215

²¹ Gheorghită Mateuț, *Investigații sub acoperire. Utilizarea lor în timpul actelor premergătoare. Comentariu asupra textelor procedurale introduse în Codul de procedură penală prin Legea nr. 281/2003*, Dreptul, (1) 2005, 172.

communication (including also the offences committed by illegal use of electronic payment tools), according to which the establishing of the situation, the identification or the localization of the participants would not be possible or would be achieved with a great delay.

Regarding the relevance of the evidence of authorised audio or video interceptions during the stage of preliminary actions, in the recent case law of the Constitutional Court, particularly in Decision no. 962/2009,²² it is stipulated that (“the preliminary actions”) with a *sui-generis* character compared to the hegemony of the guarantees imposed by the proper stage of criminal investigation, it is unanimously accepted that during the preliminary investigations they cannot take procedural measures or administer evidence supposing the sure existence of a criminal investigation already started.

Also, the interception and recording of calls can be decided, as provided in the 1st paragraph of article 91¹ from the Criminal Procedure Code, at the prosecutor’s request who supervises or accomplishes the criminal investigation. So the administration of such evidence is located within the first stage of the criminal case /.../. Thus, the Constitutional Court decides that the audio-video recordings can only be authorised after the criminal investigation has already started,

We consider the above mentioned decision as susceptible by critics. Firstly because the Constitutional Court performs a case interpretation of a situation and exceeds its competence, as, according to the 3rd paragraph of article 2 of law no. 47/1992, “*The Constitutional Court decides only upon the constitutional character of the documents it was notified about [...]*”.

Secondly, this opinion of the Constitutional Court is against the case law of the High Court of Cassation and Justice, the competent authority in this regard, which in the decision of test case no. 10/2008 states that “out of the analysis of the provisions of article 91¹ 1st and 2nd paragraphs of the Criminal Procedure Code, establishing strictly the legal conditions of performing the audio or video interceptions and recordings, it results that their lawfulness is not conditioned by the starting of the criminal investigation, and that the audio or video interceptions and recordings can be authorised also during the stage of preliminary actions”.

As the regulation of the audio-video interceptions provides enough guarantees to observe the human rights (by regulating in detail the conditions and modalities of performing the recordings, by establishing some limits regarding the duration of the measure, of writing down and of certifying the authenticity of recorded calls, of their complete editing, of defining the persons to be intercepted), as well as because they can only be decided in case of some serious offences, expressly mentioned by law, our opinion is that it is necessary that the authorisation be given during the stage of preliminary actions, too.

Conclusions

As the offences committed by electronic payment tools are serious offences which can cause major damage, the preliminary actions meant to prevent and discover this kind of fraud should be given great importance. In this article, we are in favour of drawing up an even legislative framework to regulate, for example, the relevance of evidence of audio or video interceptions during the stage of preliminary actions, as well as in favour of granting proper financial and human resources in order to investigate the phenomenon.

²² The Constitutional Court, Decision no. 962/June 25, 1999 regarding the exception of unconstitutionality of Art. 91¹ of the Criminal Procedure Code, published in the Official Gazette of Romania no 563 from 13 august 2009.

References

1. Legislation

A. National Legislation

1. The Criminal Procedure Code;
2. Law 365/2002, regarding the electronic commerce, republished in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 959 of 29 November 2006
3. Law 39/2003 regarding prevention and fighting against organised crime published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 50 of 29 January 2003
4. Law no. 14/1992, regarding the organisation and functioning of the Romanian Intelligence Service, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 663/October 23, 2001
5. Law 298/2008, regarding the holding of the data generated or processed by the suppliers of electronic communication services designated for public use or by communication public networks, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 780 of 21 November 2008

B. Documents Adopted by International Bodies

1. Recommendation (2005) 10 of the Committee of Ministers of the European Council

2. Doctrine. Treaties, courses, monographs, studies published in specialized magazines

1. Ion Neagu, *Drept procesual penal, Partea specială, Tratat, Ediția a IV-a*. București: Global Lex Publishing House, 2007
2. Emilian Stancu, *Tratat de ciminalistică*. București : Universul Juridic Publishing House, 2008
3. Nicolae Volonciu, *Tratat de procedură penală, Vol. II*, Iași : Paideia Publishing House, 2001,
4. Mihail Udroi, Radu Slăvoiu and Ovidiu Predescu, *Tehnici speciale de investigare în justiția penală*. București : C. H. Beck Publishing House, 2009
5. Mihail Udroi and Ovidiu Predescu, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului cu privire la agenții provocatori*, *Dreptul*, (1) 2009, 123-126
6. J-R. Demarchi, *La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil transnational de protection du justiciable*, in *Recueil Dalloz*, (28) 2007
7. Gheorghiu Mateuț, *Investigatori sub acoperire. Utilizarea lor în timpul actelor premergătoare. Comentariu asupra textelor procedurale introduse în Codul de procedură penală prin Legea nr. 281/2003*, *Dreptul*, (1) 2005

3. Jurisprudence

A. CEDO Jurisprudence

1. European Court of Human Rights, case Kostovski against Holland, decision of 20.11.1989
2. European Court of Human Rights, decision from 1 July 2008, in the case Calmanovici against Romania
3. European Court of Human Rights, decision from 16 February 2000, in the case Amman against Switzerland

B. Romanian jurisprudence

1. The Constitutional Court, Decision no. 962/June 25, 1999 regarding the exception of unconstitutionality of Art. 91¹ of the Criminal Procedure Code, published in the Official Gazette of Romania no 563 from 13 august 2009
2. The High Court of Cassation and Justice, criminal section, December no. 4915/2004
3. High Court of Cassation and Justice, criminal section, Decision no. 10/2008

CADRUL LEGAL AL EFECTUĂRII ACTELOR PREMERGĂTOARE ÎN MATERIA FRAUDELOR SĂVÂRȘITE PRIN MIJLOACE DE PLATĂ ELECTRONICE

CORINA-IULIANA DRAGOMIR*

Abstract

Pornind de la importanța instituției actelor premergătoare în cadrul investigării fraudelor comise cu ajutorul instrumentelor de plată electronică, autorul încearcă o analiză a particularității acestora în cazul faptelor studiate, oprindu-se cu precădere asupra activității investigatorilor sub acoperire, discuțiilor cu privire la aplicarea principiului loialității administrării probelor în legătură cu provocarea polițienească, precum și celor privitoare la relevanța probatorie a interceptărilor audio sau video autorizate în faza actelor premergătoare.

Cuvinte-cheie: acte premergătoare, fraudă, card, investigatori sub acoperire, înregistrări audio-video

Introducere

Instituția actelor premergătoare prezintă o importanță deosebită în cadrul investigării fraudelor comise cu ajutorul instrumentelor de plată electronică, dată fiind complexitatea acestui tip de fapte, relevantă în modalitățile multiple de săvârșire, precum și în caracterul preponderent tehnic al acestora.

Activitățile premergătoare urmăririi penale constau, în esență, în completarea informațiilor deținute prin activități operative specifice poliției judiciare sau serviciilor speciale, precum și în utilizarea unor tehnici speciale de investigare, prezentate succinct în această lucrare.

Articolul își propune să analizeze un subiect insuficient tratat în doctrina de specialitate română, și anume instituția actelor premergătoare, concordanța acestor prevederi cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului; precum și Decizia nr. 962/2009 a Curții constituționale, referitoare la respingerea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 91¹ din Codul de procedură penală, evidențiind relevanța acestora în materia fraudelor săvârșite prin mijloace de plată electronică.

În cadrul prezentului studiu, vom acorda o importanță particulară activității investigatorilor sub acoperire, precum și discuțiilor cu privire la aplicarea principiului loialității administrării probelor în legătură cu provocarea polițienească.

1. Aspecte preliminare

Principala prevedere legislativă în materia infracțiunilor săvârșite prin utilizarea frauduloasă a instrumentelor de plată electronică este Legea 365/2002,¹ care cuprinde, în articolele 24-28, incriminarea unor fapte îndreptate împotriva securității și integrității instrumentelor de plată electronică, și anume: falsificarea unui instrument de plată electronică; deținerea de echipamente în vederea falsificării de instrumente de plată electronică; falsul în declarații în vederea emiterii sau utilizării instrumentelor de plată electronică; efectuarea de operațiuni financiare în mod fraudulos; acceptarea operațiunilor financiare efectuate în mod fraudulos. În cele ce urmează, vom încerca să evidențiem importanța actelor premergătoare în descoperirea acestui tip de fraude.

Potrivit art. 224 al Codului de procedură penală, în vederea începerii urmăririi penale, organul de urmărire penală poate efectua acte premergătoare. De asemenea, în vederea strângerii

* Assistant, Ph.D., Faculty of Judicial and Administrative Sciences, University of Pitești (alecto2002@yahoo.com).

¹ Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 959 din 29 noiembrie 2006.

datelor necesare organelor de urmărire pentru începerea urmăririi penale, pot efectua acte premergătoare și lucrătorii operativi din Ministerul Administrației și Internelor, precum și din celelalte organe de stat cu atribuții în domeniul siguranței naționale, anume desemnați în acest scop, pentru fapte care constituie, potrivit legii, amenințări la adresa siguranței naționale. Procesul-verbal prin care se constată efectuarea unor acte premergătoare poate constitui mijloc de probă.

În cadrul actelor premergătoare se culeg date sau informații legate de existența sau inexistența infracțiunilor; cu precizarea că aceste date sau informații sunt limitate, ele constituind minimul necesar care poate forma convingerea organului de urmărire penală privind începerea sau neînceperea urmăririi penale². În cursul actelor premergătoare nu se pot efectua acte specifice urmăririi penale ori care nu sunt necesare începerii urmăririi penale³.

Din modul de redactare a textului legal, rezultă ca actele premergătoare sunt facultative. Ele nu se efectuează dacă sesizarea conține date suficiente pentru începerea urmăririi penale. În cazul în care se întreprind, actele premergătoare se limitează la îndeplinirea scopului urmărit. Îndată ce acest scop a fost atins, actele premergătoare, nu mai pot fi efectuate în continuare întrucât, se eludează garanțiile procesuale asigurate participanților la procesul penal⁴.

În cazul infracțiunilor comise prin utilizarea frauduloasă a instrumentelor de plată electronică, datorită complexității acestora, deseori este necesară efectuarea de acte premergătoare.

Modurile de operare folosite și organizarea faptuitorilor (unii dintre aceștia obținând detaliile bancare ale unui instrument de plată electronică, iar alții creând condițiile pentru compromiterea acestora) demonstrează în foarte multe cazuri un caracter transfrontalier prin modul de manifestare sau de comitere a acestui tip de infracțiuni.

În cazul în care aceste fapte sunt comise de un grup infracțional organizat (situație care reprezintă regula în materie) competența investigării infracțiunilor comise prin utilizarea frauduloasă a instrumentelor de plată electronică aparține Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism.

Astfel, conform art. 12, alin. 1, lit. d și h al Legii nr. 508/2004, privind organizarea și funcționarea, în cadrul Ministerului Public, a Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism, intră în competența sus-numitei Direcții investigarea infracțiunilor prevăzute la titlul III, "Prevenirea și combaterea criminalității asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției, cu modificările și completările ulterioare; precum și investigarea infracțiunilor prevăzute în Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic, republicată, dacă sunt săvârșite de persoane care aparțin unor grupuri infracționale organizate sau unor asociații sau grupări constituite în scopul săvârșirii de infracțiuni.

Un loc aparte în cercetarea infracțiunilor comise cu ajutorul instrumentelor de plată electronică falsificate îl ocupă tehnicile speciale de investigare; acestea reprezentând tehnicile aplicate de autoritățile competente în cadrul anchetelor penale, vizând depistarea sau anchetarea unor infracțiuni grave și a unor suspecți în vederea strângerii de informații, de așa manieră încât persoanele în cauză să nu aibă cunoștință de acel lucru⁵.

Majoritatea infracțiunilor aflate în legătură cu utilizarea frauduloasă a instrumentelor de plată electronică fac parte din rândul infracțiunilor grave, așa cum sunt ele definite în art. 2, lit. b) a Legii 39/2003, privind prevenirea și combaterea criminalității organizate⁶, deoarece, în definiția "infracțiunii grave" din ultim-menționata lege, regăsim infracțiunile săvârșite prin intermediul

² Ion Neagu, *Drept procesual penal, Partea specială, Tratat, Ediția a IV-a*. București: Global Lex, 2007, 94

³ Emilian Stancu, *Tratat de ciminalistică*. București : Ed. Universul Juridic, 2008, 669

⁴ Nicolae Volonciu, *Tratat de procedură penală, Vol. II*, Iași :Ed. Paideia, 2001, 60

⁵ Potrivit Recomandării (2005) 10 a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei, precum și prevederilor art. 17-19 din cel de-al doilea Protocol adițional la Convenția europeană de asistență judiciară în materie penală, ratificată prin Legea nr. 358/2004.

⁶ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 50 din 29 ianuarie 2003

sistemelor și rețelelor informatice sau de comunicații (pct. 18), precum și infracțiunea de divulgare a secretului economic.

În general, sunt considerate tehnici speciale de investigare : interceptarea și înregistrarea convorbirilor și comunicațiilor, supravegherea video, audio sau prin fotografiere; reținerea, predarea sau percheziționarea trimiterilor poștale, conservarea datelor informatice sau a datelor referitoare la traficul informațional; accesul într-un sistem informatic; reținerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului dau de rețele publice de comunicații etc⁷.

2. Faza obținerii de informații

Cercetarea infracțiunilor comise prin utilizarea frauduloasă a instrumentelor de plată electronică presupune , în primul rând, cunoașterea aprofundată a acestui fenomen prin culegerea, stocarea și prelucrarea în bazele de date , a unor informații cât se poate de complete privind infractorii, antecedentele penale, modurile de operare, tranzacțiile suspecte, faptul dacă aceștia lucrează individual sau în grup, legăturile pe care le pot avea cu crima organizată și, în acest caz, structura organizațiilor criminale⁸.

Legea conferă Serviciului Român de Informații și Serviciului de Informații Externe competențe speciale în obținerea de informații cu privire la infracțiunile care pot avea legătură cu sfera criminalității organizate. Astfel, Serviciul Român de Informații este autorizat să dețină și să folosească mijloace adecvate pentru obținerea, verificarea, prelucrarea și stocarea informațiilor privitoare la siguranța națională, în condițiile legii; cadre anume desemnate din Serviciul Român de Informații pot efectua, cu respectarea legii, verificari prin: solicitarea și obținerea de obiecte, înscrisuri sau relații oficiale de la instituții publice; consultarea de specialiști ori experți; primirea de sesizări sau note de relații, fixarea unor momente operative prin fotografiere, filmare ori prin alte mijloace tehnice; constatări personale, inclusiv prin operațiuni tehnice⁹.

Cu privire la Serviciul de Informații Externe, acesta este autorizat să folosească persoane juridice sub acoperire, înființate în condițiile legii, să utilizeze metode specifice, să creeze și să dețină mijloace adecvate pentru obținerea, verificarea, protecția, evaluarea, valorificarea și stocarea datelor și informațiilor referitoare la siguranța națională, sursele de informare, metodele și mijloacele de muncă nu pot fi dezvăluite față de nimeni și în nici o împrejurare.

Atribuții speciale le sunt oferite acestor servicii de art. 20 al Legii 298/2008.¹⁰ Astfel, în conformitate cu acest text de lege, în scopul prevenirii și contracarării amenințărilor la adresa securității naționale, organele de stat cu atribuții în acest domeniu pot avea acces, în condițiile stabilite prin actele normative ce reglementează activitatea de realizare a securității naționale, la datele reținute de furnizorii de servicii și rețele publice de comunicații electronice.¹¹

⁷ A se vedea pct. 35 și 36 din Raportul explicativ la Recomandarea (2005) 10 a Comitetului de Miniștri al Consiliului European.

⁸ Emilian Stancu, 2008, 668

⁹ Art. 8 și 9 ale Legii nr. 14/1992, privind organizarea și funcționarea Serviciului Român de Informații, menționăm și definiția conceptului de "siguranță națională", așa cum apare în art. 1 al Legii 51/1991, privind siguranța națională a României; în conformitate cu acesta, "prin siguranța națională a României se înțelege starea de legalitate, de echilibru și de stabilitate socială, economică și politică necesară existenței și dezvoltării statului național român, ca stat suveran, unitar, independent și indivizibil, menținerii ordinii de drept, precum și a climatului de exercitare neîngrădită a drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, potrivit principiilor și normelor democratice statornicite prin Constituție." Se observă că această sintagmă este foarte largă, în vederea menținerii "stării de legalitate", SRI putând, practic, să obțină informații cu privire la orice tip de infracțiune.

¹⁰ Legea 298/2008, privind reținerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului sau de rețele publice de comunicații, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 780 din 21 noiembrie 2008

¹¹ Textul de lege nu definește cu claritate în ce condiții se pot accesa aceste date (spre deosebire de articolele anterioare, care obligă organele statului să folosească datele de trafic stocate numai după începerea urmăririi

3. Particularități ale efectuării actelor premergătoare în materia fraudelor săvârșite prin mijloace de plată electronice. Provocarea polițienească. Admisibilitatea ca probă a înregistrărilor audio-video efectuate în faza actelor premergătoare

1. În cazul infracțiunilor comise cu ajutorul instrumentelor de plată electronică falsificate, deseori este necesară efectuarea de acte premergătoare, datorită complexității acestui tip de fapte .

Activitățile specifice actelor premergătoare, în cazul infracțiunilor săvârșite prin utilizarea frauduloasă a instrumentelor de plată electronică, constau , în esență, în completarea informațiilor deținute prin activități operative specifice poliției judiciare sau serviciilor speciale, cum ar fi : supravegherea operativă a unei persoane suspecte sau a relațiilor sale, prin filaj sau pândă; verificarea surselor de venit ale suspecților care, prin nivelul de trai, depășesc limitele câștigurilor licite; verificarea unor tranzacții suspecte sau a unor documente financiar-bancare, obținerea unor date prin Interpol sau prin serviciile străine cu care se cooperează¹².

Tehnicile speciale de investigare folosite în această etapă anteprocusală sunt instrumente importante în cercetarea acestor infracțiuni ; totuși, acestea presupun , prin modul de realizare, ingerințe în dreptul la viață privată al subiecților, fiind astfel necesar să se respecte standardele europene de protecție prevăzute în art. 8 din Convenția europeană a drepturilor omului¹³.

Spre exemplu, supravegherea prin intermediul agenților statului sau prin mijloace tehnice a activităților cotidiene ale persoanei, a discuțiilor purtate cu colegii de celulă sau la vorbitor, a corespondenței etc constituie o ingerință la dreptul la viață privată și la corespondență.

În aceste condiții , se apreciază că supravegherea, în locuri publice, a activităților unei persoane, ce se desfășoară pe o durată scurtă de timp, fără ca autoritățile să înregistreze imagini sau să facă fotografii, nu constituie o ingerință în viața privată¹⁴.

În schimb, discuții privitoare la existența unei ingerințe în viața privată pot apărea în cazul strângerii sistematice de informații privind activitatea unei persoane și înregistrarea acestora, prin intermediul supravegherii prin mijloace tehnice¹⁵.

Trebuie subliniat faptul că dreptul la viață privată nu are un caracter absolut, ingerința fiind permisă în măsura în care aceasta este prevăzută de lege, a urmărit un scop legitim, este necesară într-o societate democratică și este proporțională cu scopul urmărit¹⁶.

2. Activitatea investigatorilor sub acoperire trebuie desfășurată în așa fel încât să nu conducă la provocarea săvârșirii de infracțiuni ; în cazurile în care aceștia acționează pe baza unor indicii temeinice că se pregătește săvârșirea unei fapte penale, deoarece, potrivit art. 68, alin. 2, C. pr. pen., este interzis a determina o persoană să săvârșască sau să continue săvârșirea unei infracțiuni în scopul obținerii de probe.

Aspectele privitoare la activitatea investigatorilor sub acoperire prezintă importanță în cadrul temei studiate deoarece aceștia din urmă nu numai că se pot infiltra în rețelele de falsificatori de carduri, ci pot pune la dispoziție, pe site-uri specializate, programe de tipul *credit card generator*, pentru a putea depista persoanele interesate de descărcarea unor asemenea programe ilegale.

În practica instanței noastre supreme s-a reținut că declarația investigatorului sub acoperire ascultat de procuror în condițiile art 86¹ alin 7 și care a servit ca temei pentru întocmirea rechizitorului, are valoare doveditoare dacă persoana este ascultată și în cursul judecății¹⁷.

penale) ; dacă trebuie să existe probe în aceste sens sau sunt suficiente simple bănuieli, precum și care anume sunt organele care le pot accesa.

¹² Emilian Stancu, 2008, 669

¹³ Mihail Udroi, Radu Slăvoiu și Ovidiu Predescu, *Tehnici speciale de investigare în justiția penală*. București : Ed. C. H. Beck, 2009, 3

¹⁴ A se vedea CEDO, hotărârea din 1 iulie 2008, în cauza Calmanovici contra României, paragr. 132

¹⁵ A se vedea CEDO, hotărârea din 16 februarie 2000, în cauza Amman contra Elveției, paragr. 65-67

¹⁶ Udroi, Slăvoiu și Predescu, 2009, 8-9

¹⁷ Înalta Curte de Casație și Justiție, secția penală, dec. nr. 4915/2004, în Nicolae Volonciu, Alexandru Țuculeanu, *Codul de procedură penală comentat*, București: Ed. Hamangiu, 2007, 56

În același sens, în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului s-a decis că prevederile Convenției Europene a Drepturilor Omului nu împiedică folosirea ca surse în cadrul fazei investigative a procesului penal a informatorilor, însă utilizarea datelor furnizate de către aceștia ca probe suficiente pentru condamnarea unei persoane, nu poate fi acceptată, deoarece se încalcă garanțiile cuprinse în art. 6 din Convenție, privind dreptul la un proces echitabil¹⁸.

În jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului s-au conturat anumite principii cu privire la caracterul pasiv al activității pe care trebuie să o desfășoare în această materie agenții statului. Astfel, activitatea acestora din urmă nu poate fi considerată o provocare dacă: există o suspiciune rezonabilă că o persoană participă la o infracțiune sau se pregătește săvârșirea unei infracțiuni; activitatea polițiștilor sau a colaboratorilor acestora a fost autorizată în condițiile legii; agenții statului sau colaboratorii acestora nu au făcut altceva decât să ofere suspectului o ocazie obișnuită, care nu are caracter excepțional, de a comite o infracțiune¹⁹.

Cu privire la aplicarea principiului loialității administrării probelor în legătură cu provocarea polițienească prin crearea unui site în rețeaua Internet, jurisprudența franceză a arătat că aduce atingere principiului loialității administrării mijloacelor de probă și dreptului la un proces echitabil provocarea la săvârșirea unei infracțiuni de către un agent public, chiar dacă a fost realizată în străinătate de un agent public străin.

În concret, s-a considerat că reprezintă provocare care determină inadmisibilitatea mijloacelor de probă administrate activitatea unui agent de poliție de a oferi utilizatorilor de Internet conectarea la un site de pornografie infantilă²⁰.

Spre deosebire de linia jurisprudenței franceze, aceste activități sunt permise de legislația și de jurisprudența americană.

În doctrina română s-a afirmat că suntem în prezența unei *provocări* atunci când sunt îndeplinite anumite condiții, și anume: provocarea trebuie să fie anterioară comiterii infracțiunii, să existe o *legătură directă* sau o *legătură causală imediată* între incitarea funcționarului de poliție și infracțiunea comisă²¹.

În ceea ce ne privește, fiind de acord cu opinia exprimată mai sus, tindem să credem în justetea soluțiilor existente în jurisprudența americană, în conformitate cu care activitatea de a crea un site-capcană, cu conținut ilegal, în scopul de a identifica sistemele informatice care se conectează la acesta este legală.

Spre exemplu, putem lua cazul în care poliția creează un site pe care se găsesc, pentru a fi descărcate, programe ilegale de spart parole sau programe generatoare de numere de carduri. În această situație, credem că nu ne aflăm în fața unei « provocări » a organelor polițienești, pentru simplul motiv că, în vastitatea de site-uri oferite în rețeaua Internet, nu se poate spune că organele de poliție « oferă » în mod ostentativ accesul la un asemenea site, neexistând o legătură causală imediată între activitatea poliției și cea a făptuitorilor, ci mai degrabă că unele persoane caută în mod deliberat asemenea programe; or, alcătuirea unei baze de date cu IP-urile care au accesat un asemenea site și au încercat descărcarea de programe ilegale ar putea face mai ușoară descoperirea unor infracțiuni care se comit în mediul electronic.

¹⁸ A se vedea Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza Kostovski contra Olandei, hotărârea din 20.11.1989.

¹⁹ Pentru detalii privitoare la jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în materie, a se vedea Mihail Udroui, Ovidiu Predescu, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului cu privire la agenții provocatori*, Dreptul, (1) 2009, 123-126

²⁰ Pentru detalii, a se vedea J-R. Demarchi, *La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil transnational de protection du justiciable*, Recueil Dalloz, (28) 2007, 212-215

²¹ Gheorghită Mateuț, *Investigații sub acoperire. Utilizarea lor în timpul actelor premergătoare. Comentariu asupra textelor procedurale introduse în Codul de procedură penală prin Legea nr. 281/2003*, Dreptul, (1) 2005, 172

3. Anumite discuții se impun și în legătură cu relevanța probatorie a interceptărilor audio sau video autorizate în faza actelor premergătoare.

În cadrul mijloacelor de probă reglementate de art. 64, C. pr. pen., sunt cuprinse înregistrările audio sau video care, potrivit art. 91¹ și următoarele, C. pr. pen., au rolul de a furniza organului de urmărire penală acele date referitoare la pregătirea sau la săvârșirea unor infracțiuni grave sau care se comit prin mijloace de comunicare electronică (din acestea făcând parte, așa cum am menționat mai sus, și faptele comise prin utilizarea frauduloasă a instrumentelor de plată electronică), cu privire la care stabilirea situației de fapt, identificarea sau localizarea participanților nu ar fi posibilă ori s-ar realiza cu mare întârziere.

Cu privire la relevanța probatorie a interceptărilor audio sau video autorizate în faza actelor premergătoare, în jurisprudența Curții Constituționale de dată recentă, mai precis în Decizia nr. 962/2009, se statuează că « (actele premergătoare n.n.) având un caracter *sui-generis* sustras hegemoniei garanțiilor impuse de faza propriu-zisă de urmărire penală, este unanim acceptat faptul că în cadrul investigațiilor prealabile nu pot fi luate măsuri procesuale ori administrate probe care presupun existența certă a unei urmăriri penale începute.

De altfel, interceptarea și înregistrarea convorbirilor pot fi dispuse, așa cum se prevede în alin.1 al art.91¹ din Codul de procedură penală, la cererea procurorului care efectuează ori supraveghează urmărirea penală. Iată deci că administrarea unor astfel de mijloace de probă este plasată în cadrul primei faze a procesului penal /.../ ». Așadar, Curtea Constituțională se pronunță în sensul că înregistrările audio-video nu pot fi autorizate decât după începerea urmăririi penale.

Considerăm sus-menționata decizie ca fiind susceptibilă de critici. Aceasta, în primul rând, deoarece, în acest fel Curtea Constituțională face o interpretare cazuistică a unei situații și excedează astfel competenței sale, întrucât, potrivit alin.(3) al art.2 din Legea nr.47/1992, "*Curtea Constituțională se pronunță numai asupra constituționalității actelor cu privire la care a fost sesizată [...]*".

În al doilea rând, această opinie a Curții Constituționale contravine jurisprudenței Inaltei Curți de Casație și Justiție, autoritatea competentă de a se pronunța în materie, care, în decizia de speță nr. 10/2008 statuează că « din analiza prevederilor art. 91¹ alin. (1) și (2) C. proc. pen., care stabilesc în mod strict condițiile legale de realizare a interceptărilor și înregistrările audio sau video, rezultă că legalitatea acestora nu este condiționată de începerea urmăririi penale, ci interceptările și înregistrările audio sau video pot fi autorizate și în faza actelor premergătoare ».

Opinia noastră este în sensul că, dat fiind faptul că reglementarea interceptărilor audio-video prevede suficiente garanții pentru respectarea drepturilor omului (prin reglementarea în detaliu a condițiilor și a modalităților de efectuare a înregistrărilor, a instituirii unor limite cu privire la durata măsurii, a consemnării și certificării autenticității convorbirilor înregistrate, a redării integrale a acestora, a definirii persoanelor care sunt supuse interceptării) precum și datorită faptului că acestea pot fi dispuse numai în cazul unor infracțiuni grave, expres reglementate de lege, este necesar ca autorizarea să poată fi dată și în faza actelor premergătoare.

Concluzii

Dat fiind faptul că infracțiunile comise cu ajutorul instrumentelor de plată electronică sunt fapte grave, care pot produce pagube majore, o importanță aparte trebuie acordată actelor premergătoare destinate prevenirii și descoperirii acestui tip de fraude. În prezentul articol, noi ne pronunțăm pentru elaborarea unui cadru legislativ uniform care să reglementeze, spre exemplu, relevanța probatorie a interceptărilor audio sau video autorizate în faza actelor premergătoare, precum și pentru acordarea resurselor financiare și umane adecvate, în scopul cercetării fenomenului.

Referințe bibliografice

1. Legislație

A. legislație națională

- 6.The Criminal Procedure Code;
- 7.Law 365/2002, regarding the electronic commerce, republished in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 959 of 29 November 2006
- 8.Law 39/2003 regarding prevention and fighting against organised crime published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 50 of 29 January 2003
- 9.Law no. 14/1992, regarding the organisation and functioning of the Romanian Intelligence Service, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 663/October 23, 2001
- 10.Law 298/2008, regarding the holding of the data generated or processed by the suppliers of electronic communication services designated for public use or by communication public networks, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 780 of 21 November 2008

B.Legislație internațională

- 2.Recommendation (2005) 10 of the Committee of Ministers of the European Council

2. Doctrină. Tratat, cursuri, monografii, articole de specialitate

- 8.Ion Neagu, *Drept procesual penal, Partea specială, Tratat, Ediția a IV-a*. București: Global Lex Publishing House, 2007
- 9.Emilian Stancu, *Tratat de ciminalistică*. București : Universul Juridic Publishing House, 2008
- 10.Nicolae Volonciu, *Tratat de procedură penală, Vol. II*, Iași : Paideia Publishing House, 2001,
- 11.Mihail Udroi, Radu Slăvoiu and Ovidiu Predescu, *Tehnici speciale de investigare în justiția penală*. București : C. H. Beck Publishing House, 2009
- 12.Mihail Udroi and Ovidiu Predescu, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului cu privire la agenții provocatori*, *Dreptul*, (1) 2009, 123-126
- 13.J-R. Demarchi, *La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil transnational de protection du justiciable*, in *Recueil Dalloz*, (28) 2007
- 14.Gheorghiiță Mateuț, *Investigatorii sub acoperire. Utilizarea lor în timpul actelor premergătoare. Comentariu asupra textelor procedurale introduse în Codul de procedură penală prin Legea nr. 281/2003*, *Dreptul*, (1) 2005

3. Jurisprudență

A. Jurisprudența CEDO

- 4.European Court of Human Rights, case Kostovski against Holland, decision of 20.11.1989
- 5.European Court of Human Rights, decision from 1 July 2008, in the case Calmanovici against Romania
- 6.European Court of Human Rights, decision from 16 February 2000, in the case Amman against Switzerland

B. Jurisprudență națională

- 4.The Constitutional Court, Decision no. 962/June 25, 1999 regarding the exception of unconstitutionality of Art. 91¹ of the Criminal Procedure Code, published in the Official Gazette of Romania no 563 from 13 august 2009
- 5.The High Court of Cassation and Justice, criminal section, December no. 4915/2004
- 6.High Court of Cassation and Justice, criminal section, Decision no. 10/2008

THE LEGAL FRAMEWORK OF MOBBING IN ROMANIAN LEGISLATION

SIMONA TACHE*

Abstract

Mobbing is not a term so frequently used and applied in Romanian legislation. Psychosocial risks in the workplace, especially those related to difficulties in interpersonal relations, have been increasingly investigated in recent years as a cause of mental health issues. Workplace bullying and mobbing as well as corporate aggression cause severe trauma for the victims. Psychological terror or mobbing in working life involves hostile and unethical communication which is directed in a systematic manner by one or more individuals, mainly toward one individual, who, due to mobbing, is pushed into a helpless and defenseless position. Mobbing is a form of psychological harassment in workplaces whereby one worker is stigmatized by colleagues or superiors through rumor, intimidation, humiliation, discrediting and isolation, threatening both the emotional well-being and the professional ability of its victims. Because of the high frequency and long duration of hostile behavior, this maltreatment results in considerable mental, psychosomatic and social misery. For the future, I consider that Romanian legislation should offer a clearly legal definition of mobbing, which also should be distinctly and expressly stipulated. In that way, maybe it would be more easy to find solutions to reduce physical and/or emotional workplace violence and interrelated people problems in the workplace resulting in work trauma, by establishing a culture of dignity and respect.

Keywords : *employee, dignity, workplace, aggression, moral harassment.*

Introduction

Criminal legislations of the European states do not incriminate mobbing *expressis verbis*. If a person claims being a victim of mobbing phenomenon and files this case to the court, he/she usually invokes civil law rules regarding tort liability. However, some illegitimate, vexatious or discriminatory behaviors of the employers may constitute may form factual ingredients of some criminal offences.

The person who launched and implemented this concept in the working environments was Heinz Leymann, a Swedish origin researcher. In terms of people's actions, Heinz Leymann (1996) uses the term of mobbing for the set of psychological aggressive actions, of injustice, denigration, psychological harassment, vexation, professional discrediting, disdain at job. The Swedish researcher proposes two interpretations: the attenuated one, where mobbing appears as a phenomenon of workplace persecution, and the radical one, according to which we can speak of workplace psycho-terror.

Leymann constructs a chart of the workplace psycho-terror. *First stage* is specific to any organization and it is represented by conflicts, fight for power, different opinions. The unsolved part of the conflicts transforms into what the literature of specialty is referring to as mobbing. *The second stage* leads to breaking the victim's psychological balance, stress symptoms appear, self-confidence decreases. *In the third stage*, the aggressed victims are defenseless, the management of the organization does not intervene due to the misconception regarding the victim's fault. This is the quintessence of the phenomenon, that sometimes results in a legal conflict in some organizations. *In the fourth stage*, occurs the stigmatization, social isolation, placing the victim in inferiority.

* Assistant, Ph.D., candidate, Faculty of Law, "Romanian-American" University, Bucharest (tachesimona@yahoo.com).

Paper content

In the doctrine of specialty, mobbing (the moral harassment at the workplace) has been *ab initio* defined by Leymann as designating a conflictual relationship at the workplace, which may occur either between colleagues, or between superiors and subordinates.

Mobbing is also considered a term designating the phenomenon of intimidation specific to workplaces, a form of systematic psychological harassment at the workplaces where an employee is stigmatized by the colleagues or by the superiors through rumors, insinuation, intimidation, humiliation, discrediting and isolation, psychological harassment by discrediting, personal attacks, emotional abuse, marginalization and discrimination.

The victims of mobbing are subject to a workplace stress, which can be easily associated to psychological injury. Nevertheless, there are no indicators for detecting the exposure to mobbing, so that defining mobbing as a factor of stress at the workplace is mainly based on collecting data in the light of experiences reported by mobbing victims.

Among such behaviors, things like rendering incapable an employee that was perfectly capable until that point, thus as to create him/her the impression of uselessness, intimidations from the employers, denigrating the personality of the victim, excessive controlling, exerting more or less direct threatens, alternating vexations with congratulations, launching unfounded accusations in an insidious manner, querying the victim's competences are typical examples highlighted in the literature of specialty, real traumatisms able to deeply hurt the psychic integrity of the human being, as well as to injure his/her dignity at the workplace.

The causes of these inhuman actions are different and more complex than explained in the literature of specialty, being necessary to be also searched within the economical context characterized by the necessity of reducing the number of employees, the pressure of the shareholders to reduce costs, the high costs of collective or individual dismissals, with the requirements established under the laws, which provide for these situations, among other things, the payment of some indemnities to the dismissed persons.

Beside these reasons, there are also ethical reasons due to which mobbing may take place either vertically, when the aggressor has a hierarchically superior position to the victim, or horizontally, when behaviors of this type come from the workplace colleagues.

Descending mobbing can be defined as an hierarchic abuse exerted by the power, or as acts showing lack of respect for the subordinate's dignity, or which prepare obstacles in the way of the subordinate's performance or rewards deserved. Thus, descending mobbing at the workplace is both detrimental, as it harms dignity, and dysfunctional, because it affects performance and rewards.

Preparing obstacles in the way of subordinate's performance or refusing him/her a number of deserved rewards is organizationally irrational, because it breaks all the premises of job evaluation and results in unfavorable promotions. As mobbing process cannot be denied, the top management tends to escape this interdiction by removing the victim, which is regarded as a disturbing factor. Harassed persons rarely have the occasion to exercise their defense right, as considering the disturbing factors is seldom fed by gossip and by the fact that top management confer discretionary powers to the mid-management or to the team leader.

Mobbing's characteristics, as well as its consequences justify the opinion according to which mobbing is a functional disease affecting work relationships when it intervenes on the ground of some interpersonal conflicts determining the victim to resign.

The causality connection which must exist between vexation and the maladies caused bring into discussion the means of proof able to outline the factual ingredients of mobbing. In this sense, we mention that the Italian jurisprudence contains the practice according to which it suffices for proving the causality connection to lodge medical certificates in the case file and to administer testimonial proof, the subjective element of mobbing (intention) resulting from corroborating all the objective elements.

As for regarding mobbing phenomenon and the Community legislation, article 31 of the Chapter regarding fundamental rights of the European Union is the source of action against psychological harassment, stating that *each employee has the right to work conditions which observe his/her health, safety and dignity*.

Two other Directives existence must be reminded at European Union's level, namely Directive 2000/43/EC on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, and Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

According to Directive 2000/78/EC, the member states, in accordance to their national legislations, will take the necessary measures in view to promoting dialogue between social partners, inclusively by monitoring the practices existing at the workplaces, collective agreements, conduct codes or by studies or experience exchange upon the practices to be followed.

The conclusion easily to notice is that the mode of implementing the legislation on mobbing and the applicable sanctions are left to the discretion of each member state based on the social realities it confronts.

European Union Directives do not imply the exercise of any kind of constraint from the Community organs upon the states in the sense of adopting a specific set of legislative measures, but they only come as a guidance towards a certain finality.

The Directives fix the objectives and principles of the regulation, and the Member States have the freedom to choose their own modalities of implementing them.

At European level, the protection of dignity at the workplace has found its highest expression in the adoption by the European Parliament of Resolution A5-0283/2001, inviting the Member States of the European Union to offer a legal framework favorable to neutralizing the scourge of mobbing, firstly by defining it in a manner which would find resonance in all legal systems of the European Union Member States.

France transposed European Parliament Resolution within its internal law by incriminating moral harassment at the workplace by Law no.2002-73 on social modernization, which introduced art. L122-49 of the Labor Code. According to this text, no employee should endure any repeated actions of moral harassment having object or being able to lead to the degradation of the work conditions susceptible to be detrimental to his/her rights and dignity or of nature to affect his/her physical or mental health or to compromise his/her professional future.

French legislation establish employee's right to not being subject to direct or indirect discriminatory measures, especially in the field of remuneration, professional training, qualification, requalification, professional promotion, transfers or contract renewals, within the frame of actions similar to those referred above. Correlatively, employer's obligation to take all measures to prevent such actions is established.

In 2002, the Commission of the European Communities issued a Communication on the subject "Adapting to change in work and society: a new Community strategy on health and safety at work 2002-2006". In this communication, the term of well-being at work is especially used, considered as a physical, moral and social well-being, and not only as something that can be measured by the absence of labor accidents and occupational diseases. The communication refers to a new policy of implementing the community strategy in the field of work security and health by developing the prevention culture and implication of all social factors in education and training on the employer-employee relationship in view to promote work environment quality.

Among Commission's objectives, as communicated, there also counts examining the opportunity and level of understanding of a community instrument referring to psychological harassment and violence in work.

As long as states like Sweden, France, USA, Canada, Japan have accomplished studies and discussions on mobbing phenomenon and adopted laws sanctioning both civilly and criminally such attitudes, globally it can be considered that there is a high level of understanding of this

phenomenon, level of understanding which determined the public opinion to consider opportune to request the introduction of a specific legislation.

A series of institutions proposed at community level various methods of diminishing this phenomenon, procedures principally regarding the employer's internal control upon the work environment, conducting direct investigations and professional rehabilitation. Managerial training can be used for monitoring the primary conflict causes in view to prevent the occurrence and to limit the tendency to harassment. Another method is the reconciliation of the parties, with the help of a specialist, a third party playing the role of the mediator.

Legally speaking, only sexual harassment is incriminated in Romania, no legislation on mobbing existing. As for European Union Directives, they are lacunary under this aspect and their disposals cover a wide range of discrimination issues (handicap, woman-man, religion, race, etc), including mobbing within this ensemble being thus generic and interpretable.

Nevertheless, the Constitution of Romania states that nobody can be subject to torture or to any kind of inhuman or degrading punishment or treatment. Any person can address to justice for defending his/her right, freedoms and legitimate interests, and the constitutional disposals regarding citizens' rights and freedoms shall be interpreted and applied in accordance with the Universal declaration of Human Rights.

However, it would be more simple for Romania and its citizens that, considering the French inspiration line which crossed our country throughout the years, to propose the implementation or adaptation of the French legislation to the Romanian requirements regarding mobbing. But it should not be forgotten that determination of legislative forums in proposing, sustaining and adopting laws in certain fields can be also influenced by educating public opinion and mass-media to identify and expose the phenomenon before it becomes a habit.

Mobbing is a form of systematic psychological harassment at the place of work, when an employee is attacked and stigmatized by the colleagues or superiors by rumors, intimidation, humiliation, discrediting and isolation, putting in danger the victim's emotional state, as well as his/her professional abilities.

Studies reveal that any employee can become a victim, even if some persons are more exposed. Victims can be various: very implied in job duties, or not very able at office, immigrants, employees having a different sexual orientation or even persons who do not wish to involve in their colleagues unlawful practices. Personal consequences may be: panic attacks, depressions, psycho-somatic problems, self-respect of job effectiveness diminution, and social consequences: employer's costs due to employee's absence from work if getting sick, payment of damages if the employee addresses to the authorities or medical costs if the victim gets in serious situations.

According to the Romanian criminal code, sexual harassment is considered a criminal offence (art. 203¹) and is punished with 3 months to 2 years in prison or fine, when it is committed by threat or constriction in order to obtain sexual favors by a person abusing of his/her quality or position at work. But there is no conviction sentence pronounced for this criminal offence up to now.

Romania adopted anti-discriminatory measures after ratifying the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women in 1982, and was also signatory of its Optional Protocol ratified in 2003.

According to Government Ordinance no.137/2000, citizens or organizations for promoting human rights may address, by complaint, to the National Council for Fight against Discrimination, a government organization which confronted many accusations of discriminatory treatments between men and women at the workplace.

Moreover, in May 2006 Law no.202/2002 on the equality of chances between women and men suffered important modifications, such as defining sexual harassment, ascertaining employees' rights of equally participating in decision-making process, freedom of person to choose and exercise a profession and the just proportionality ration that must exist between income and work performed.

According to art. 41 of the Constitution of Romania, the right to work cannot be restricted. Choosing the profession, craft or occupation, as well as the place of work is free, employees being entitled to social protection measures. These measures regard employees' security and health, women and young persons work regime, institution of a minimum gross salary in the country, weekly repose, paid holiday, performing work in special or difficult conditions, professional training, as well as other specific situations legally provided.

Moreover, the Labor Code in Romania guarantees the right of each person to dignity at the place of work. It acknowledges all employees' right to be treated with dignity and respect and guarantees their right to benefit of a safe work environment, excluding any forms of intimidation, moral violence or sexual harassment, irrespective of these treatments coming from a work colleague, community member, business partner or any other person employees may come in contact with during performing work activities.

Intimidation and harassment at work affects unfavorably the employee's work quality, having as negative results, among others, a low moral of the personnel, high absenteeism, stress-based illnesses, reduced efficiency and a high fluctuation of labor force. Intimidation and harassment may have a devastating effect upon health, confidence, moral and performance of those exposed to them and may result in medical leave due to stress, decrease of efficiency and motivation at the place of work and even quitting the job. Intimidation and harassment may also have a harmful effect upon the employees which are not directly exposed to an inappropriate behavior, but witness or acknowledge it.

There isn't a standard psychological profile of the victim, but work situations which favor moral harassment, namely where the stress level is already high, where *the managerial system has too little respect for the individuals* or where employees solidarity is weak. In Romania, public sector is more affected by old mentalities as here the organizational culture largely preserves the old "values" (for example, the rigidity chief-subordinate relationships impose, promotion on obedience criteria, resources feudalization, respect for the label and not for the person, nepotism, imposture, etc).

When the employee considers that his/her dignity at work has been affected, he/she may request the courts, according to the Labor Code in Romania and to Law no.168/1999 on solving the conflict at the place of work to solve the dispute, the burden of proof being incumbent to the employer, according to art. 287 of the Labor Code.

This means that as soon as the employee makes clear to the court which are the actions that may affect his/her dignity at the place of work, the employer must prove that its actions have a reasonable justification and so they cannot be described as affecting a person's dignity. However, as soon as the judge has delivered the sentence, considering that a form of violence took place at the workplace, he/she has the power to declare null the employer's act which affected the employee's dignity or to convince the employer to revise its behavior. The employer may be obliged to repay the victim by some moral damages but, according to the Romanian legislation, these damages may be only granted when a discrimination act happened.

Among the factors increasing the probability of moral harassment there are: an organizational culture which tolerates moral harassment or does not admit it as representing a problem, rapid organizational changes, workplace uncertainty, critical relationships between personnel and management, personnel's dissatisfaction with the management style, critical relationships between work colleagues, excessive levels of work load, deficiency in the personnel policy and insufficiency of common values, high level of stress related to the professional activity, contradictory requests (role conflicts) or unclearness in the job description (role ambiguity).

The general improvement of the psychosocial climate at the place of work implies: the possibility of each employee to choose the way of accomplishing his/her duties, reducing the volume of monotone and repetitive activities, supplying supplementary information regarding the objectives of the activity, developing management capability, avoiding confusions regarding the

work role and duties, creating an organizational culture having rules and values against moral harassment, analyzing the phenomenon's extension degree and nature, improving management's responsibility and competence in approaching conflicts and achieving an effective communication.

It is also necessary to formulate a policy containing clear directions for positive social actions, which should include: assuming ethical involvement, both of the employers and of the employees, in order to encourage a climate without moral harassment, highlighting the types of accepted and non-accepted actions, communicating the consequences that non-observance of the organization's rules and values entail, including the corresponding sanctions, indicating the place and the way victims can get help, guaranteeing the right to make a complaint without the fear of punishment, explaining the procedure of filing a complaint, clarifying the role of the manager, workplace leader, contact person, labor union's representatives, providing information on counseling and assistance services for the victim and for the author of the moral harassment, keeping confidentiality.

With a notoriety extending worldwide and with a character impossible to exterminate, discrimination at the place of work, as any other form of marginalizing a person in society, aims mainly those persons or groups of persons perceived intentionally or preconceived as being socially weak.

Thus, persons belonging to different ethnical groups, persons with disabilities, old persons and women are the categories most exposed to discrimination, especially at the place of work.

Equality of chances between women and men means taking into consideration the capacities, needs and aspirations which are different for the masculine gender and the feminine gender respectively, and their equal treatment. Largely, this involves nondiscriminatory access to freely choosing or exercising a profession or activity, employment in all the vacant positions and jobs and at all levels of professional hierarchy, equal income for work of equal value, professional information and counseling, initiation programs, professional qualification, improvement, specialization and requalification, promotion at any hierarchic and professional level, work conditions complying with the work health and security regulations according to the legislation in force.

The employer is forbidden to manifest discrimination by using practices which disadvantage persons of a specific gender in relation with work relationships, referring to announcement, organization of contests or exams and selection of candidates for occupying vacant posts in the public or private sector, conclusion, suspension, modification and/or termination of the work legal relation, establishment and modification of duties in the job description, settling of the remuneration, professional promotion, application of disciplinary measures, the right to adhere to a labor union and access to the facilities provided by this one.

Although there are several surveys conducted in the European Union regarding employees moral harassment, the data are not conclusive in respect of the incidence of this phenomenon. There are significant differences of perception, from country to country, in identifying the cases of moral harassment, and this is due to the cultural differences between countries as regards the attention given to this phenomenon and to recording and communicating it.

Among the factors increasing the probability of moral harassment there are: an organizational culture which tolerates moral harassment or does not admit it, rapid organizational changes, workplace uncertainty, critical relationships between personnel and management, critical relationships between work colleagues, excessive levels of work load, deficiency in the personnel policy, high level of stress, unclearness in the job description.

If the employer admits hardly the moral harassment the employees are subject to, they feel the effects "on their own skin" – depression, self-respect decrease, self-culpability feelings, phobias, sleep disorders, digestive and muscle-skeleton diseases. If they report the moral harassment cases, although these are very difficult to prove, the guilty person may be sanctioned, with the same fines as for the discrimination cases – minor offence fine of 400 to 4,000 lei, if

harassment regards a natural person and 600 to 8,000 lei if a group of persons or a community is regarded.

Moral harassment brings with it doubt and incertitude, loss of common values and entails disputes at the place of work. Thus, climate rapidly downgrades. There is not even one official report in Romania related to employees moral harassment. These ones avoid talking about such a subject, and the employers consider it a caprice and do not take any measure to prevent it. In other countries, more and more managers use to send employees to participate in special programs of non-violent communication.

Conclusions

Discrimination as form of marginalization of any kind and in any situation is, unfortunately, a still existing phenomenon in the democratic society, being so habitual that it is considered normal by many Romanians. Ignorance, indifferent attitude towards the problems occurred at the workplace, weakness or fear are only a few of the reasons based on which Romanian employees refuse or avoid defending their rights. The most frequent modality among the Romanian employees used for solving a problem occurred on the grounds of discrimination consists of changing the job.

Moral harassment represents an abusive behavior, contrary to the ethics, unacceptable in the work environment, irrational, repeated, towards an employee or a group of employees, constituting a risk for health and security. Moral harassment cases are characterized by verbal and physical aggressions, but also by discrediting the activity of a work colleague or isolating him/her.

Moral harassment can be aggravated due to some personal and situational factors, such as discrimination, intolerance, personal problems.

The consequences of mobbing can be dramatic, the victims can suffer from confusion, depression, anxiety and suicidal thoughts. The expenses of the organization can also be dramatic, taking the form of profit diminution, reduced productivity, absenteeism, labor force fluctuation and cases submitted to court judgment.

However, Romanian legislation limited to incriminating sexual harassment, no regulation presently existing in the sense of recognition and punishment of mobbing phenomenon. This situation is widely due to the public opinion which, being unaware and not educated regarding the existence of this phenomenon, cannot identify it and, as a consequence, does not react.

Preventing moral harassment at the place of work is a key-element to improving the life conditions at the workplace and to avoiding social exclusion. It is important to take measures on time for avoiding workplace climate deterioration, so employers should not wait until claims from employees appear. It is difficult in some cases to make the difference between moral harassment and interpersonal conflicts. The most efficient strategy could be the one using two levels, including both concrete efforts against moral harassment and improving the workplace psychosocial climate. Involving the employees and their representatives in this strategy may represent a key-factor for success.

In the future, mobbing will have to be regulated distinctively and explicitly in our legislation, according to European Parliament recommendations. In order to reach this goal, as it is essential that future regulations on workplace moral violence to be applied to a large range of social relations from both public and private sectors of activity, the law must offer an exact definition of the workplace moral violence, reflect the best prevention methods, present the legal procedures to be followed for solving the conflicts affecting social relations at the place of work.

Mobbing victims could ground their action either on the provisions of the Civil Code, which consecrate the institution of tort liability, or they could invoke in front of the courts the pertinent provisions of the Labor Code and Law no.168/1999. As well, perfectly just is also the European magistrates conclusion (outlined in the final document adopted at the seminar "Violence and Molestation in the Workplace: Working Towards a European Strategy for Preventing and Fighting

Mobbing, Rome, 2007), according to which enlarging the competences of the work inspectors is necessary in order to prevent and fight this scourge.

Sanctioning mobbing as a stand-alone criminal offence in a future criminal legislation would also raise proof-related issues, as long as art.287 of the Labor Code, stating that the burden of proof is incumbent to the employer, and art. 5² of the Criminal Procedure Code, consecrating the presumption of innocence, should be conciliated.

References

1. Marie – France Hirigoyen, „*Le harcelement moral le violence au quotidien*”, Ed.Syros,1998,p.78.
2. Piero Basilone, „*Tutela penale e mobbing nell’ esperienza italiana; la giurisprudenza e le prospettive legislative*”
3. Report of Harassment at the Workplace (2001/2339 (INI)
4. C.Galca, „*Moral Harassment at the Workplace*” in Revista Romana de Dreptul muncii nr.1/2005
5. A. Ticlea, *Commented Labor Code – comments, acts, regulations, jurisprudence*, Bucharest, Ed.Hamangiu, 2007, p. 25 – 30
6. „*The mobbing Encyclopedia*”, paperwork consulted on the website www.leymann.se.

THE ENVIRONMENTAL CRIME

CANDIDATE ANDRADA TRUȘCĂ*
CAMIL TĂNĂȘESCU**

Abstract

The rapid development of environmental law showed insufficient and ineffective rules of recommendation in this field and the forms of liability and offense. Also, crime against the environment has become increasingly profitable through business storage illegal hazardous waste (in Italy, illegal traffic of waste is the second activity of criminal organizations after drug traffic), traffic of toxic substances prohibited and contraband natural resource protection, illegal trade in products derived from rare species, endangered, representing the second market illegal in the world after the drug market. In Romania, the illegal importation of toxic substances, deforestation massive, irrational marketing of protected species (sturgeon etc.), pollution and environmental degradation make large profits by damage to the environment, leading thus to enrich the phenomenon of crime with a new sector of socially dangerous facts, "environmental crimes" which we intend to consider in this paper.

Key-words: *environmental crime, environmental factors, active subject, passive subject*

1. Introduction.

We agree with specialized¹ authors stating that in criminal matters, two main directions of evolution have appeared in the recent years, namely, a current which consists in the decriminalization of certain types of crimes that no longer represent a high social danger and a second current which consists in the emergence and regulation of a new generation of crimes, related to the technological development of society, such as computer crimes, acts of money laundering, environmental crime etc..

In order to define the environmental crime, we will resort to an overview of opinions of several authors.

Thus, environmental crimes were defined as *the committing of dangerous acts bringing harm to social relations whose defending is conditioned by the protection of natural and artificial environmental factors, harm which is reflected in terms of consequences through a damage produced to natural and legal persons that manage them, by endangering the health of humans, animals and plants or by producing damage to the national economy*².

Another definition given in the doctrine³ defines environmental crimes as *that socially dangerous act committed with guilt that threatens values and interests in the environmental protection area, consisting in environmental pollution or disruption of the activity to prevent pollution, reduce and eliminate the effects of pollution*, and in most cases, the environmental crime creates a state of danger for the life and health of living beings, for the environmental elements, which makes of them socially dangerous acts even if the person and his property are not threatened directly.

* Assistant, Ph.D candidate, Faculty of Legal and Administrative Science, "Dimitrie Cantemir" Christian University, Bucharest (email: andradatrusca@yahoo.com).

** Lecturer Ph.D., Faculty of Legal and Administrative Science, "Dimitrie Cantemir" Christian University, Bucharest (email: camiltanasescu@yahoo.com).

¹ Mirela Gorunescu, "*Infracțiunea de mediu - infracțiune contra dezvoltării durabile*", "Dreptul" Review, no. 11(2003) p. 134.

² Alexandru Boroi, Mirela Gorunescu, *Protecția penală a mediului*, (Bucharest: Universitary Publishing House, 2007), p.155

³ Ernest Lupan, *Tratat de dreptul protecției mediului*, (Bucharest: C.H. Beck Publishing House, 2009), p.252

The environmental crime has been also defined⁴ as that crime committed with guilt, which represents a threat to values of maximum importance for society, to the human health and, to the environment, in general and which are stipulated by the criminal law.

Three patterns for defining environmental crime are used in the European national rights⁵:

- The first pattern is based on a technique that creates dependence of the provisions of administrative nature. In this case, criminal sanctions are used as a last means to compel the offender to respect the administrative provisions, the criminal law being used in this case only as a tool to ensure compliance with administrative law.

- The second pattern for defining environmental crime is based on the idea to overcome the punishment of facts with reduced gravity and to protect the key environmental resources such as water, air, soil, etc., by direct incrimination of dangerous or harmful behaviors in this area, without neglecting, though the administrative matters.

- The third pattern is based on the independence of incriminations of environmental crimes from regulations of administrative nature, being characterized by the serious sanction of behaviors of high gravity for life or humans' health and that can absolutely not be disciplined by the administrative law.

2. The classification of environmental crimes.

In the following, we will try to classify environmental crimes from two perspectives, namely: first, according to the particularities of their constituent features (we will do a more detailed analysis in the next chapter), and secondly depending of the method of regulation, dividing environmental crimes into four categories: crimes under the Criminal Code, the Government Emergency Ordinance no. 195/2005, crimes under special laws, crimes under Directive 2008/99/EC on environmental protection through criminal law, and not least crimes under the new Criminal Code.

2.1. The classification of environmental crimes depending on the particularities of constituent features

a) In terms of object

The subject of the crime is *the social value and the social relationship formed around and through this value, and that are damaged, harmed or put in danger by the committing of a socially dangerous deed*. Thus, in terms of object, environmental crimes can be subclassified⁶ according to certain levels of protection, solving in this way the issue of criminal jurisdiction, as it follows:

- depending on the environment aimed at by the criminal action or inaction (atmospheric, aquatic, land, underground, etc..)

- depending on the flora and fauna of each of these environments.

b) In terms of subject, environmental crimes may be classified as:

- simple subject crimes,

- crimes with classified subject when the criminal agent fulfilled a certain quality concerning environmental protection, and certain obligations that it has broken.

c) Concerning the subjective side, environmental crimes can be divided into:

- crimes committed intentionally, where intention can be special, concerning directly the destruction or alteration of some environment elements or of the environment, as a whole;

- crimes committed by negligence.

d) As for *the objective side*, the vast majority of environmental crimes originate from polluting or non-polluting actions, of physical nature, destroying ecosystems, primarily the natural ones.

⁴ Ileana Dusca, *Dreptul mediului*, (Bucharest: Universul Juridic Publishing House, 2009), p. 270.

⁵ Alexandru Boroș, Mirela Gorunescu, *op. cit.*, p.156.

⁶ Daniela Marinescu, *Tratat de dreptul mediului, Ediția a III-a revăzută și adăugită*, (Bucharest: Universul Juridic Publishing House, 2008), p. 678

2.2. The classification of environmental crimes depending on the manner of regulation

2.2.1. Environmental crimes under the Criminal Code

Although the current Criminal Code has no subdivision referring specifically to criminal environmental protection, some rules contained within some titles relating to crimes that concern activities of public interest, economic activities or public health activities can be used to achieve this objective.

Thus, in *Title VI*, “Crimes against activities of public interest or some activities regulated by law”, *Chapter IV* “Crimes relating to the regime established for some activities regulated by law” includes two environmental crimes as: *Article 2791: Violation of the regime of nuclear materials or other radioactive materials and Article 280 Violation of the explosives regime.*

Title VIII “Crimes to the regime established for certain economic activities” *Article 3022* includes an environmental crime, namely, “*Violation of the import provisions of waste and residues*”.

And *Title IX*, “Crimes affecting the relations of social coexistence”, *Chapter II* “Crimes against public health” includes two environmental crimes: *Article 311 Water Infection and Article 312 Drug traffic.*

2.2.2. Environmental crimes provided by the Government Emergency Ordinance no. 195/2005

The Government Emergency Ordinance no. 195/2005 on environmental protection provides in *Article 98* a number of environmental crimes which can be divided into several categories⁷.

To this end, a first category includes *crimes related to economic activities with environmental impact*, which may include crimes for the treatment of dangerous waste and substances, crimes for the regime of chemical fertilizers and pesticides, for the protection regime against ionizing radiation and for the safety of radiation sources.

The second category refers to *crimes which affect the natural resources*, such as crimes concerning the protection of aquatic ecosystems, crimes relating to the protection of the atmosphere, the regime of protected areas and natural monuments, crimes related to soil, subsoil and terrestrial ecosystems.

Finally, the third category of crimes refers to *crimes arising from the violation of duties, responsibilities and obligations* of environmental authorities, natural and legal persons, such as crimes relating to the improper application or failure of intervention in case of nuclear accident, crimes on the denial of intervention in case of accidental pollution of waters and coastal areas.

Furthermore, the Government Emergency Ordinance classifies in *Article 98*, the 25 environmental crimes in four groups, according to social danger and penalties established.

The first group covers crimes punishable by imprisonment from 3 months to a year or by a criminal fine of RON 30,000 to RON 60,000. The following acts, if they were likely to endanger life or human, animal or vegetal health, constitute crimes: burning stubble, reed, hedges and herbaceous vegetation in protected areas and on land subject to environmental repair, accidental pollution due to failing to supervise the execution of new works, to the functioning of facilities, of technological and of treatment and neutralization equipment, mentioned in the relevant provisions of the environmental agreement and /or authorization/ integrated environment permit.

The second group lists 14 crimes punishable by imprisonment from 6 months to 3 years or a criminal fine of RON 50,000 to RON 100,000 to the extent that they were likely to endanger life or human, animal or vegetal health: pollution through the conscious discharge of waste or dangerous substances in the water, in the atmosphere or in the soil; the violation of restrictions or prohibitions established to protect water and air, under the existing regulations; the failure of supervising and ensuring waste warehouses and dangerous substances, as well as the violation of

⁷ Ileana Dusca, *op. cit.*, p. 275

the obligation to store fertilizers and plant protection products, only packaged and placed in protected places; the omission to immediately report any major accident; legal persons conducting activities with genetically modified organisms or products, without requiring and obtaining consent for import / export and / or authorizations provided by specific rules etc.

The third group consists of three crimes which are punishable by imprisonment from 1 to 5 years if they were likely to endanger life or human, animal or vegetal health: the violation of prohibitions on the use of plant protection products or chemical fertilizers on agricultural land; causing, due to not supervising sources of ionizing radiation, environmental contamination and / or public exposure to ionizing radiation; the failure to promptly report the increase above permitted limits, of environmental contamination; the improper application or failure of intervention in case of nuclear accident, sewage and waste discharge from vessels or floating platforms directly into natural waters or the conscious causing of pollution, by discharge or immersion of substances or dangerous waste in natural waters, directly or from ships or floating platforms.

Finally, *the fourth group* lists environmental crimes that are punished with the most severe penalty, imprisonment from 2 to 7 years: the continuation of the activity after having ordered its cessation; the failure to take measures for the total elimination of dangerous substances and preparations which became waste; the refuse to intervene in case of accidental pollution of waters and coastal areas; the refuse to control the placing and taking out from the country of dangerous substances and preparations in the country, as well as the introduction in the country of microbial cultures, living plants and animals from the wild fauna and flora, without the consent issued by the central public authority for environmental protection; the inappropriate application or failure of intervention in case of nuclear accident; the conscious causing of pollution by discharge or immersion in natural waters of certain substances or dangerous waste, directly or from vessels or floating platforms.

Equally in the fourth group of crimes, the Government Emergency Ordinance no. 195/2005 provides that the denial of intervention in case of accidental pollution of waters and coastal zones and the refusal to control the placing and taking out from the country of dangerous substances and preparations, as well as the introduction in the country of microbial cultures, living plants and animals from the wild flora and fauna, without the consent issued by the central public authority for environmental protection put in danger the health or bodily integrity of a large number of people, had one of the consequences stipulated in Art. 182⁸ of the Criminal Code or caused substantial material damage, the punishment is imprisonment from 3 to 10 years and interdiction of certain rights, and where death occurred to one or more persons or important damage has been caused to the national economy, the punishment is imprisonment from 7 to 20 years and the interdiction of certain rights. The attempt is punishable.

2.2.3. Environmental crimes covered by legislation with specific character

Except for provisions of G.E.O 195/2005 and the Criminal Code, in the field of criminal protection of the environment, there are also a number of provisions contained in the legislation with specific character that provide a deep specialization of incriminating antisocial behavior against the environment; provisions contained in these sectoral regulations are considered special rules, and excepting cases of express subsidiarity, will have priority in implementation⁹.

⁸ Article 182 of the Criminal Code: "Serious injury – The deed that caused bodily or health harm that need more than 60 days to heal, or that have produced any of the following consequences: loss of a sense or organ, the cessation of their functioning, a permanent physical or mental disability, disfiguration, abortion, or putting in jeopardy the life of the person, is punished with imprisonment from 2 to 7 years. When the act was committed in order to produce consequences referred to in the preceding paragraph, the punishment is imprisonment from 3 to 10 years. The attempt of crime under par. 2 is punished."

⁹ Alexandru Boroi, Mirela Gorunescu, *op. cit.*, p. 196.

We will refer in the following to two special laws, namely, G.E.O 78/2000¹⁰ concerning the regime of waste and Law no. 192/2001¹¹ on fisheries, fishing and aquaculture.

Thus, *the Government Emergency Ordinance no. 78/2000 concerning the regime of waste* enshrines a series of environmental crimes in art. 53 which states: “(1) The following facts represent a crime and are punishable by imprisonment from 1 to 5 years: a) the importation of devices, facilities, equipment, machinery, substances and products used and worn, from the waste category banned for import; b) the violation of compulsory measures in carrying out activities for collecting, processing, transport, valorization and removal of dangerous waste; c) the sale, abandonment and / or failure to ensure the waste cargo during the transit across the Romanian territory; d) the refusal to return to the country of origin, the waste entering the country for purposes other than removal and for which the competent authority ordered the return measure; e) placing the waste in the country in order to eliminate and / or their non-use with the purpose for which it was introduced; f) the acceptance by warehouse / incinerators operators, to eliminate waste illegally entering the country and / or waste placed in the country for purposes other than removal and which could not be used for purposes for which they were introduced. (2) The attempt is punishable.

Law no. 192/2001 on the piscicultural domain, fishing and aquaculture includes in art. 561 and 562 a number of crimes, unlike the above mentioned crimes, punished just by fine: *Article 56¹*: “(1) The following deeds constitute a crime and are punishable by fine from 50,000,000 lei to 100,000,000 lei: a) fishing without a license for ships and boats and / or fishing license, b) the production, importation, sale, possession or use, at fishing, of fishing nets, trammels, gillnets, cast nets, bow and pound nets, as well as other types of commercial fishing equipment etc., by unauthorized persons. The attempt is punishable. *Article 56²*: “(1) The following deeds constitute a crime and are punishable by criminal fine from 300,000,000 lei to 800,000,000 lei: a) commercial fishing in natural fish ponds, by any methods or means, of fish or other aquatic creatures, during the prohibition period, as well as the destroying of embryonated fish eggs from areas of natural reproduction; b) the production, importation, manufacture, possession or sale of mesh monofilament fishing equipment etc. The attempt is punishable.

2.2.4. Environmental crimes in Directive 2008/99/EC on environmental protection through criminal law

Directive 2008/99/EC¹² comes helping the Member States with a common set of rules, establishing criminal measures to ensure a more effective environmental protection. The directive does not compel the application of sanctions or of other system to apply law in individual cases, but requires Member States to stipulate in their national legislation, criminal sanctions for serious violations of provisions of the Community law on environmental protection.

The Directive establishes for Member States also the obligation to make sure that the nine acts within it constitute crimes, if committed unlawfully, consciously or at least by serious negligence.

The transposition of the Directive, according to article 8 must be made before December 26, 2010.

Thus, under the Directive, are considered crimes:

a) the discharge, emission or introduction of a quantity of materials or ionizing radiation into air, soil or water which causes or is likely to cause death or serious injury to any person or substantial damage to air quality, soil or water quality or to animals or plants;

¹⁰ Government Emergency Ordinance no. 78/2000 published in the Official Gazette no. 283 of June 22, 2000, as amended by Government Emergency Ordinance no. 61/2006 approved by Law no. 27/2007, published in the Official Gazette no. 38 of January 18, 2007.

¹¹ Law no. 192/2001 published in the Official Gazette no. 200 of April 20, 2001, as amended by Law no. 298/2004, published in the Official Gazette no. 593 from July 1st, 2004.

¹² Published in OJ L 328/28 of December 6, 2008.

b) the collecting, transport, valorization or removal of wastes, including the control of such operations and after-care of removal sites, and including traders' or intermediaries' (waste management) actions, which cause or are likely to cause death or serious injury to any person or substantial damage to air quality, soil or water quality, or to animals or plants;

c) the transportation of waste, where this activity falls within the scope of Article 2, paragraph (35)¹³ of Regulation (EC) no. 1013/2006 of the European Parliament and the Council of June 14, 2006 on shipments of waste and it is realized in a quantity that can not be neglected, whether executed by a single shipment or multiple shipments apparently related;

d) the exploiting of a factory in which a dangerous activity takes place or where dangerous substances or preparations are stored or used and which, outside the factory, causes or is likely to cause death or serious injury to any person or substantial damage to air quality, soil or water quality, or to animals or plants;

e) the production, processing, handling, use, possession, storage, transport, import, export or removal of nuclear materials or other dangerous radioactive substances which cause or are likely to cause death or serious injury to any person or damage to air quality, soil or water quality, or to animals or plants;

f) the killing, destroying, possession or taking of specimens from the protected wild fauna or flora, except cases where the deed concerns a negligible quantity of such specimens and has a negligible impact on the conservation status of species;

g) the trade with specimens of species from the protected wild fauna or flora or with parts or their derivatives, except cases where the deed concerns a negligible quantity of such specimens and has a negligible impact on the conservation status of species;

h) any act that causes significant deterioration of a habitat within a protected site;

i) the manufacture, import, export, marketing or use of substances depleting the ozone.

2.2.5. *Environmental crimes under the new Criminal Code*¹⁴

The environmental crimes under the new Criminal Code are mostly the same as the ones in the Criminal Code in force. Four differences are to be noted, namely:

- in the new Criminal Code, we no longer find the crime "*the violation of provisions on the import of waste and residues*" (Article 3022 of the current Criminal Code);

- another difference is found in the current art. 312, "*The drug traffic*" and art. 359 of the new Criminal Code "*The traffic of toxic products or substances*". The texts of the articles are identical, with the only observation that the new Code has dropped the syntagm "narcotic drugs";

- the third notable difference is found at the crime of "*Water infection*" (art. 311, the current Criminal Code and art. 356, the new Criminal Code), meaning that if in the current regulation, the attempt is not punishable, in the new Code, the legislator has set its punishment.

- the second marked difference between similar crimes, in the two criminal codes is that, in the new Criminal Code sanctions, for every crime, have been increased.

¹³ Regulation(CE) no. 1013/2006 of the European Parliament and the Council, of June 14, 2006, published in OJ L 190 of July 12, 2006, Article 2, paragraph 35: "unlawful transfer" means any transfer of waste done: (a) without notification to all competent authorities concerned in accordance with this Regulation, or (b) without the consent of competent authorities concerned in accordance with this Regulation, or (c) with the consent of competent authorities concerned obtained by fraud or forgery or (d) in a manner unspecified in the notification or in the circulation documents or (e) in a way that determines recovery or disposal in contravention of Community or international rules or (f) contrary to Articles 34, 36, 39, 40, 41 and 43 or (g) about which, as for shipments of waste mentioned in Article 3, paragraphs (2) and (4), it comes out that: (i) the waste is not listed in Annexes III, IIIA or IIIB or (ii) it does not comply with Article 3, paragraph (4), (iii) the transfer is conducted in a manner not specified in the document from Annex VII.

¹⁴ Law no. 286/2009 on the Criminal Code, published in the Official Gazette no. 510 of July 24, 2009.

3. The analysis of the environmental crimes content

3.1. *The object of environmental crime*

As already stated, the object of crime is represented by the social value and relationship formed around and due to this value that is injured, harmed or endangered by a socially dangerous deed. Thus, as for environmental crimes, the question of identifying the protected social value through incriminations raises. In this respect, it was raised the question¹⁵ whether through the involvement of criminal law, the protection of nature as a whole is pursued, or just of the individual's right to a healthy environment. However, although protecting people and their right to a healthy environment is the purpose of criminal environmental protection, this is only the secondary legal object of environmental crime, and *the general legal object* is represented by social relations formed in connection with environmental protection and having regard to the premises to ensure economic sustainability.

The specific legal object of environmental crimes varies according to each crime separately, and we will present some of them in the following.

Thus, the legal object of *the crime of poaching*¹⁶ is represented by social relations concerning the venison protection, as public good, of national and international interest, which is part of the biosphere¹⁷.

For the crime charged in the Forest Code¹⁸ "*reducing the forest area and changing the objective destination*", the legal object of the crime under Art. 106, paragraph 1 is composed of social relationships on the integrity protection of national forest against facts through which its surface is reduced by crime, and the legal object of the crime, stipulated in art. 106, paragraph 2 is made up of social relations created when establishing the obligation to maintain the objective destination for which they have obtained approval to remove from the national forest or to occupy the national forest for a period of at least 5 years after approving the removal from forestry domain.

As for the crime of the Forest Code, "*the qualified forest destruction*", it covers social relations for forests protection against acts through which they may be destroyed, degraded or brought into disuse by fire.

The crime of "*phonic pollution*"¹⁹, provided by article 98 paragraph 2, section 4 of the Government Emergency Ordinance no. 195/2005 has as legal object, social relations which have to protect the environment from noise above accepted limits and the crime of "*non-compliance with the provision to suspend the agreement or authorization / integrated environmental permit*", from the same regulation, covers social relations referring to the obligation to conduct the activity with possible impact on the environment, only with agreement or authorization / integrated environmental permit.

The material object of environmental crime will be, wherever possible, the materialization of value or of one value from the social values protected by the rule of incrimination. Thus, for the crime of *poaching*, the *material object* is represented by wild animals (mammals or birds) in a state of freedom; for the crime of *qualified destruction of forests*, the *material object* is represented by forests, forest belts, forest vegetation of degraded lands, improved through afforestation etc.; for the crime of *reducing forest area and changing the intended objective*, the material object is represented by elements of national forest, listed in Article 1, paragraph 2 of the Forest Code.

¹⁵ Alexandru Boroi, Mirela Gorunescu, *op. cit.*, p. 159

¹⁶ The Law of hunting and hunting fund protection no. 407/2006, as amended by Government Emergency Ordinance no. 154/2008, published in the Official Gazette no. 787 of November 25, 2008.

¹⁷ Mihai Adrian Hotca, Maxim Dobrinou, *Infracțiuni prevăzute în legi speciale, Comentarii și explicații* (Bucharest: C.H. Beck Publishing House, 2008), p. 688.

¹⁸ Law no. 46/2008 on the Forest Code, published in the Official Gazette no. 238 of March 27, 2008, as amended by Law no. 193/2009, published in the Official Gazette no. 365 of June 1st, 2009.

¹⁹ Article 111 of the Forest Code.

There are also a number of environmental crimes, with no *material object*, from which we mention, for example: noise, the omission of reporting any major accident, the refusal of response to water pollution, the unauthorized access with guns in protected areas, etc.

3.2. The subject of the environmental crime

The active subject. The active subject of environmental crime can be both a natural and legal person²⁰, fulfilling the general conditions of criminal liability. As environmental law has a predominantly technical nature, it is required that active subjects, for most environmental crimes, should be qualified active subjects. They must satisfy a special condition, namely, they will have to operate in areas that can affect the quality of the environment.

Thus, for *the crime of poaching, burning vegetation in areas with special conditions, the causing of accidental pollution due to not supervising some activities and the crime of qualified destruction of forests*, an active subject of crime can be *any person* who fulfills the general conditions, and criminal participation is possible in all its forms (coauthors, incitement and complicity). With regard to *the crime of reducing forest area and changing the intended objective*, active subject can be *any natural or legal person*, criminal participation being possible in all its forms. For the crime of *non-compliance with the provision to suspend the agreement or authorization / integrated environmental permit*, the active subject is qualified and it can only be a natural or legal person operating in areas that presuppose an environmental impact and that requires the issuance of a license, agreement or / integrated environmental permit, and for the crime of *omission in reporting any major accident*, the active subject is qualified and it can be only a natural person, employed by an institution which has, on grounds of environmental license, the task of identifying sources of risk, monitoring their activities and announcing the imminence or occurrence of accidents.

The passive subject. For all environmental crimes, *the general passive subject* is the State because it is the one called to enforce law and order on its territory, and environmental crimes violate laws enacted in the order to provide for the normal course of human activities.

However, the quality of *secondary passive subject* can be attributed to natural or legal persons, holding the secondary social value protected by the rule of criminality²¹.

In this sense, for the crime of *poaching*, the *main passive subject* is the Romanian State and the *secondary passive subject* is the manager of the hunting fund (Romanian legal person who was authorized by law and who is assigned to manage the fauna of hunting interest from a hunting fund); for the crime of cutting or removal of roots, without right, from forest vegetation, the main passive subject is represented by the state, and the secondary passive subject, when the state is not the forest land owner, is the person that owns the land on which forest vegetation is cut, torn, destroyed.

²⁰ The criminal liability of the legal person in Romania was made possible with the entry into force of Law no. 278/2006 for the amendment and supplementing of the Criminal Code, as well as of other laws (published in the Official Gazette no. 601/ July 12, 2006). On the timeline, Law no. 278/2006 is not the first piece of legislation on criminal liability of the legal person. In this respect, Law no. 299/2004 on criminal liability of legal persons for crimes of forgery of currency or other values (published in the Official Gazette no. 593 / July 1st, 2004) came into force in 2004, but could not be applied in the absence of appropriate procedural provisions and by the stipulations of Law no. 278/2006, Law no. 299/2004 was repealed. Also Law no. 301/2004 (published in the Official Gazette no. 575/2004) renders this honor known, but it was repealed by Law no. 286/2009 (published in the Official Gazette no. 510/2009). Thus, we can say that from the entry into force of Law no. 278/2006 (October 10, 2006), one can speak for the first time in Romanian law of criminal liability of the legal person. [Florin Streteanu, Radu Chirita, *Răspunderea penală a persoanei juridice, Ediția a II-a*, (Bucharest: C.H. Beck Publishing House, 2007), p. 390 and Costel Casuneanu, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, (Bucharest: Hamangiu Publishing House, 2007), pp 42-47]

²¹ Mirela Gorunescu, *op. cit.*, p. 140

3.3. *The objective side of environmental crime*

A. *The material element.* For environmental crimes, the material element will always consist in an action or inaction that violates certain legal provisions designed to ensure proper maintenance of environmental quality, to achieve sustainability and respect for the fundamental human right to a healthy environment. The doctrine²² states the importance of establishing if the radical solution to resort to criminal sanction can be taken only when the environment has actually been affected and suffered considerable damage (material crime), or when the quality of environmental factors is only threatened (formal crime). Thus, it was noted that, in order to better satisfy the needs of environmental protection, the most dangerous crimes (formal) should be made known, facilitating in this way the probatory task of judicial bodies, as the mere committing of the action or inaction that constitutes the material element of the crime creates a presumption of threatening the protected social value.

Thus, for the crime of *causing accidental pollution due to failing to supervise some activities*, the material element is the ommissive conduct, the failure in supervising the functioning of facilities and equipment that the rule refers to; for the crime of *phonic pollution*, the material element is committing a fact that, by the noise produced etc. exceeds acceptable limits.

B. *The immediate consequence.* The immediate consequence of environmental crimes will be represented by an impairment of the environment or, where appropriate, a simple jeopardizing of environmental quality.

The immediate consequence of the crime of *poaching* is the killing or destruction of the fauna, which brings both material and moral damage; for the crime of *reducing forest area and changing the intended objective*, the immediate consequence is the loss of an area of national forest; the immediate consequence of the crime of „*phonic pollution*” is the serious endangering of human health.

C. *Causation.* For environmental crimes, causation is difficult to establish, since pollution is mostly vague and belated, and may produce effects over long distances, existing the possibility that causation is not immediate and direct, and at the same time, it is possible that the act is not the exclusive cause of damage.

But if it is not about pollution, but about facts that are contrary to environmental protection, causation is easy to establish. Thus, for example, for the crime of *cutting or removal of roots, without right, of forest vegetation*, causation between the material element and the immediate consequence is that cutting, breaking, destroying, degradating or uprooting have been one person's acts, and not for reasons that exclude human control (earthquake, etc.).

3.4. *The subjective side of environmental crime*

The forms of guilt contained in the subjective side of environmental crime can be both intention and crime, in all their ways. But only few times, the form of guilt is the one of direct intention, because, at least for pollution, it is unlikely that the person who has committed a crime to work with the purpose to damage any environmental component, being incident the indirect manner when the perpetrator has not sought to produce such an objective, but it simply accepted the result.

In most cases, environmental crimes are associated with a mental attitude corresponding to fault, both in terms of intellect, and volition; neglect and ease are frequently found in the subjective side of environmental crimes²³.

Thus, for example, the subjective side of the crime of *causing accidental pollution due to the failure of supervising some activities* has as guilt form, *delinquency*, the noise pollution crime is *deliberate*, the crime of *omission in reporting any major accident*, under subjective aspect, is

²² Alexandru Boroi, Mirela Gorunescu, *op. cit.*, p. 169.

²³ Mirela Gorunescu, *op. cit.*, p. 142.

committed *negligently or intentionally*.

In some aggravating ways, the environmental crime will see in the subjective side, the praeterintention when intentional acts would cause more serious consequences, towards which the perpetrator's behavior is particular to fault.

As for the mobile and purpose, their role is important, and at one time, depending on their specifics, the environmental act may acquire special meanings, and, to the same extent, they are relevant for the determination of sentence.

Conclusions

It is considered that criminal law has only a subsidiary role in protecting the environment, specific tools of administrative law and civil law having the main role. However, it seems that, in some cases, the repair of damage caused by an act or commit a penalty offense are not sufficient for achieving environmental interest, in the best position to intervene in these situations is criminal law, which has most severe legal penalties.

References

1. Alexandru Boroș and Mirela Gorunescu, *Protecția penală a mediului*, (Bucharest: University Publishing House, 2007)
2. Costel Casuneanu, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, (Bucharest: Hamangiu Publishing House, 2007)
3. Daniela Marinescu, *Tratat de dreptul mediului, Ediția a III-a revăzută și adăugită*, (Bucharest: Universul Juridic Publishing House, 2008)
4. Ernest Lupan, *Tratat de dreptul protecției mediului*, (Bucharest: C.H. Beck Publishing House, 2009)
5. Florin Streteanu and Radu Chirita, *Răspunderea penală a persoanei juridice, Ediția a II-a*, (Bucharest: C.H. Beck Publishing House, 2007)
6. Ileana Dușca, *Environmental Law*, (Bucharest: Universul Juridic Publishing House, 2009)
7. Mihai Adrian Hotca and Maxim Dobrinou, *Infracțiuni prevăzute în legi speciale, Comentarii și explicații* (Bucharest: C.H. Beck Publishing House, 2008)
8. Mirela Gorunescu, *"Infracțiunea de mediu - infracțiune contra dezvoltării durabile"*, "Dreptul" Review, no. 11(2003)

REPAIRING THE DAMAGE IN CASE OF JUDICIAL ERRORS

SIMONA TACHE*

Abstract

Judicial error means an error that occurs during judging a criminal case consisting in a wrong fact-finding which resulted in a judgment unfair. In such cases, according to criminal procedural law, there is the possibility to repair the damage in case of conviction or for taking preventive measures unfairly. Any person who was finally convicted is entitled to compensation by the state for the damage suffered if after the case was re-established by the final decision has not committed the imputed fact or that fact does not exist.

Procedural acts committed by organs of criminal prosecution may not be included under judicial errors because during the research the criminal benefits by presumption of innocence. A person who is falsely suspect of committed a crime stipulated by a criminal law is viewed worse by society, more before to be finally convicted by the courts. For the future, I consider that Romanian legislation should be improved with provisions which stipulated that person entitled to have recourse to the path of a damages claim in case of falsely prosecuted, being acquitted by a final court decision, for the offences he was prosecuted for.

Keywords : *error, offence, court, unfair, damage.*

Introduction

An important aspect related to the evolution of this institution, is the fact from its desire to integrate in the European Union, Romania adopted a series of laws and regulations in criminal matter, meant to provide the alignment of our legislation to the applicable legislation of the countries within the European Community and to ensure the compliance with the provisions of the European Convention of Human Rights. Nevertheless, despite of the achievements registered in the foreign affairs and international politics, this alignment process is still in process of development, including the one regarding the special procedure on the remedy of the material or moral damage caused by the wrongful conviction or illegal deprivation of liberty, regulated by the articles 504-507 Code of criminal procedure.

The introduction in the Romanian law and the further amendment of this special procedure on the remedy of the material or moral damage caused by the wrongful conviction or illegal deprivation of liberty, is based on the desire to avoid the cases of judgements ruled against the Romanian state by international courts for the failure to comply with the provisions of the article 5 paragraph 5 of the Convention on the protection of human rights and fundamental liberties, according to which: „everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this article shall have an enforceable right to compensation.”

„The criminal proceedings represent the activity provided by law, carried out by the competent authorities, with the participation of the parties and of other persons, for a timely and complete determination of the facts that constitute criminal offenses, thus for any person committing a criminal offence to be punished if proven guilty and no innocent person to be held criminally liable”.

The set of procedural safeguards accompanying the criminal justice in our state provide a guarantee for reaching the purpose of the criminal proceedings, which, among others, consists in non-punishing innocent persons. By respecting this aspect of the criminal proceedings' purpose, the state secures the observance of the law and legal order.

* Assistant, Ph.D., candidate, Faculty of Law, “Romanian-American” University, Bucharest (tachesimona@yahoo.com).

For reaching the purpose of the criminal proceedings, the legislator has set up a series of legal rules comprised by the Code of criminal procedure and by the special laws, rules meant to discipline the conduct of the criminal proceedings.

The way the criminal proceedings are conducted, as well as the level of professional training of those serving and carrying out the act of justice, generally excludes the risk of judicial errors.

Nevertheless, whereas the act of justice is the work of people, and like any other human activity can be subject to errors, it is possible that, in performing the act of criminal justice, can sometimes occur judicial errors.

Paper content

Considering the need for unitary practice in regulating the applicable legal rules applicable in conducting the criminal proceedings, there have been adopted a series of provisions applicable to all criminal actions referred for settlement in front of the courts, rules composing the common procedure in the criminal procedural law.

The common procedure applies without exception in most of the criminal actions as it is required the standardization of the criminal proceedings conduct and the compliance with the right to equal treatment in front of the criminal court. However, in some cases the usual procedure is not efficient enough and cannot form the optimum frame for finding the truth and hearing the case.

Therefore, the criminal law has set up some regulations impairing from the common procedure, rules applied limitedly, depending on the action under settlement. Their role is to maintain functional the mechanism of justice without affecting the liberties granted by law and without influencing the fair settlement of the case. These exceptions are called special procedures. For being deemed as special procedures, the derogating rules must form a dully-grounded set of rules by its content, classification and application.

In the Romanian criminal procedural law, the special procedures are limited and have a narrow scope of application; such procedures are used for establishing the criminal liability but also for the settlement of aspects adjacent to the fundamental tasks of the criminal proceedings.

The special procedures are not set up randomly, being entailed by certain circumstances well grounded in the law, such as special determining elements concerning the perpetrator, the circumstances in which the criminal offence happened or the nature of the criminal offence. However, we should keep in mind one thing, and that is not any element of such circumstances can lead to the set up of a special procedure.

The special rules, although having its own content and systematization, are only partial derogations from the rules regulating the common procedure, being impossible for a rule within a special procedure to affect a fundamental right or to severely infringe the rules of conducting criminal proceedings.

Another element that should be considered is the applicability of these special procedures. It will never be accepted the discretionary application of a special procedure depending on the subjective elements differentiating an action from another. The special procedures apply in all criminal actions, which, by an objective analysis, can fall under the scope of application of a well-established procedure.

The special procedures represent a set of derogations, with a variable extent, but permanently maintaining a complementary and derogatory nature; thus, wherever the special procedure fails to expressly apply to such situations, the common procedure shall apply. Moreover, if both the common, as well as the special procedure regulate a certain situation, the derogatory regulations shall have priority.

The applicable law does not regulate the special procedure as widely and complexly as to eliminate any rule applicable in the common procedure, thus, we will never face the situation when an action shall be exclusively settled based on the derogatory rules, without requiring at least the minimum application of the common rules. The application of the provisions under the special

procedure does not eliminate, but completes the common provisions of the Code of criminal procedure and any action settled solely based on derogatory provisions shall fail to be completely and accurately prosecuted.

According to article 52 para. 3 of the Romanian Constitution, the state shall have a patrimonial liability for the prejudices caused by the judicial errors, the state liability being established under the law.

The Code of criminal procedure comprises special provisions base on which the person wrongfully convicted or arrested or detained without legal grounds has the enforceable right to ask for compensation of the damages caused to her due to the above-mentioned situations, to which has been subjected.

The articles 504-507 Code of criminal procedure, as further amended by the Law no. 281/2003, respectively by the Law no. 356/2006, regulates the special procedure based on which the person that has been subject to the act of justice can claim the compensation of the material or moral damage from the State, the provisions of such law being completed with the provisions of the common procedure.

Thus, any person that has been sentenced, by means of a final and irrevocable decision, has the right to ask the State to remedy the suffered damage, if, after re-judging the action the court has passed a final decision for the acquittal of the person (article 504 para.1 Code of criminal procedure).

Also entitled to claim for the compensation of damage is the person who, during the criminal proceedings, has been deprived of liberty or whose liberty has been illegally restricted. The illegal deprivation or restriction of liberty must be established, as the case may be, by the ordinance of the prosecutor regarding the revocation of the detention order, by the ordinance of the prosecutor regarding the decision to drop all the charges or the decision not to take action for the case provided under article 10 para. 1 let. j Code of criminal procedure, or by the decision of the court regarding the revocation of the detention order, by the final court decision of acquittal or by the final court decision ordering the termination of the criminal proceedings based on the case provided under article 10 para.1 let. j Code of criminal procedure.

The person deprived of liberty after the limitation periods, amnesty or decriminalization of the deed.

Upon establishing the remedy, the court shall take into account the duration of deprivation or restriction of liberty the person had suffered, as well as the consequences suffered by the person or by the family of the person deprived of liberty, or whose liberty has been restricted.

The remedy consists in the payment of an amount or, after considering the conditions of the person entitled to compensation of damages and of the nature of the damage suffered, in setting up of an annuity or the obligation, on the State's account, the person deprived of liberty or whose liberty has been restrained, to be hospitalized or signed in social assistance institution.

The persons entitled to damage repair, who were employed before their deprivation of liberty, shall be considered, when calculated the seniority established according to the law, the time when they were deprived of liberty, the compensation being, in all the cases incurred by the state, by dint of the Ministry of Public Finance (article 505 Code of criminal procedure).

The compensation of the caused damage must be integral, both in terms of the claimed material damages, as well as in terms of moral damages. Regarding the moral damage compensation, the court must analyze, from case to case, if justified, and, in such case shall decide the amount of such damage, depending on the degree of prejudice of values like dignity, honour, prestige and honesty each individual should enjoy, however, without excluding other value protected by the domestic and international law.

The obligation of the state to compensate the damage in case of a wrongful conviction or restriction or detention order, regardless of the grounds of acquittal and of the criminal offence entailing such acquittal, results from the public law and from the judicial error. By the Decision

no. 3189 on April 20th 2005 passed by the HCCJ – Civil and intellectual property section, the court held that the prejudicial factor is limited for the duration of the preventive arrest, as after the release of the incarcerated person, the criminal proceedings, resulting in the decision of acquittal, represent a legal action the state cannot be held accountable for, regardless of the moral, physical and psychical consequences caused by the trial to the relevant person.

The action for the damage compensation can be introduced by the entitled person, according to the article 504 Code of criminal procedure, and after her/his death by the persons in her/his care (by the persons benefiting of the material and moral support provided by the person entitled to compensation).

The action can be introduced in 18 months term from the final decision, or, as the case may be, from the courts decisions or from the prosecutor's ordinances, provided under article 504.

This 18 months term is a limitation of time for taking action, being considered as a reasonable term, in which the person claiming the compensation of damage caused by judicial error can introduce action for obtaining such remedy.

For repairing the damages, the person entitled can refer to the tribunal with jurisdiction in his/her area of residence, introducing a civil action against the state, who is summoned by dint of the Ministry of Public Finance, the action being exempted from the stamp tax (article 506 Code of criminal procedure). In case the damage compensation has been granted under the article 506 Code of criminal procedure, as well as in the case the Romanian state has been sentenced by an international court, the rights of contribution or recourse against the one who caused the damage, in bad faith or due to gross negligence, is binding (article 507 Cod proc.pen).

The recourse can be formulated against the employees of the Ministry of Administration and Interior who are activating within the judiciary police (criminal investigations authority), as well as against the magistrates (judges and prosecutors).

We consider that, in such a case, *de lege ferenda*, the victim of judicial error should be granted the possibility to direct against the very entity that caused the damage in bad faith or due to gross negligence, and the provisions of the article 507 Code of criminal procedure should be modified thus as to expressly provide such a possibility. According to article 2 para.1 let. h) of the Code of civil procedure, the actions for the compensating damages caused by judicial errors in the criminal proceedings shall be referred to civil courts and, thus, shall be settled, in first instance, by the civil sections of the tribunals, and not by the criminal sections.

The individual freedom is one of the fundamental values protected by the European Convention on human rights, requiring, due to its importance, a rigorous control rendered by the European Court of Human Rights regarding any measure that might prejudice such value. First of all, it is about the prejudice caused by the public authorities, thus, according to this article, the state's obligations are not ending here, as the state is also compelled to intervene indirectly when the prejudice is caused by an individual natural person or by a private legal entity.

According to the ECHR case law, the application of the article 5 par.5 of the Convention grants the prejudiced person an enforceable right to compensation due to a deprivation of liberty contrary to the provisions (paragraphs 1-4), and the remedy obligation calls forth the existence of a material or moral prejudice that must be compensated.

Regarding this procedure regulated by the Convention, it has been established that the exercise of the right to compensation is not subject to any finding of a domestic internal authority, being allowed for the Court to be the first to ascertain such a violation and to grant an just satisfaction.

Thus, we can affirm that, in this case as well as in the case of other rights granted under Convention, article 5 paragraph 5 represents an actual and effective guarantee for the exercise of the rights provided under the convention. This means that the provisions of the Convention establish not only the existence of the right, but also the procedural means to exercise it, both being provided by the Convention precisely for avoiding any doubts regarding its application.

The guarantee offered under article 5 paragraph 5 should not be mistaken for just satisfaction provided under article 50 of the Convention, which is provided for any violation of the Convention, implicitly under article 5, as the violation of the later mentioned provisions can entail a claim for just satisfaction.

Article 5 paragraph 5 is the only special provision of the Convention by which the state, summoned to answer in front of the Court, is ordered to pay a compensation in case of violating a right of the person illegally arrested or detained. Unlike this one, the just satisfaction provided under article 50 is ordered by the European Court in all the other cases, the state being ordered to pay certain amounts representing material or moral damages, and to reimburse the expenses incurred by the plaintiff, all these within reasonable limits and without leading to an ungrounded reward.

In case of remedy for illegal detention, the state can ask the plaintiff to prove the extent of the prejudice caused by the illegal arrest or detention. The courts' assessments are personalised depending on each case, the Court granting the states wide assessment possibilities in this matter, by reference to national laws. Thus, according to the specific provisions, in some countries (like Belgium, Italy, Germany) the remedy is also due when the detention is not followed by a legal action or by an action for acquittal, which represents a wider interpretation of the provisions of the article 5 paragraph 5 than the one suggested by the mentioned text, which refers solely to conditions contrary to the provisions of the Convention, conditions illustrated under article 5 paragraph 1.

Other states, like France for example, interpret the provisions above-mentioned in a more restrictive manner, requesting the party to prove both the existence of an obviously important prejudice, as well as the significant gravity of the deed.

It is highly important that the right to remedy to be first provided by the national laws, in such case being satisfied in the quantum claimed by the prejudiced party. Therefore, the compensation granting must be supported by the evidence of the prejudice caused by the violation of the article 5, as the national courts shall grant financial compensations solely based on such evidence.

The judges from the ECHR held that, in case the plaintiff did not suffer any prejudice, although he/she is still considered as victim, shall not be entitled to claim any damage in lack of any moral or material damage, the Court allowing an action formulated under article 5 paragraph 5 only after finding that another paragraph of the article 5 has been violated, *de facto* and *de jure*.

According to the Court, the right to compensation under article 5, paragraph 5 is enforceable not only when the article 5 of the Convention has been violated, but also when any likely provisions of the domestic law, granting a wider protection than the one granted by article 5 paragraphs 1-4, have been violated, regardless whether such violation is a matter of substantive or procedural law.

For the Court to be referred in this matter, two conditions must be cumulatively complied with:

- a domestic court has held that one of the rights under paragraphs 1-4 has been violated;
- all the domestic redress procedures regarding compensations have been exhausted.

The remedial provision illustrated under article 504 Code of criminal procedure indicates a single case when the state must grant compensations, that is when a person finally convicted, due to the admittance of an extraordinary redress procedure, for retrial, is acquitted by a final court decision.

The above-exemplified hypothesis is very restrictive, as long as there are numerous other cases when judicial errors occur, which are not regulated by legal provisions. Thus, during the criminal proceedings the court of justice and of judicial investigation do not order the acquittal of the accused although there are no proofs of guilt, or no redress procedures meant to amend the final court decision are allowed or, due to the admittance of the extraordinary redress procedure, for retrial, the courts fail to order the acquittal of the accused despite of the fact that there are no proofs of guilt.

Such hypotheses can also lead to severe prejudice of a person due to judicial errors. Thus, the person that was wrongfully accused for committing a deed provided by the criminal law is biased by the society, even before being finally sentenced by the courts, as such person must present to the criminal investigation authorities (police, prosecutor's office), on the dates and hours indicated in the subpoena, being forced to take leave from work. Obviously failing to respect the non-public nature of the criminal investigation, information on the investigated or accused persons are published in the press long before the final conviction decision has been passed by the court, and in many cases this is the reason why the investigated person loses the job, besides other prejudices brought to the honour or reputation of such person.

Moreover, by calling forth the speed-up of the criminal proceeding and by violating the provisions of the article 202 par.1 Cod proc.pen, according to which: „*The criminal investigation authority is forced to collect sufficient evidence for finding the truth and for analyzing the case under all its aspects, for a just settlement. The criminal investigation authority gathers evidence both in favour and against the accused or the perpetrator*”, the criminal investigation authorities transfer the liability of burden of proof in his favour to the accused, who will be indirectly constrained to prove his innocence by hearing the depositions of the defence witnesses, by supporting documents, by legal surveys, which entails additional costs to be incurred by such person.

In the court too, the judgement of the case also entails additional costs for the person under investigation, as such person must present in front of the court, must submit evidence, must ensure the transportation of witnesses, the lawyer's fee or the costs charged by other persons whose presence is required for supporting his statement.

Moreover, some extraordinary redress procedures, such as revision, provide as a previous and necessary procedure, the transmission of the complaint to the competent prosecutor's office in the territorial area of the court that passed the conviction decision on the merits. This judicial authorities, components of the same system with the prosecutor requesting the judgement of the accused, that is the Public Ministry, tend to dismiss *ab initio* such actions that would lead to the acquittal of the accused, for avoiding the discovery of serious errors in the activity of the prosecutor under his supervision and the sanctioning of the person that wrongfully requested the judgement of the person proven to be innocent.

De lege ferenda, we suggest the extension of the provisions of the article 504 Code of criminal procedure in the sense that the entitled person should be able to address the court by means of action for damages and, if wrongfully sent for judgement, being further acquitted by a final court decision regarding the criminal offences for which such person has been convicted. We consider that such a regulation would represent a means for consolidating the liability of the criminal investigation authorities when investigating and administrating the evidence, as well as a just satisfaction for the persons that have been wrongfully investigated and convicted.

The compensation of material or moral damage in case of a wrongful conviction or illegal deprivation or restriction of liberty can be granted save that the victim of the judicial error has not contributed to the error. This negative conditions derives from the final provision of the article 3 of the Additional Protocol no.7 to the European Convention for protecting the human rights and fundamental liberties that provides the following: „*the person [...] shall be compensated according to the law or the practice of the State concerned, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to the victim of the judicial error*”. However, such an attitude from the part of the victim of judicial error hinders the court in finding the truth, running contrary to the purpose of the criminal proceeding.

The state, by the dint of its executive power, is the one financing the act of justice, the same state, by its legislative and executive powers, being the one drafting the politics based on which the justice is done.

Thus, we consider that the state should be held liable for the prejudices caused to the patrimony of a person, being it imputable to the magistrate, or to other persons contributing to the judicial error, but also for the prejudices caused by a faulty organization of justice. We consider that the state should be also liable for the prejudices caused by other persons than the magistrate, as the judicial error caused by any type of proceedings (criminal or civil) is, on one hand, contained by a court decision, and on the other hand, the damaged party shall leave the court with the feeling that he has been the victim of a miscarriage of justice, being, in most of the cases, unable to accept or understand that the injustice is due to someone else than the magistrate who passed the decision. Almost every time a person is or feels prejudiced, shall tend to consider that the magistrate is guilty of it, although there might be the possibility that the magistrate is not guilty with any illegal action (for example, the existence of a false statement that could not be proved as such). The magistrate is the one passing the court decision, therefore, the magistrate is the one causing the prejudice.

According to the current legislation, the law discriminates between the prejudiced persons. As above-illustrated, the judicial errors can be caused not only by the faulty actions of the judge or of the prosecutor, but also other circumstances, independent of the person of the judge or prosecutor who passed the prejudicial decision. For example, in many of the cases challenged at the European Court of Human Rights, as far as concerning the application of the unanimity rule in the case of action for restitution, the Romanian judges passed decisions compliant with the case law and doctrine applicable in that matter (for example, *Lupas versus Romania Case*). In such cases, the question is how shall be sanctioned the judge who passed a decision compliant with the majority opinion expressed in the doctrine and in the case law? Will he/she be found guilty for complying with the opinion of the majority?

Although the prejudiced person shall be able to receive the compensation of the damage by the state, this will only be the beginning for the prejudice recovery.

In all these cases, as provided by the Constitution, the state has the duty to compensate the prejudiced person. Moreover, the state, through its executive and legislative, has the obligation to provide the legal framework that allows it to cover the damage in a reasonable term, thus as to fully compensate the prejudiced person against all the suffering, and in the same time, offering such person the satisfaction that justice has been done.

According to the provisions of the Constitution and of the Law no. 303/2004, the civil liability of the magistrate has the same legal nature, regardless of its source.

Thus, neither the Constitution or the Law no. 303/2004 (article 94 and art 96 para. 1 and 2) offer any other classifications, conferring to the civil liability of the magistrate the classification to be illustrated below.

The liability has a subsidiary nature and is hired when the state covered the prejudice that has been caused by the judicial error. Thus, after the exercising the right to action for damages against the state, and after finding the compliance with all the conditions required for the state, by the Ministry of Public Finance, to cover the prejudice, the state can hold the magistrate accountable for his/her action. In other words, first is incurred the state liability, the magistrate's liability being incurred only later on, the state's right to bring the negligent magistrate into justice being only exercised when the prejudice has been covered.

The liability can be incurred only if the judicial error caused a prejudice. Should no damages be incurred by the state, according to the provided procedures, the state cannot hold the magistrate accountable, especially if the prejudiced person does not formulate any action for the prejudice remedy.

The judicial error must have been caused in bad faith or must be the result of gross negligence. We have to mention the fact that the legislator again fails to show what he understands by bad faith or gross negligence. Considering the absence of a legal definition of the terms of *bad faith* and *gross negligence*, but also considering that we talk about subjective elements, the court is the one establishing such circumstances.

The legal relation between the state and the magistrate is not the typical binding relation regulated by the article 998 and the following of the Civil code. Moreover, we cannot ground such liability on the provisions of the article 1000 para. 3 of the Civil code, either. As we cannot say that the magistrate prejudicial action is an illicit deed, we neither can affirm that the relation between the state and the magistrate is a subordination relation. We consider that this relation is based on the state's obligation to organise justice, in the virtue of his appointment by his citizens with such power. The magistrate's deed –judicial error – is committed while exercising his magistrate' duties, and not beyond such duties, as it is the case of the illicit deed.

Conclusions

The role of justice, in general, and of magistrate, in particular, is to contribute to the defence of fundamental rights and liberties of all the persons referring to them for serving justice, to contribute to the public order, as the third power in the state, for the public good.

Starting from these considerations, we have to analyze the liability issue from the perspective of the general role of justice, but also from the perspective of the individual role of the judge in a democratic society.

We believe that the state should be liable not only for the prejudices in the patrimony of a person, being it imputable to the magistrate, or to other persons contributing to the judicial error, but also for the prejudices caused by a faulty organization of justice.

One of the constitutional principles, regulated under the article 48, says that the state is patrimonial liable for the prejudices caused by judicial errors. Thus, the principle of the state liability to the persons that have suffered from judicial errors caused in criminal proceedings, should apply to all the victims of such errors, as it is inadmissible that the victim bears the consequences of certain errors that are not imputable to her/him.

As specified herein, the state should be liable for the prejudices imputable to persons other than the magistrate, as, on one hand, the judicial error caused from any type of proceedings (criminal or civil) is, on one hand, contained by a court decision, and on the other hand, the damaged party shall leave the court with the feeling that he has been the victim of a miscarriage of justice. The state liability must, of course, be accompanied by the possibility of the state to hold accountable the person guilty of the judicial error, both for recovering part of the damages, but also for making the citizens once again trust the legal system and the act of justice.

De lege ferenda, we propose the extension of the provisions under the article 504 of the Code of criminal procedure in the sense that the entitled person should be able to address the court by means of action for damages and, if wrongfully sent for judgement, being further acquitted by a final court decision regarding the criminal offences for which such person has been convicted. We consider that such a regulation would represent a means for consolidating the liability of the criminal investigation authorities when investigating and administrating the evidence, as well as a just satisfaction for the persons that have been wrongfully investigated and convicted.

Moreover, *de lege ferenda*, the provisions of the article 507 Code of criminal procedure should be thus amended as to allow the victim of judicial error to lodge actions against the very entity that caused the damage in bad faith or due to gross negligence.

Referemces

1.Vintila Dongoroz, Siegfried Kahane, George Antoniu, Constantin Bulai, Nicoleta Iliescu, Rodica Stanoiu, *Explicatii teoretice ale Codului de procedura penala roman*, Partea speciala (n.t. *Theoretical explanation of the Romanian Code of criminal procedure*, General part), Vol.II, Bucharest, Academy Publishing House, 1976.

2.N.Volonciu, *Tratat de procedura penala*, Partea speciala (n.t. *Treatise of Criminal procedure*, Special part), Vol.II, Bucharest, Academy Publishing House, 1998.

3. Ion Neagu, *Tratat de procedura penala*, Partea speciala (n.t. *Treatise of Criminal procedure*, Special part), Vol. II, Bucharest, Universul Juridic Publishing House, 2009.

4. Corneliu Barsan, *Conventia Europeana a Drepturilor Omului – Comentariu pe articole* (n.t. *European Convention on Human Rights – Commented articles*), Vol. I, Bucharest, All Beck Academy Publishing House, 2005.

5. Bianca Salajan Gutan, *Protectia Europeana a Drepturilor Omului* (n.t. *European Protection of Human Rights*), Bucharest, All Beck Publishing House, 2004.

6. C. Sima, Al. Tuculeanu, D. Ciuncan, *Arestarea preventiva* (n.t. *Preventive arrest*), Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 2000.

7. Al. Tuculeanu, *Repararea prejudiciului in cazul erorilor judiciare* (n.t. *Remedy of prejudice caused by judicial errors*), in „Pro-Lege” no. 3/2004.

8. Al. Tuculeanu, *Repararea pagubei materiale sau a daunei morale in cazul condamnarii pe nedrept sau al privarii ori restrangerii libertatii in mod ilegal* (Compensation of the material or moral damage caused by wrongful conviction or by the illegal deprivation or restriction upon the liberty) „THEMIS” – The National Institute of Magistracy Magazine no. 4 /2005.

9. Monica Macovei, *Ghid privind punerea in aplicare a art. 5 al C.E.D.O.* (n.t. *Guide on the application of art. 5 of the ECHR*)

10. Decision no. 3189 in April 20th 2005, passed by the HCCJ – *Civil and intellectual property section*.

THE INSTITUTION OF INHERITANCE REPRESENTATION ACCORDING TO THE NEW ROMANIAN CIVIL CODE

GENOIU ILIOARA*
POPA IOANA**

Summary

The new civil regulations, represented by Law no. 287/2009 regarding the Civil Code, whose effective date has not been yet established, confers the institution of inheritance representation a new configuration. This work is meant to comparatively analyze the issues of the inheritance representation, in terms of all aspects involved, both in terms of the provisions of the new Civil Code and in light of the civil regulations in force. We will therefore be able to disclose the new changes brought by the new civil legislation and to make considerations on its progressive nature. In terms of inheritance representation, the New Civil Code mainly innovates on its requirements and effects.

By our approach we hope to be part of the general effort of making public and clear the provisions of the new Civil Code, pending its effective date.

Key words: *representative, represented, unworthy, stem, branches.*

1. Introduction

The law 287/2009 regarding the Civil Code, recently published and promulgated, but whose enforcement hasn't been yet established, conveys a new configuration to the inheritance representation.

The analysis of representation inheritance issues in the light of the new Civil Code is very actual and useful. Knowing and understanding the meaning of the new rules in this area will make substantial contribution to increase the quality of justice, once the new Civil Code comes into force.

Besides from those who administer justice, also there are others interested in understanding the provisions of the new Civil Code in estate representation matters, such as justice partners, law theorists, public notaries, civil servants with responsibilities in this area, students and experts in Law and Public Administration. The legislator himself, constantly concerned with improving its legislative work, is interested in the proposals made by the doctrine of *lege ferenda* enunciated by the legal doctrine.

In this paper, which deals with issues of representation inheritance, we intend to consider this legal institution, in a comparative manner both in the light of the effective Civil Code and the provisions of the new Civil Code, in all that it entails: regulatory and legal concept, scope, requirements, how it operates and effects. Also, we intend to separate inheritance representation from the conveyance, another institution of inheritance law, legally unregulated, but imagined by the literature of law and upheld by the jurisprudence.

There have been written several studies, in the volumes of some conferences about the novelty elements brought by the new Civil Code, concerning the right to inherit in general since the date of the publishing of the law no. 287/2009 (2009, at the end of July).

* "Valahia" University of Târgoviște, Faculty of Juridical, Social and Political Studies, ilioaragenoiu20@yahoo.fr

** "Valahia" University of Târgoviște, Faculty of Juridical, Social and Political Studies, ioana.popa@yahoo.com

The inheritance representation issues in the regulating of the new Civil Code haven't been the subject of any scientific approach yet, as far as we know. Under these circumstances, we consider that the subject we have proposed is up-to-date, and our scientific approach is useful.

2. Content

2.1. The concept and legal regulation of inheritance representation

The representation is a fiction of the law, governed by art. 664-668 from the Civil Code, that has the effect of placing a legal heir, of a further degree (called a representative), instead of the degree and his ascendant right (called a represented), deceased at the date of inheritance opening, in order to get what would have been his, if he had still been alive¹.

The law no. 287/2009 regarding the Civil Code, published in the Official Gazette of Romania no. 511 from 24th of July 2009, whose date of entry in force will be established by the law for its implementation, in art. 965, defines inheritance representation as the legal institution through which the legal heir of a further degree, called representative, gains in the virtue of the law, the right of his ascendant, called represented, in order to collect the inheritance that would have been his properly if he hadn't been unworthy to the deceased or died after opening the inheritance.

Comparing the two law texts, we find that the new Civil Code regulates as a novelty the possibility to be represented, together with the preceded and unworthy with the deceased. The unfair provisions of the Civil Code in force, that prohibit the representation of the unworthy by his children are thus deleted.

As in the *lege lata*, through inheritance representation, the legislator removes the unfair effects of the principle of proximity degree of relationship and the principle of gender equality between the same degree relatives in the same class of heirs.

For example, according to the regulations of the new Civil Code, the representation operates in the following situation: the deceased has two sons, of which one is deceased or unworthy at the time of the inheritance opening, having three children himself. If we were to apply the principle of proximity degree of relationship, the deceased should be inherited only by the worthy alive son, first relative degree, as he stripes away the nephews of the preceded son from the inheritance, relatives of second degree.

This unfair solution is discarded, by posing value to the inheritance representation, the deceased being inherited by the living son and by his three grandsons, from the predeceased or unworthy son. The grandsons are representatives, whereas the deceased or the unworthy son is a represented. The grandsons from the predeceased or unworthy son will reap their parent's percentage (half of the inheritance together and 1/6 from the inheritance, each). The other half of the inheritance will go to the living son of the deceased. Therefore, in case of the representation, the heritage is not shared equally, on every person (in our example, 1/4 for each heir), but on strings, the representative/ representatives collecting the percentage of their ascendant (1/2, together). The inheritance representation mustn't be mistaken with the representation from the common law, with which it has only the name in common.

2.2. The area of application of the inheritance representation

The effective Civil Code, by the provisions of art. 665 and 666, admits representation, only for the descendants of the children's deceased and the descendants from brothers and sisters.

¹ Francisc Deak, *Tratat de drept succesoral*, Second Edition, updated and completed (Bucharest: Universul Juridic Publishing House, 2002), 78. Ioan Adam and Adrian Rusu, *Drept civil. Succesioni* (Bucharest: All Beck Publishing House, 2003), 83-4. Liviu Stănculescu, *Drept civil. Partea specială. Contracte și succesioni*, Third Edition, updated and completed (Bucharest: Hamangiu Publishing House, 2006), 322. Dan Chirică, *Drept civil. Succesioni* (Bucharest: Lumina Lex Publishing House, 1996), 40. Iliora Genoiu, *Drept succesoral* (Bucharest: C.H. Beck Publishing House, 2008), 52.

Listing these beneficiaries has a limited character, so as no other category of people can invoke the benefit of inheritance representation.

Similarly, the new Civil Code, by the dispositions of art. 966, stipulates that “by inheritance representation only the descendants of the children’s deceased and the descendants of the brothers and sisters of the deceased can come to the inheritance”. Thus, we consider that the new statutory civil doesn’t bring any novelty as far as the domain of the representation of inheritance.

Basically, by *lege lata* and by the new stipulations of the new Civil Code, the following categories of heirs can benefit from representation inheritance:

- a) the grandsons, the great grandsons of the deceased s.o.a.f. until the infinity;
- b) the nephews and the nieces from the deceased’s brother or sister.

2.3. The conditions of inheritance representation

To operate the representation, by *lata law*, two conditions must be fulfilled in the condition of the representative and in that of the represented².

a) *the representative must be deceased, at the time of the inheritance opening*, as art. paragraph 668 (1) from the Civil Code stipulates, expressly, that “Only deceased people are represented”.

In the specialized literature³ the recommendation that this legal disposition be interpreted as a predeceased (dead much before) has been formulated, otherwise the co-heirs and the co-deceased wouldn’t have been able to be represented. If this couldn’t be possible the solution would be inequitable, inadmissible. For example, in a plane crash the father dies with one of his three sons, from whom he had two grandsons, without being able to establish the order of their deaths. If you would not accept the applicability of representation in this case, the father would be inherited only by the two remaining sons, and the grandsons from the deceased son that died in the same circumstances (and presumably) at the same time, would be discarded from the inheritance, in the virtue of the proximity of the relative degree principle. In case of such an inequitable solution, the specialized literature sustains unanimously the admissibility of the representation in case of the co-heirs and of the co-deceased.

Someone who has been declared physically missing cannot be represented, as there is the relative assumption that he/she is alive. But if on the missing person, a court declaration of death is involved, after the opening sequence, and the date indicated as being the death time is prior or concomitant with the time of the opening sequence, that person can be represented. On the contrary, the representation will not be made if the date of death on the court order is after the opening sequence.

We must mention that the representation cannot operate *per saltum* or by *omisso medio*, meaning by skipping an intermediary degree. For example, at the date of the opening sequence only one of the two sons of the deceased is alive. From his second predeceased son, *de cuius* he has a grandson and a great grandson. If his *de cuius* grandson renounces his grandfather’s inheritance, that he might get by representation or if he is unworthy of this inheritance, so that he cannot get it by representation, his *de cuius* great grandson cannot invoke the benefit of

² Francisc Deak, *Tratat de drept succesoral*, Second Edition, updated and completed (Bucharest: Universul Juridic Publishing House, 2002), 80. Dan Chirică, *Drept civil. Succesiuni* (Bucharest: Lumina Lex Publishing House, 1996), 42. Liviu Stănculescu, *Drept civil. Partea specială. Contracte și succesiuni*, Third Edition, updated and completed (Bucharest: Hamangiu Publishing House, 2006), 323. Alexandru Bacaci and Gheorghe Comăniță, *Drept civil. Succesiunile* (Bucharest: C.H. Beck Publishing House, 2006), 35. See also Ioan Adam and Adrian Rusu, *Drept civil. Succesiuni* (Bucharest: All Beck Publishing House, 2003), 87-8, who consider that representation operates if there are fulfilled four conditions. The fourth condition is, according to the mentioned authors, that the representative must be descending in a straight line or descendant of his brothers or sisters of *de cuius*. We consider the qualification of this legal disposition as being erroneous, from it resulting the cases that operate the representation and not one of its conditions.

³ Ioan Zinveliu, *Dreptul la moștenire în RSR* (Cluj-Napoca: Dacia Publishing House, 1975), 29.

representation, as this would operate *per saltum*, meaning it would skip the apostate or unworthy grandson.

b) the place of the represented should be a useful place.

The represented must leave its representatives a useful place. If he were alive, at the inheritance opening, the represented could get the inheritance, as he would be cut as practical and not unworthy. The ability of succession is the only condition that the representative does not meet, of the three required by law in order to inherit. The representative's place is not helpful in the following situations:

- the representative is unworthy;
- the representative has no actual vocation of inheritance;
- the representative, the unreserved heir is ex inherited by the deceased's will.

The reserved heir, pre deceased and repudiated may be represented as the legal reserve.

c) the representative must meet the following conditions in order to get the inheritance felt by the deceased.

Therefore, the representative must meet the following terms:

- a) to have the probate capacity;
- b) to have the general own vocation (not concrete);
- c) not to be unworthy to the deceased;
- d) not be abandoned heritage concerned;
- e) not to have been renegade.

The representative must have his own general vocation for the inheritance that he gets, by representation. Only the children's deceased have their own general vocation, in this matter, without a degree limit and also the descendants from brothers and sisters, but only until the IV degree including.

The adopted with full effect and its descendants may be the representatives of the adopter, while the adopted with small effects (adopted before the entry into force of O.U.G. no. 25/1997⁴) and his descendants cannot be beneficiaries of this fiction of the law, as far as the inheritance of the adopter is concerned.

Prior to the entry in force of that legislation, under the sway of the Family Code, adoption can be full or with limited effects. In case of the full adoption, the adopted became relative of the adopter and his relatives, but the relative rapports with his natural family were over. In case of the limited effects adoption, the adopted became relative only with the adopter, but he maintained family connections with the natural family.

The no. 87/1998 law has established the unitary system in adoption matters – the full adoption. But, according to the constitutional principle of non retroactivity of the law, the limited effects adoptions haven't turned into full adoptions, so it is still necessary to take into account the type of the adoption in the inheritance aspect.

The adoptive with small effects, not being able to be the adopter's representative and of his relatives, may benefit, in return, by representation, for the inheritance of the relatives from his natural family. On the contrary, the fully adopted person, being able to represent the relatives from the adopter's family is unable to represent the relatives from his natural family.

In case of the dissolution of the adoption, the family connection of the adopted with the adopter and his relatives become ineffective for the future, from the date of the court order. At the same moment the connections with his natural family are being reestablished. Therefore, the vocation of adoptive inheritance must be assessed, depending on the date of opening the inheritance and adoption date of dissolution.

⁴ It was approved by Law no. 87/1998. In present it is in force in the adoption matter Law no. 273/2004, which establishes, as the previous law which repealed it, one kind of adoption - adoption with full effect.

However, the invalid adoption produces retroactive effects, considering that family connections of those involved in the act void of adoption were never changed.

The new Civil Code innovates substantially regarding the representation conditions. According to article 967 of the new Civil Code, in order to operate the representation, two conditions must be satisfied, one in the person of the represented and in that of the person's representative. Thus:

a) the representative to be, at the time of the inheritance opening, or without probate capacity, or unworthy to the deceased, even though he is alive and even though he waives the deceased inheritance to whom he is unworthy [art. 967 paragraph (1) from the new Civil Code];

Unlike the Civil Code in force that establishes two requirements in the person of the representative, that to be preceded at the time of the inheritance opening and that to its place to be useful, the new Civil Code asks in the person of the representative one condition, that to be preceded at the time of the inheritance opening or unworthy to the deceased. Disposing with the meaning that it can be represented and the unworthy heir, the new Civil Code, naturally, can not retain the condition that the place of the representative to be useful. Subsequently, though and in the light of the new Civil Code dispositions, which make no reference to the possibility of the co-deceased representation, literature can support, with the same arguments, the equity of the solution that these people to be represented too. We complain that the new Civil Code did not expressly regulate this situation, whose existence was reported in the literature.

Also, in the light of the dispositions of the Law no. 287/2009, it can not be represented the missing person, since he is considered to be alive. If the missing person is unworthy to the deceased or if he has abandoned his heritage, only then he may be represented, because the new regulation in inheritance matter allows the representation of the unworthy and of the apostate, even if he might be alive at the time of the inheritance opening. Equally, it can not be represented either the person judicially declared dead if the date of the death indicated in the declaratory judgment as being the time of the death of the missing person is after the opening of the inheritance.

Interpreting *per a contrario* the dispositions of the art. 967 paragraph (1) from the new Civil Code, we can appreciate that it can not be represented either the person repudiated by the deceased.

b) the representative must fulfill all the general conditions required by law in order to be able to inherit (capacity of inheritance, unworthy and vocation of inheritance) [art. 967 paragraph (2) from the new Civil Code].

These conditions must be fulfilled cumulatively by the representative towards the inheritance of the deceased, which he collects through representation and not to the represented, to which he may be even unworthy, repudiated or apostate. Therefore, in accordance with the dispositions of the art. 967 paragraph (3) from the new Civil Code, the representation operates even if the representative person is unworthy to the represented person or he abandoned the legacy left by the represented person or has been disinherited by him. Conversely, towards the deceased inheritance, the representative person must have capacity of inheritance, vocation of inheritance (general and not concrete), must be worthy, not repudiated or apostate.

As a conclusion, related to the condition of the inheritance dignity, according to the dispositions of the new Civil Code, on one hand, it can be represented also the apostate, and, on the other hand, it can represent even an unworthy person to the represented, but worthy to the deceased.

The dispositions of the new regulation in the matter of inheritance representation are fully consistent with the governing institution of the unworthy estate. According to them, it is excluded from the inheritance only the unworthy, but not his relatives. As a result, the unworthy relatives can come to the inheritance of the latter author, just as the unworthy to the represented may come to the inheritance of the latter author.

We consider that the new regulation of the representation conditions is a consistent and fair one, which removes the disadvantages of the *de lege lata* regulation. We also welcome the

availability of the legislature to take the proposals of the *de lege ferenda* formulated and motivated by the literature.

The above clarifications regarding the adopted representative are available also in light of the new dispositions of the Law no. 287/2009.

2.4. How is operating the inheritance representation

The representation operates, according to the dispositions of the art. 665 paragraph (2) from the Civil Code in force:

- a) in all cases;
- b) to infinity;
- c) legal and imperative.

a) representation is admitted in all cases;

According to the dispositions of the art. 665 and 666 from the Civil Code, the representation is admitted, not just in case in which the grandchildren (second degree relatives) from the son of the pre-deceased of the deceased come to the inheritance, by representing their parent, into competition with other children (first degree relatives) alive of the deceased, but also in the case in which all the children of the deceased are pre-deceased and his inheritance is collected through representation by the grandchildren from each child. Although in the latter case, the representatives have all the same degree, the inheritance will be shared on the stems and not on the heads.

For example: the deceased had three sons, all pre-deceased. The eldest son has four children, the middle son has three children and the youngest son has one child. The inheritance, in this case, will be shared on stems, each stem taking 1/3 from the inheritance. The grandchildren of the deceased from his eldest son will receive 1/12 each, the ones from the second son will receive 1/9 each and the grandchild from the youngest son will receive 1/3 from the inheritance.

In the same way is the problem in the cases in which to the inheritance come, by representation, the descendants of the brothers/sisters of the deceased, belonging to the second class of heirs. The inheritance of the deceased can be collected, without heirs of first class, by the brothers who are still alive and by the nephews of the pre-deceased brothers, by representation (in this case, the persons who collect the inheritance have different degrees of relationship, brothers being relatives of second degree and the nephews from a brother being relatives of third degree). Equally, the representation operates also in the case in which all the brothers of the deceased are pre-deceased and the inheritance is collected, by representation, by the nephews from each brother (in this case, the inheritance is collected by relatives with same degree of relationship).

b) representation is admitted to infinity;

The Civil Code in force admits the representation of the deceased children to infinity, so that the quality of representatives can be not only for grandchildren, but also for the great grandchildren and for the great great grandchildren till infinity, while the representation of the brothers and sisters of the deceased is admitted just for the grandchildren and great grandchildren from a brother, meaning till the fourth degree of relationship including. Other descendants of deceased brothers and sisters have no vocation of inheritance, not being included in the classes of heirs, so that they have no benefit by the representation of their ancestor.

c) representation operates legally and imperatively.

The rules of the representation, being established through the imperative dispositions of the Civil Code, in principle, can not be changed, nor by the will of the deceased or by the will of the representation beneficiaries.

The descendants-representatives can influence the rules of representation only by renouncing to the inheritance, in which case the division will be headed and not on stems. For example, the deceased has four children, from which one is pre-deceased, in his place coming to the inheritance, by representation, his son. In terms of inheritance option, the grandchild from the son waives the

inheritance, sharing being done so in equal shares among his three sons of the deceased who are alive (1/3 for each of them).

Also, the deceased, in his will, with the condition to respect the reserve of the heirs entitled to a definite part of the inheritance, may influence the effects of the representation, by conferring to the representatives equal and not unequal quotas, like it would have been resulted from the division on stems, specific to the inheritance representation. However, it is necessary to be respected the inheritance reserve of the legatee descendants. For example, the deceased, who had two pre-deceased children, by will, established that the inheritance must be divided in equal quotas and not on stems between his three grandchildren, one from his eldest son and two from the other son. This way, the deceased influenced the inheritance representation, but this was possible just because he respected their inheritance reserve (2/3 from the inheritance if there are two descendants, so 1/3 for each of them). However, if the deceased had several grandchildren and would be willing to divide the inheritance in equal shares, then the inheritance reserve is not respected and his wish, expressed in the will, has no legal effects. Anyway, the grandchildren of the deceased would have collected the legal reserve.

According to the dispositions of the art. 966 paragraph (2) from the new Civil Code, the “representation operates in all cases, without distinction as representatives are relatives of same degree or different degrees in respect with the deceased”. Therefore, in the light of the new legal dispositions concerning the inheritance incidence, we can sustain that representation operates:

- a) in all cases;
- b) to infinity;
- c) legal and imperative.

All the above specifications are also available in the light of the dispositions of Law no. 287/2009.

Therefore, we conclude that, in terms of how inheritance representation operates, the new Civil Code provides no novelty.

2.5. The effects of the inheritance representation

According to the dispositions of the art. 667 from the Civil Code in force, “In all cases where representation is permitted, the partition is made on stems...”.

The division on stems must not be confused with the division on heads or with the division on lines. The rule is represented by the division on heads, while the division on stems and the division on lines represent exceptions.

The division on heads is applicable to the heirs of the same class and with the same degree of relationship. An example for the division on heads might be the following one: the deceased has four children, all of them alive and ten grandchildren. The inheritance is shared, equally, between the four children because they are from the same class of heirs and in the same degree of relationship with the deceased.

The division on lines is met, as we showed, in the case in which, at the inheritance of the deceased come his brothers: rightful, uterine and inbred.

The division on stems is specific for the representation. By law, the representatives, no matter their number, will collect only the part that would have belonged to the representative, if he had been alive at the time of the inheritance opening. Therefore, if the deceased has three children, but one of them is pre-deceased at the time of the inheritance opening, having five children in turn, the inheritance will be divided in three parts, the alive sons will take one part (1/3), and the five grandchildren will collect the third part (1/15). So the representatives collected the part of inheritance, which would have belonged to the representative, if he was alive.

Also on stems is divided the inheritance in the hypothesis in which there are more than one representatives. For example, the deceased has two pre-deceased children and one alive. The first pre-deceased son of the deceased has three children, and the second pre-deceased son has only one

child. The grandchildren of the pre-deceased sons will come to the inheritance by representation along with the living son of the deceased (their uncle). The inheritance will be divided into three stems (1/3). The grandchildren of the deceased will have not equal parts, but they will collect their father's stem. Therefore: the three grandchildren from the eldest son will collect together 1/3 from the inheritance, meaning 1/9 each; the grandchild of the second pre-deceased son of the deceased will collect 1/3 from the inheritance; the living son of the deceased will collect 1/3 from the inheritance.

Also, the inheritance is divided on stems in case in which the stem has produced more branches. We will complete the above example with another element which allows us to explain the mentioned hypothesis. So, one of the grandchildren of the deceased, from the eldest pre-deceased son, is no longer alive at the opening time of the inheritance. From his part, the deceased has five great grandchildren. They will collect together the part of their ancestor (1/9). Therefore, each great grandchild of the deceased will receive 1/45 from the inheritance.

The representatives acquire through the collection of the inheritance, not only rights but also obligations. Although the rules of representation are determined by the mandatory rules of the Civil Code, the representative is not bound to accept the inheritance. He can simply accept it, accept it under benefit of inventory, and respectively repudiate it. Also, in case that there are several representatives, each of them has the three possibilities of inheritance options.

According to the new Civil Code, the inheritance representation generates two legal effects:

a) a general effect consists of, like *lege lata*, splitting the inheritance, when operating the stem representation.

The new Civil Code has the merit of defining the "stem", in the art. 968 paragraph (2), submitting that by this means:

- within first class, the descendant of first degree who collects the inheritance or who is represented to the inheritance;
- within second class, second degree preferred collateral who collects the inheritance or who is represented to the inheritance;

Keeping the principles of the Civil Code in force, which justice has not been questioned by the case law and by the doctrine, Law no. 287/2009 says in art. 968 paragraph (3) that: "If the same stem produced more branches, within each branch the subdivision is also split on stem, the part for the same degree descendants of that branch being divided between them equally".

Analyzing the dispositions of the art. 968 from the new Civil Code, we notice that the regulation do not innovate anything new as regards the general effect of the inheritance representation. Moreover, this option of the legislature is natural, not having what to bring new to this issue, regulated in the happiest way by Civil Code in force.

b) a particular effect, formulated in the art. 969 paragraph (1) in this way: "The children of the unworthy conceived before the inheritance opening from which the unworthy has been excluded, will report to his inheritance the assets that were inherited by the unworthy representation if they come to the inheritance in competition with other of his children, conceived after the inheritance opening from which the unworthy has been excluded. The report is made only if and insofar the value of the received assets by the unworthy representation exceeded the value of the inheritance liabilities that the representative had to manage as a result of the representation".

We notice the special consistency of the legislator, who regulated under all aspects the unworthy representation. Since the individuals who are only conceived at the time of the inheritance opening, with the condition to be born alive have the capacity of inheritance also, the new Civil Code, in art. 969 paragraph (1), expressly regulated the opportunity to come to inherit by representation and the unworthy children, just conceived at the time of the inheritance opening of the deceased from which their parent is unworthy and, consequently, excluded from inheritance. This solution would result, by *a pari* interpretation, also in the case in which the legislator hadn't expressly regulated it. But it is worthwhile that the new Civil Code leans on this particular case

meet in practice and that expressly regulates it, giving it a fair solution, in accordance with general principles. In the effort to assure the efficiency of the equality principle between the relatives from the same class or of same degree, the legislator imposes to the unworthy' children, conceived at the time of the inheritance opening, inheritance from which the unworthy has been excluded, the obligation to report the collected inheritance by representing their unworthy parent, in the hypothesis in which to their father inheritance they come in competition with other of his children, born after the time of the inheritance opening, in the extend that the value of the received assets by the unworthy representation exceeded the value of the inheritance liabilities. In other words, the unworthy' children must report only if they enrich.

2.6. The inheritance representation and the inheritance conveyance

In the light of the dispositions of the Law no. 287/2009 we can meet the conveyance, consequently being necessary to distinguish it from the institution of inheritance representation, with which it resembles

In the representation case, the representative is dead at the time of the inheritance opening because the Civil Code provides that only dead persons can be represented.

In the *conveyance*⁵ case, the heir survives a short period of time after opening the inheritance, thus gaining his part of inheritance from the deceased. It is necessary that the inheritance to be accepted by the heir, tacitly or expressly, in term of inheritance option (that had been fulfilled). The task of this proof is for the heirs who claim inheritance rights by conveyance. But if the term of inheritance option had not expired, the inheritance rights of the heir are used by his own heirs, even though he hasn't drawn papers of tacit acceptance of the inheritance, but he hasn't repudiated it either.

As regards the capacity of inheritance, those who claim the acquisition of some inheritance rights by conveyance must realise a double proof: the one regarding the capacity of inheritance of the transmitter, at the time of the first inheritance and the one regarding the second inheritance (being alive at the opening time of the second inheritance, the subject was also alive at the opening time of the first inheritance).

Only in the representation case the division of the inheritance is realised on stems, in case of conveyance it is done on heads.

A case of conveyance of the inheritance is the following one: the deceased has three children, all alive at the time of the inheritance opening. From each of his children, the deceased has two grandchildren. Shortly after opening the inheritance *de cuius*, the eldest of his sons dies, but not before his father's legacy being accepted. In this case, we meet two successive inheritances: *de cuius* one, collected by his three alive sons (each of them collecting a part of 1/3) and the one of his eldest son, whose inheritance table has also his 1/3 part of his *de cuius* inheritance. The two grandchildren from the son, subsequently died, will receive from their grandfather inheritance, by conveyance, a part of 1/6.

The inheritance representation operates just in the case of legal inheritance, unlike the conveyance that can operate, equally, also in the case of testamentary inheritance.

In the case of conveyance, considering two or more inheritances, they have to be examined separately, under all the aspects they imply: components, date of inheritance option, quotas entitled to the heirs.

In the case of conveyance, the territorial jurisdiction of the notary offices, respectively that of the court is determined by the opening place of the latter heritage.

3. Conclusions

The New Civil Code reconfigures the institution of inheritance representation, in a fair manner, removing the existing regulation disadvantages.

⁵ About conveyance, see D. Cimpoieru, „Moștenirea prin retransmitere”, *Dreptul* (4/1995): 28-30.

First of all, in the light of the dispositions of the new Civil Code, it can be represented beside the preceded, also the unworthy.

Secondly, in order to be able to operate the representation, only two conditions must be fulfilled; one in the person of the represented and the other in the person of the representative. Thus, the representative must be, at the date of the inheritance opening, either free of inheritance capacity, or unworthy to deceased, even if the person is still alive and even if he gives up to the deceased's inheritance to which he is unworthy. We reproach though to the new Civil Code the fact that it didn't take into account the doctrine proposal to expressly regulate the possibility to represent the co-deceased. In what concerns the representative, he must fulfil all general conditions required by law in order to be able to inherit (capacity of inheritance, unworthy and vocation of inheritance). We mention that these conditions must be cumulatively fulfilled by the representative person towards the deceased legacy, which he collects through representation, and not towards to the represented person, towards to whom he can be unworthy, repudiated or apostate. In this context, we embrace the consistency of the new Civil Code, which brings together, in the happiest way, the legal dispositions, that regulate the inheritance representation, and the incident dispositions in matter of unworthy inheritance.

As far as the way in which the representation operates, the new Civil Code brings no novelty, the representation operating in all cases indefinitely, rightfully and imperatively.

Law no. 287/2009 innovates as regards the legal effects produced by the inheritance representation. As well as the overall effect, according to which the inheritance is divided on the stem, the representation generates also a particular effect. According to the latter, the children of the unworthy, conceived before the inheritance opening from which the unworthy was excluded, will report to the inheritance of the latter the assets that they had inherited by the representation of the unworthy, if they come to his inheritance in competition with other sons, conceived after the inheritance opening from which the unworthy was excluded and only if and insofar as the value of the received assets by representation of the unworthy exceeded the value of the inheritance liability, that the representative had to incur as a result of the representation.

Concerning the overall effect produced by the inheritance representation, we welcome the fact that the legislature, in the new Civil Code, has defined the concept of „stem”. As regards the particular effect of the inheritance representation, we notice the consistency of the legislature who regulates the representation of the unworthy in a complete manner, including in terms of particular effects that it generates.

Using an updated specialized language, Law no. 287/2009 ensures to the representation inheritance a consistent, flexible, fair regulation and also an appropriate one to the new social realities that characterize our society today.

4. References:

Books:

[1] Adam, Ioan, and Rusu Adrian. *Drept civil. Succesiuni*. Bucharest: All Beck Publishing House, 2003.

[2] Avram, Marieta. *Filiația. Adopția națională și internațională*. Bucharest: All Beck Publishing House, 2001.

[3] Bacaci, Alexandru, and Comăniță Gheorghe. *Drept civil. Succesiunile*. Bucharest: C.H. Beck Publishing House, 2006.

[4] Chirică, Dan. *Drept civil. Succesiuni*. Bucharest: Lumina Lex Publishing House, 1996;

[5] Deak, Francisc. *Tratat de drept succesoral*. Second edition, updated and completed. Bucharest: Universul Juridic Publishing House, 2002.

[6] Eliescu, Mihail. *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul R.S.R.* Bucharest: Academia Publishing House, 1966.

- [7] Genoiu, Ilioara. *Drept succesoral*. Bucharest: C.H. Beck Publishing House, 2008.
- [8] Stănciulescu, Liviu. *Drept civil. Partea specială. Contracte și succesiuni*. Third edition updated and completed. Bucharest: Hamangiu Publishing House, 2006.
- [9] Zinveliu, Ioan. *Dreptul la moștenire în RSR*. Cluj-Napoca: Dacia Publishing House, 1975.

Articles:

- [1] Cimpoiu, D. „Moștenirea prin retransmitere”. *Dreptul* (4/1995): 28-36.

INSTITUȚIA REPREZENTĂRII SUCCESORALE ÎN VIZIUNEA NOULUI COD CIVIL ROMÂN

GENOIU ILIOARA*
POPA IOANA**

Rezumat

Noua reglementare în materie civilă, reprezentată de Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, a cărei dată de intrare în vigoare nu a fost stabilită încă, conferă instituției reprezentării succesorale o nouă configurație. În prezenta lucrare, ne propunem să analizăm problematica reprezentării succesorale, sub toate aspectele pe care aceasta le comportă, de o manieră comparativă, atât în lumina dispozițiilor noului Cod civil, cât și în lumina reglementării civile în vigoare. Vom fi astfel în măsură să relevăm noutățile aduse de noua reglementare în materie civilă și să apreciem asupra caracterului progresist al acesteia. În materia reprezentării succesorale, Noul Cod civil inovează, în principal, cât privește condițiile și efectele acesteia. Sperăm ca, prin demersul nostru, să ne înscriem în efortul general de a face cunoscute și înțelese dispozițiile noului Cod civil, până la momentul intrării acestuia în vigoare.

Cuvinte cheie: reprezentant, reprezentat, nedemn, tulpină, ramuri.

1. Introducere

Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, recent promulgată și publicată, însă a cărei dată de intrare în vigoare nu a fost încă stabilită, conferă reprezentării succesorale o nouă configurație. Analiza problematicii reprezentării succesorale în lumina noului Cod civil prezintă o deosebită actualitate și utilitate. Cunoașterea și înțelegerea sensului noii reglementări în această materie își vor aduce substanțial aportul la creșterea calității actului de justiție, din momentul în care noul Cod civil va intra în vigoare. Alături de cei care înfăptuiesc justiția, sunt interesași de cunoașterea dispozițiilor noului Cod civil în materia reprezentării succesorale, de asemenea, partenerii justiției, teoreticienii dreptului, notarii publici, funcționarii publici cu atribuții în acest domeniu, studenții specializărilor Drept și Administrație publică. Însuși legiuitorul, permanent preocupat de perfecționarea operei sale legislative, este interesat de propunerile *de lege ferenda* formulate de doctrina juridică.

În prezenta lucrare, consacrată problematicii reprezentării succesorale, ne propunem să analizăm această instituție juridică, de o manieră comparativă atât în lumina dispozițiilor Codului civil în vigoare, cât și a dispozițiilor noului Cod civil, sub toate aspectele pe care aceasta le comportă: noțiune și reglementare legală, domeniu de aplicare, condiții, modul cum operează și efecte. De asemenea, ne propunem să deosebim reprezentarea succesorală, de retransmitere, o altă instituție a dreptului succesoral, nereglementată legal, dar imaginată de literatura de specialitate și admisă de jurisprudență.

Despre elementele de noutate aduse de noul Cod civil în materia dreptului de a moșteni, în general, s-au scris, în scurtul răstimp scurs de la data publicării Legii nr. 287/2009 (sfârșitul lunii iulie 2009), până în prezent, câteva studii, în volumele unor conferințe. Problematika reprezentării succesorale în reglementarea noului Cod civil nu a constituit încă, din informațiile noastre, subiectul vreunui demers științific. În temeiul acestui considerent, apreciem că subiectul pe care noi l-am propus prezintă actualitate, iar demersul nostru științific este util.

* Universitatea "Valahia" din Târgoviște, Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice, ilioaragenoiu20@yahoo.fr

** Universitatea "Valahia" din Târgoviște, Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice, ioana.popa@yahoo.com

2. Conținut

2.1. Noțiunea și reglementarea legală a reprezentării succesoriale

Reglementată de dispozițiile art. 664-668 C.civ., reprezentarea este o ficțiune a legii, care are ca efect punerea unui moștenitor legal, de un grad mai îndepărtat (numit reprezentant), în locul, gradul și dreptul ascendentului său (numit reprezentat), decedat la data deschiderii succesiunii, pentru a culege în locul acestuia partea ce i s-ar fi cuvenit, dacă n-ar fi încetat din viață¹.

Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 511 din 24 iulie 2009, a cărei dată de intrare în vigoare va fi stabilită prin legea pentru punerea în aplicare a acesteia, în cuprinsul art. 965, definește reprezentarea succesorală ca fiind instituția juridică prin intermediul căreia un moștenitor legal de un grad mai îndepărtat, numit reprezentant, urcă, în virtutea legii, în drepturile ascendentului său, numit reprezentat, pentru a culege partea din moștenire ce i s-ar fi cuvenit acestuia dacă nu ar fi fost nedemn față de defunct sau decedat la data deschiderii moștenirii.

Comparând cele două texte de lege, constatăm că noul Cod civil reglementează cu titlu de noutate posibilitatea de a fi reprezentat, alături de predecedat și nedemnul față de defunct. Sunt înlăturate astfel dispozițiile inechitabile ale Codului civil în vigoare, care interzic reprezentarea nedemnului de către copiii acestuia.

Ca și *de lege lata*, prin intermediul reprezentării succesoriale, legiuitorul înlătură unele efecte inechitabile ale aplicării principiului proximității gradului de rudenie și ale principiului egalității între rudele de același grad, în cadrul aceleiași clase de moștenitori.

Spre exemplu, potrivit dispozițiilor noului Cod civil, operează reprezentarea în următoarea situație: defunctul are doi fii, dintre care unul este decedat sau nedemn la data deschiderii moștenirii, având la rândul său trei copii. Dacă am aplica principiul proximității gradului de rudenie, ar trebui ca defunctul să fie moștenit numai de fiul în viață și demn, rudă de gradul I, întrucât înlătură de la moștenire pe nepoții din partea fiului predecedat, rude de gradul al II-lea. Dându-se valoare însă, reprezentării succesoriale, această soluție inechitabilă este înlăturată, defunctul fiind moștenit de fiul în viață și de cei trei nepoți, din partea fiului predecedat sau nedemn. Nepoții au calitatea de reprezentanți, în timp ce fiul decedat sau nedemn al defunctului are calitatea de reprezentat. Nepoții din partea fiului predecedat sau nedemn vor culege partea părintelui lor (împreună $\frac{1}{2}$ din moștenire, adică $\frac{1}{6}$ din moștenire, fiecare). Cealaltă jumătate a moștenirii va reveni fiului în viață al defunctului. Așadar, în cazul reprezentării, împărțirea moștenirii nu se face în mod egal, pe capete (în exemplul nostru, $\frac{1}{4}$ pentru fiecare moștenitor), ci pe tulpini, reprezentantul/ții culegând partea ascendentului lor ($\frac{1}{2}$, împreună).

Reprezentarea succesorală nu trebuie confundată cu reprezentarea din dreptul comun, de care o apropie numai denumirea.

2.2. Domeniul de aplicare a reprezentării succesoriale

Codul civil în vigoare, prin dispozițiile art. 665 și 666, admite reprezentarea, numai în privința descendenților copiilor defunctului și descendenților din frați și surori. Enumerarea acestor beneficiari are caracter limitativ, astfel încât nicio altă categorie de persoane nu poate invoca beneficiul reprezentării succesoriale.

Asemănător, noul Cod civil, prin dispozițiile art. 966, dispune în sensul că „pot veni la moștenire prin reprezentare succesorală numai descendenții copiilor defunctului și descendenții fraților și surorilor defunctului”. Constatăm astfel, că noua reglementare în materie civilă nu aduce nicio noutate, cât privește domeniul de aplicare a reprezentării succesoriale.

¹ Francisc Deak, *Tratat de drept succesoral*, Ediția a II-a, actualizată și completată (București: Editura Universul Juridic, 2002), 78. Ioan Adam și Adrian Rusu, *Drept civil. Succesiuni* (București: Editura All Beck, 2003), 83-4. Liviu Stănculescu, *Drept civil. Partea specială. Contracte și succesiuni*, Ediția a 3-a revizuită și actualizată (București: Editura Hamangiu, 2006), 322. Dan Chirică, *Drept civil. Succesiuni* (București: Editura Lumina Lex, 1996), 40. Iliora Genoiu, *Drept succesoral* (București: Editura C.H. Beck, 2008), 52.

În concret, atât *de lege lata*, cât și în lumina dispozițiilor noului Cod civil, pot beneficia de reprezentare succesorală următoarele categorii de moștenitori:

- a) nepoții, strănepoții defunctului ș.a. până la infinit;
- b) nepoții și strănepoții de frate/soră ai defunctului.

2.3. Condițiile reprezentării succesoriale

Pentru a opera reprezentarea, *de lege lata*, trebuie îndeplinite două condiții în persoana celui reprezentat și una în persoana reprezentantului².

a) *reprezentatul să fie decedat, la data deschiderii moștenirii*, întrucât art. 668 alin. (1). C.civ. prevede, în mod expres, că „Nu se reprezintă decât persoanele moarte”.

În literatura de specialitate³ a fost formulată recomandarea ca această dispoziție legală să fie interpretată în sens de predeces (mort mai înainte), altfel comorienții și codecedații neputând fi reprezentați. Dacă nu ar putea fi reprezentați comorienții și codecedații s-ar ajunge la o soluție inechitabilă, inadmisibilă. Spre exemplu, într-un accident aviatic tatăl moare împreună cu unul dintre cei trei fii ai săi, din partea căruia avea doi nepoți, fără a se putea stabili ordinea deceselor. Dacă nu s-ar admite aplicabilitatea reprezentării în acest caz, tatăl ar fi moștenit numai de cei doi fii ai săi în viață, iar nepoții din partea fiului, decedat în aceeași împrejurare și (se presupune) în același timp, ar fi înlăturați de la moștenire, în virtutea principiului proximității gradului de rudenie. În fața unei astfel de soluții inechitabile, literatura de specialitate susține unanim admisibilitatea reprezentării în cazul comorienților și codecedaților.

Nu poate fi reprezentată însă, persoana fizică declarată dispărută, întrucât subzistă, în ceea ce o privește, prezumția relativă că se află în viață. Dacă însă, cu privire la persoana dispărută intervine o hotărâre judecătorească declarativă de moarte, ulterior deschiderii succesiunii, iar data indicată ca fiind data morții este anterioară sau concomitentă momentului deschiderii succesiunii, aceasta poate fi reprezentată. Dimpotrivă, nu va opera reprezentarea, dacă data indicată în hotărârea judecătorească declarativă de moarte, ca fiind data morții celui declarat dispărut, este ulterioară deschiderii succesiunii.

Menționăm că reprezentarea nu poate opera *per saltum* sau *omisso medio*, adică sărind peste un grad intermediar. Spre exemplu, la data deschiderii succesiunii, se află în viață numai unul dintre cei doi fii ai defunctului. Din partea celui de-al doilea fiu al său, predecedat, *de cuius* are un nepot și un strănepot. Dacă nepotul lui *de cuius* renunță la moștenirea bunicului său, pe care ar putea să o culeagă prin reprezentare sau este nedemn față de această moștenire, astfel încât nu o poate culege prin reprezentare, strănepotul lui *de cuius* nu poate invoca beneficiul reprezentării, întrucât aceasta ar opera *per saltum*, adică ar sări peste locul nepotului renunțator sau nedemn.

b) *locul celui reprezentat să fie un loc util*.

Reprezentatul trebuie să lase reprezentanților săi un loc util. Dacă ar fi în viață, la data deschiderii succesiunii, reprezentatul ar putea culege moștenirea, întrucât ar avea vocație concretă și nu ar fi nedemn. Singura condiție pe care reprezentatul nu o îndeplinește, dintre cele trei cerute de lege pentru a putea moșteni, este cea care privește capacitatea succesorală.

² Francisc Deak, *Tratat de drept succesoral*, Ediția a II-a, actualizată și completată (București: Editura Universul Juridic, 2002), 80. Dan Chirică, *Drept civil. Succesiuni* (București: Editura Lumina Lex, 1996), 42. Liviu Stănculescu, *Drept civil. Partea specială. Contracte și succesiuni*, Ediția a 3-a revizuită și actualizată (București: Editura Hamangiu, 2006), 323. Alexandru Bacaci și Gheorghe Comăniță, *Drept civil. Succesiunile* (București: Editura C.H. Beck, 2006), 35. A se vedea însă și Ioan Adam și Adrian Rusu, *Drept civil. Succesiuni* (București: Editura All Beck, 2003), 87-8, care consideră că reprezentarea operează, dacă sunt întrunite patru condiții. Cea de-a patra condiție este, în opinia autorilor citați, aceea ca reprezentantul să fie descendent în linie dreaptă sau descendent din frații sau surorile lui *de cuius*. Considerăm calificarea acestei dispoziții legale ca fiind eronată, din aceasta rezultând cazurile în care operează reprezentarea și nu o condiție a acesteia.

³ Ioan Zinveliu, *Dreptul la moștenire în RSR* (Cluj-Napoca: Editura Dacia, 1975), 29.

Locul reprezentatului nu este util în următoarele situații:

- reprezentatul este nedemn;
- reprezentatul nu are vocație concretă la moștenire;
- reprezentatul, moștenitor rezervatar este exhereditat de către defunct prin testament.

Moștenitorul rezervatar, precedat și exhereditat, poate fi reprezentat cât privește rezerva legală.

c) reprezentantul trebuie să îndeplinească condițiile necesare pentru a culege moștenirea lăsată de defunct.

Așadar, reprezentantul trebuie să îndeplinească următoarele condiții:

- a) să aibă capacitate succesorală;
- b) să aibă vocație generală (nu concretă) proprie;
- c) să nu fie nedemn față de defunct;
- d) să nu fie renunțator la moștenirea în cauză;
- e) să nu fi fost exhereditat.

Reprezentantul trebuie să aibă el însuși vocație generală proprie la moștenirea pe care o culege, prin reprezentare. Au vocație generală proprie, în această materie, numai descendenții copiilor defunctului, fără limită de grad și descendenții din frați și surori, însă numai până la gradul al IV-lea inclusiv.

Adoptatul cu efecte depline și descendenții acestuia pot avea calitatea de reprezentanți ai adoptatorului, în timp ce adoptatul cu efecte restrânse (adoptat anterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 25/1997⁴) și descendenții săi nu pot fi beneficiari ai acestei ficțiuni a legii, cât privește moștenirea adoptatorului.

Anterior intrării în vigoare a acestui act normativ, sub imperiul Codului familiei, adopția⁵ putea avea efecte depline sau restrânse. În cazul adopției cu efecte depline, adoptatul devenea rudă cu adoptatorul și cu rudele acestuia, însă încetau raporturile de rudenie cu familia firească. În cazul adopției cu efecte restrânse, adoptatul devenea rudă numai cu adoptatorul, nu și cu rudele acestuia, însă păstra legăturile de rudenie cu familia firească. Legea nr. 87/1998 a consacrat sistemul unitar în materie de adopție – adopția cu efecte depline. Însă, potrivit principiului constituțional al neretroactivității legii, adopțiile încuviințate cu efecte restrânse nu s-au transformat în adopții cu efecte depline, astfel încât este încă necesar să ținem seama, în materie succesorală, de felul adopției.

Adoptatul cu efecte restrânse, neputând avea calitatea de reprezentant al adoptatorului și rudelor acestuia, poate beneficia, în schimb, de reprezentare, cât privește moștenirea rudelor din familia firească. Dimpotrivă, adoptatul cu efecte depline, putând beneficia de reprezentarea rudelor din familia adoptatorului, nu poate reprezenta rudele din familia firească.

În cazul desfacerii adopției, raporturile de rudenie ale adoptatului cu adoptatorul și cu rudele acestuia încetează numai pentru viitor, de la data hotărârii judecătorești. Tot din acest moment se restabilesc și legăturile de rudenie ale adoptatului cu familia firească. Așadar, vocația succesorală a adoptatului trebuie apreciată, în funcție de data deschiderii moștenirii și de data desfacerii adopției.

În schimb, nulitatea adopției produce efecte retroactive, considerându-se că niciodată legăturile de rudenie ale persoanelor implicate în actul nul al adopției nu au fost modificate.

Noul Cod civil inovează substanțial cât privește condițiile de a reprezenta. Potrivit dispozițiilor art. 967 din noul Cod civil, pentru a putea opera reprezentarea, trebuie îndeplinite două condiții, una în persoana reprezentatului și una în persoana reprezentantului. Astfel:

a) reprezentatul să fie, la data deschiderii succesiunii, fie lipsit de capacitate succesorală, fie nedemn față de defunct, chiar dacă se află în viață și chiar dacă renunță la moștenirea defunctului

⁴ Aceasta a fost aprobată prin Legea nr. 87/1998. În prezent, este în vigoare în materia adopției Legea nr. 273/2004, care consacră, ca și legea anterioară pe care a abrogat-o, un singur fel de adopție – adopția cu efecte depline.

⁵ Cât privește problematica adopției, a se vedea Marieta Avram, *Filiația. Adopția națională și internațională* (București: Editura All Beck, 2001).

față de care este nedemn [art. 967 alin. (1) din noul Cod civil];

Spre deosebire de Codul civil în vigoare care consacră două cerințe în persoana reprezentatului, aceea de a fi precedat la data deschiderii moștenirii și ca locul său să fie util, noul Cod civil cere în persoana reprezentatului o singură condiție, aceea de a fi precedat la data deschiderii moștenirii sau nedemn față de defunct. Disponând în sensul că poate fi reprezentat și moștenitorul nedemn, noul Cod civil, în mod firesc, nu mai poate reține condiția ca locul reprezentatului să fie util. În continuare însă, și în lumina dispozițiilor noului Cod civil, care nu fac nicio referire la posibilitatea reprezentării comorienților și codecedaților, literatura de specialitate poate susține, cu aceleași argumente, echitatea soluției de a fi reprezentate și aceste persoane. Reproșăm noului Cod civil faptul de a nu fi reglementat expres această situație, a cărei existență a fost semnalată de literatura de specialitate.

De asemenea în lumina dispozițiilor Legii nr. 287/2009, nu poate fi reprezentată persoana dispărută, întrucât aceasta este considerată în viață. Numai dacă persoana dispărută este nedemnă față de defunct sau renunțătoare la moștenirea acestuia, aceasta poate fi reprezentată, întrucât noua reglementare în materie succesorală permite reprezentarea nedemnului și renunțătorului, chiar dacă s-ar afla în viață la data deschiderii moștenirii. În egală măsură, nu poate fi reprezentată nici persoana declarată moartă pe cale judecătorească, dacă data indicată în hotărârea judecătorească declarativă de moarte, ca fiind data morții celui declarat dispărut, este ulterioară deschiderii succesiunii.

Interpretând *per a contrario* dispozițiile art. 967 alin. (1) din noul Cod civil, putem aprecia că nu poate fi reprezentată nici persoana exheredată de defunct.

b) reprezentantul trebuie să îndeplinească toate condițiile generale cerute de lege pentru a moșteni (capacitate succesorală, nedemnitare și vocație la moștenire) [art. 967 alin. (2) din noul Cod civil].

Aceste condiții trebuie îndeplinite în mod cumulativ de către reprezentant față de moștenirea defunctului, pe care o culege prin reprezentare și nu față de reprezentat, față de care poate fi chiar nedemn, exheredat sau renunțător. Așadar, potrivit dispozițiilor art. 967 alin. (3) din noul Cod civil, reprezentarea operează chiar dacă reprezentantul este nedemn față de reprezentat sau a renunțat la moștenirea lăsată de acesta ori a fost dezmoștenit de el. Dimpotrivă însă, față de moștenirea defunctului, reprezentantul trebuie să aibă capacitate succesorală, vocație succesorală (generală și nu concretă), să fie demn, să nu fie exheredat sau renunțător.

În concluzie, legat de condiția demnității succesorale, potrivit dispozițiilor noului Cod civil, pe de o parte, poate fi reprezentat și nedemnul iar, pe de altă parte, poate reprezenta chiar și o persoana nedemnă față de reprezentat, însă demnă față de defunct.

Dispozițiile noii reglementări în materia reprezentării succesorale sunt întrutotul concordante cu cele care reglementează instituția nedemnității succesorale. Potrivit acestora din urmă, este înlăturat de la moștenire numai nedemnul, nu și rudele acestuia. Drept urmare, rudele nedemnului pot veni la moștenirea autorului acestuia din urmă, la fel cum și nedemnul față de reprezentat poate veni la moștenirea autorului acestuia din urmă.

Considerăm că noua reglementare a condițiilor reprezentării este una coerentă și justă, ce înlătură inconvenientele reglementării *de lege lata*. De asemenea, salutăm disponibilitatea legiuitorului de a prelua propunerile *de lege ferenda* formulate și motivate de literatura de specialitate.

Precizările mai sus făcute cu privire la reprezentantul adoptat sunt valabile și în lumina noilor dispoziții ale Legii nr. 287/2009.

2.4. Modul cum operează reprezentarea succesorală

Reprezentarea operează, în temeiul dispozițiilor art. 665 alin. (2) din Codul civil în vigoare:

- a) în toate cazurile;
- b) la infinit;

c) de drept și imperativ.

a) *reprezentarea este admisă în toate cazurile;*

Potrivit dispozițiilor art. 665 și 666 C.civ., reprezentarea este admisă, nu numai în cazul în care nepoții (rude de gradul al II-lea) din partea fiului predecedat al defunctului vin la moștenire, prin reprezentarea părintelui lor, în concurs cu ceilalți fii (rude de gradul I) în viață ai defunctului, ci și în cazul în care toți fiii defunctului sunt predecedați, iar moștenirea acestuia este culeasă prin reprezentare, de către nepoții din partea fiecărui fiu. Deși, în acest ultim caz, reprezentanții au același grad, împărțirea moștenirii se va face tot pe tulpini și nu pe capete.

Spre exemplu: defunctul are trei fii, toți predecedați. Fiul cel mare are patru copii, fiul mijlociu are trei copii, iar cel mai mic fiu are un singur copil. Moștenirea, în acest caz, se va împărți pe tulpini, fiecărei tulpini revenindu-i 1/3 din moștenire. Nepoții defunctului din partea celui mai mare fiu vor primi câte 1/12, fiecare, cei din partea celui de-al doilea fiu, vor primi câte 1/9, iar nepotul din partea celui mai mic fiu va primi 1/3 din moștenire.

Tot astfel se pune problema și în cazul în care la moștenire vin, prin reprezentare, descendenții fraților/surorilor defunctului, aparținând celei de-a doua clase de moștenitori. Moștenirea defunctului poate fi culeasă, în lipsa moștenitorilor din clasa I, de frații în viață și de nepoții fraților predecedați, prin reprezentare (în acest caz, cei care culeg moștenirea au grade de rudenie diferite, frații fiind rude de gradul al II-lea, iar nepoții de frate, rude de gradul al III-lea). În egală măsură, reprezentarea operează și în cazul în care toți frații defunctului sunt predecedați, iar moștenirea sa este culeasă, prin reprezentare, de către nepoții din partea fiecărui frate (în acest caz, moștenirea este culeasă de rude având același grad).

b) *reprezentarea este admisă la infinit;*

Codul civil în vigoare admite reprezentarea copiilor defunctului până la infinit, astfel încât pot avea calitatea de reprezentanți, nu numai nepoții, ci și strănepoții, răstrănepoții de fiu, până la infinit, în timp ce reprezentarea fraților și surorilor defunctului este admisă, numai din partea nepoților și strănepoților de frate, așadar, până la gradul al IV-lea inclusiv. Ceilalți descendenți ai fraților și surorilor defunctului nu au vocație succesorală, nefiind incluși în clasele de moștenitori, astfel încât nu pot beneficia nici de reprezentarea ascendentului lor.

c) *reprezentarea operează de drept⁶ și imperativ.*

Regulile reprezentării, fiind stabilite prin dispozițiile imperative ale Codului civil, în principiu, nu pot fi modificate, nici prin voința defunctului și nici prin cea a beneficiarilor reprezentării.

Descendenții-reprezentanți pot influența regulile reprezentării, numai prin renunțare la moștenire, caz în care împărțirea se va face pe capete și nu pe tulpini. Spre exemplu, defunctul are patru copii, dintre care unul este predecedat, în locul său venind la moștenire, prin reprezentare, fiul acestuia. În termenul de opțiune succesorală, nepotul de fiu renunță la moștenire, împărțirea făcându-se, astfel, în cote egale între cei trei fii ai defunctului în viață (1/3 fiecare).

De asemenea, defunctul, prin testament, cu condiția respectării rezervei moștenitorilor rezervatari, poate influența efectele reprezentării, gratificându-i pe reprezentanți cu cote egale și nu inegale, cum ar fi rezultat din împărțirea pe tulpini, specifică reprezentării succesurale. Este necesar însă, să fie respectată rezerva succesorală a descendenților legatari. Spre exemplu, defunctul, care are doi copii predecedați, prin testament, dispune împărțirea moștenirii în cote egale și nu pe tulpini între cei trei nepoți ai săi, unul din partea celui mai mare fiu, iar doi din partea celuiilalt fiu. Defunctul a influențat astfel reprezentarea succesorală, însă, acest lucru a fost posibil întrucât a respectat rezerva succesorală a acestora (2/3 din moștenire dacă există 2 descendenți, deci 1/3 pentru fiecare descendent). Dacă, însă, defunctul ar fi avut mai mulți nepoți și ar fi dispus împărțirea moștenirii în cote egale, atunci ar fi adus atingere rezervei succesurale a acestora, iar voința sa, exprimată în testament, nu ar mai fi produs efecte juridice. Oricum, nepoții defunctului ar fi cules rezerva legală.

⁶ Mihail Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul R.S.R.* (București: Editura Academiei, 1966), 96.

Potrivit dispozițiilor art. 966 alin. (2) din noul Cod civil, „reprezentarea operează în toate cazurile, fără a deosebi după cum reprezentanții sunt rude de același grad ori de grade diferite în raport cu defunctul”. Așadar, și în lumina noilor dispoziții legale cu incidență în materie succesorală, putem susține că reprezentarea operează:

- a) în toate cazurile;
- b) la infinit;
- c) de drept și imperativ

Toate precizările mai sus făcute prezintă valabilitate și în lumina dispozițiilor Legii nr. 287/2009.

Conchidem așadar, că în ceea ce privește modul cum operează reprezentarea succesorală, noul Cod civil nu aduce nicio noutate.

2.5. Efectele reprezentării succesoriale

Potrivit dispozițiilor art. 667 din Codul civil în vigoare, "În toate cazurile în care reprezentarea este admisă, partajul se face pe tulpină...".

Împărțirea pe tulpini nu trebuie confundată cu împărțirea pe capete și cu împărțirea pe linii. Regula este reprezentată de împărțirea pe capete, în timp ce împărțirea pe linii și împărțirea pe tulpini reprezintă excepții.

Împărțirea pe capete este aplicabilă în cazul moștenitorilor de același grad și din aceeași clasă. Un exemplu de împărțire pe capete ar fi următorul: defunctul are patru copii, toți în viață și zece nepoți de fii. Moștenirea se împarte, în mod egal, între cei patru copii, întrucât fac parte din aceeași clasă de moștenitori și se află în același grad de rudenie cu defunctul.

Împărțirea pe linii se întâlnește, așa cum am arătat, în cazul în care, la moștenirea defunctului, vin frații acestuia: buni, uterini și consangvini.

Împărțirea pe tulpini este specifică reprezentării. În temeiul legii, reprezentanții, indiferent de numărul lor, vor culege doar partea care ar fi revenit reprezentatului, dacă ar fi fost în viață, la data deschiderii moștenirii. Astfel, dacă defunctul are trei copii, însă unul este precedat la data deschiderii succesiunii, având la rândul-i cinci copii, moștenirea va fi împărțită în trei părți, fiii în viață vor lua câte o parte (1/3), iar cei cinci nepoți, din partea fiului decedat, vor culege cea de-a treia parte (1/15). Așadar, reprezentanții au cules partea din moștenire, care ar fi revenit reprezentatului, dacă ar fi fost în viață.

Tot pe tulpini se împarte moștenirea și în ipoteza în care există mai mulți reprezentati. Spre exemplu, defunctul are doi copii precedați și unul în viață. Cel dintâi fiu precedat al defunctului are trei copii, iar cel de-al doilea copil precedat are un singur copil. Nepoții din partea fiilor precedați, vor veni la moștenire prin reprezentare, alături de fiul în viață al defunctului (unchiul lor). Moștenirea va fi împărțită în trei tulpini (1/3). Nepoții defunctului din partea fiului precedat nu vor lua cote egale, ci vor culege tulpina tatălui lor. Astfel: cei trei nepoți din partea fiului celui mare vor culege împreună 1/3, din moștenire, adică câte 1/9 fiecare; nepotul din partea celui de-al doilea fiu precedat al defunctului va culege 1/3 din moștenire; fiul în viață al defunctului va culege 1/3 din moștenire.

De asemenea, moștenirea se împarte pe tulpini, în cazul în care tulpina a produs mai multe ramuri. Vom completa exemplul precedent cu încă un element, care să ne permită să explicăm această ipoteză. Astfel, unul dintre nepoții defunctului din partea celui mai mare fiu precedat nu se află nici el în viață la data deschiderii moștenirii. Din partea acestuia, defunctul are cinci strănepoți. Aceștia vor culege împreună partea ascendentului lor (1/9). Așadar, fiecare strănepot de fiu al defunctului va primi 1/45 din moștenire.

Reprezentanții dobândesc, prin culegerea moștenirii, nu numai drepturi, ci și obligații. Deși regulile reprezentării sunt stabilite prin normele imperative ale Codului civil, reprezentantul nu este obligat a accepta moștenirea. Acesta are posibilitatea de a o accepta pur și simplu, de a o accepta sub beneficiu de inventar, respectiv de a o repudia. De asemenea, în caz de pluralitate de

reprezentanți, fiecare dintre aceștia are cele trei posibilități de opțiune succesorală.

Potrivit noului Cod civil, reprezentarea succesorală generează două efecte juridice:

a) un efect general, constând, ca și *de lege lata*, în împărțirea moștenirii, în cazul în care operează reprezentarea, pe tulpină.

Noul Cod civil are meritul de a defini, în cuprinsul art. 968 alin. (2), „tulpina”, arătând că prin aceasta se înțelege:

- înăuntrul clasei întâi, descendentul de gradul întâi care culege moștenirea sau este reprezentat la moștenire;

- înăuntrul clasei a doua, colateralul privilegiat de gradul al doilea care culege moștenirea sau este reprezentat la moștenire.

Păstrând principiile Codului civil în vigoare a căror justete nu a fost pusă la îndoială de jurisprudență și doctrină, Legea nr. 287/2009 dispune în art. 968 alin. (3) în sensul că: „Dacă aceeași tulpină a produs mai multe ramuri, în cadrul fiecărei ramuri subdivizarea se face tot pe tulpină, partea cuvenită descendenților de același grad din aceeași ramură împărțindu-se între ei în mod egal”.

Analizând dispozițiile art. 968 din noul Cod civil, constăm că noua reglementare nu inovează cu nimic cât privește efectul general al reprezentării succesorală. De altfel, această opțiune a legiuitorului este firească, neavând ce aduce nou cât privește acest aspect, reglementat în modul cel mai fericit de către Codul civil în vigoare.

b) un efect particular, formulat în cuprinsul art. 969 alin. (1) astfel. „Copiii nedemnului concepuți înainte de deschiderea moștenirii de la care nedemnul a fost exclus vor raporta la moștenirea acestuia din urmă bunurile pe care le-au moștenit prin reprezentarea nedemnului, dacă vin la moștenirea lui în concurs cu alți copii ai săi, concepuți după deschiderea moștenirii de la care a fost înlăturat nedemnul. Raportul se face numai în cazul și în măsura în care valoarea bunurilor primite prin reprezentarea nedemnului a depășit valoarea pasivului succesoral pe care reprezentantul a trebuit să îl suporte ca urmare a reprezentării”.

Remarcăm deosebita consecvență a legiuitorului, care a reglementat sub toate aspectele reprezentarea nedemnului. Întrucât capacitate succesorală au și persoanele fizice care sunt numai concepute la data deschiderii moștenirii, sub condiția de a se naște vii, noul Cod civil, în art. 969 alin. (1), a reglementat expres posibilitatea de a veni la moștenire prin reprezentare și copiii nedemnului, numai concepuți la data deschiderii moștenirii defunctului față de care părintele lor este nedemn și, în consecință, înlăturat de la moștenire. Această soluție ar fi rezultat, pe cale de interpretare *a pari* și în cazul în care legiuitorul nu ar fi reglementat-o în mod expres. Însă, este meritoriu faptul că noul Cod civil se apleacă asupra acestui caz particular care poate fi întâlnit în practică și că-l reglementează expres, oferindu-i o soluție echitabilă, în concordanță cu principiile generale în materie. În efortul de a asigura eficiența principiului egalității între rudele din aceeași clasă și de același grad, legiuitorul instituie în sarcina copiilor nedemnului, concepuți la data deschiderii moștenirii de la care acesta din urmă a fost înlăturat, obligația de a raporta moștenirea culeasă prin reprezentarea părintelui lor nedemn, în ipoteza în care vin la moștenirea tatălui lor în concurs cu alți copii ai acestuia născuți ulterior și în măsura în care valoarea bunurilor moștenite prin efectul reprezentării depășește valoarea pasivului acestei moșteniri. Altfel spus, copiii nedemnului trebuie să raporteze numai în măsura îmbogățirii lor.

2.6. Reprezentarea succesorală și retransmiterea succesorală

Și în lumina dispozițiilor Legii nr. 287/2009 putem întâlni retransmiterea, în consecință impunându-se deosebirea acesteia de instituția reprezentării succesorală cu care se aseamănă.

În cazul reprezentării, reprezentatul este decedat la data deschiderii moștenirii, întrucât Codul civil dispune imperativ că numai persoanele moarte pot fi reprezentate.

În cazul *retransmiterii*⁷ însă, moștenitorul supraviețuiește un interval scurt de timp după deschiderea moștenirii, dobândind astfel cota sa parte de la defunct. Este necesar ca moștenitorul să fi acceptat moștenirea deschisă, tacit sau expres, în termenul de opțiune succesorală (care s-a împlinit). Sarcina acestei dovezi revine moștenitorilor care pretind drepturi succesoriale prin retransmitere. Dacă însă, termenul de opțiune succesorală nu a expirat, drepturile succesoriale ale moștenitorului se retransmit către propriii săi succesori, chiar dacă acesta nu a făcut acte de acceptare tacită a moștenirii, dar nici nu a repudiat-o.

Cât privește capacitatea succesorală, cei care pretind dobândirea unor drepturi succesoriale prin retransmitere trebuie să realizeze, de asemenea, o dublă dovadă: cea privind capacitatea succesorală a transmitătorului, la data deschiderii primei succesiuni și cea privind propria lor capacitate succesorală, la data deschiderii celei de-a doua succesiuni (fiind în viață la data deschiderii celei de-a doua succesiuni, succesibilul a fost în viață și la data deschiderii primei succesiuni).

Numai în cazul reprezentării, împărțirea moștenirii se face pe tulpini, în cazul retransmiterii aceasta făcându-se pe capete.

Un caz de retransmitere a moștenirii este următorul: defunctul are trei copii, toți în viață la data deschiderii moștenirii. Din partea fiecăruia dintre aceștia, defunctul are câte doi nepoți. La scurt timp de la data deschiderii moștenirii lui *de cujus*, cel mai mare dintre fiii acestuia decedează, nu mai înainte însă de a fi acceptat moștenirea tatălui său. În această ipoteză, se întâlnesc două moșteniri succesive: cea a lui *de cujus*, culeasă de cei trei fii ai acestuia în viață (fiecare dintre aceștia culegând o cotă de 1/3) și cea a celui mai mare dintre fiii acestuia, a cărei masă succesorală cuprinde și cota de 1/3 din moștenirea lui *de cujus*. Cei doi nepoți din partea fiului, ulterior decedat, vor primi din moștenirea bunicului lor, prin retransmitere, o cotă de 1/6.

Reprezentarea succesorală operează, numai în cazul moștenirii legale, spre deosebire de retransmitere care poate opera, în egală măsură și în cazul moștenirii testamentare.

În cazul retransmiterii, fiind vorba de două sau mai multe moșteniri, ele trebuie examinate separat, sub toate aspectele pe care le comportă: componență, termen de opțiune succesorală, cotele care se cuvin moștenitorilor.

În cazul retransmiterii, competența teritorială a birourilor notariale, respectiv a instanței de judecată, se determină în funcție de locul deschiderii celei din urmă moșteniri.

3. Concluzii

Noul Cod civil reconfigurează instituția reprezentării succesoriale, de o manieră justă, înlăturând inconvenientele reglementării în vigoare.

În primul rând, în lumina dispozițiilor noului Cod civil, poate fi reprezentat, alături de predecedat și nedemnul.

În al doilea rând, pentru a putea opera reprezentarea trebuie îndeplinite numai două condiții, una în persoana reprezentatului și alta în persoana reprezentantului. Astfel, reprezentatul trebuie să fie, la data deschiderii succesiunii, fie lipsit de capacitate succesorală, fie nedemn față de defunct, chiar dacă se află în viață și chiar dacă renunță la moștenirea defunctului față de care este nedemn. Reproșăm însă noului Cod civil faptul de a nu-și fi însușit propunerea doctrinei de a reglementa expres posibilitatea reprezentării comorienților și codecedaților. În ceea ce-l privește pe reprezentant, acesta trebuie să îndeplinească toate condițiile generale cerute de lege pentru a moșteni (capacitate succesorală, nedemnitare și vocație la moștenire). Precizăm însă că aceste condiții trebuie îndeplinite în mod cumulativ de către reprezentant față de moștenirea defunctului, pe care o culege prin reprezentare și nu față de reprezentat, față de care poate fi chiar nedemn, exhereditat sau renunțător. În acest context, salutăm consecvența noului Cod civil, care armonizează

⁷ Cu privire la retransmitere, a se vedea D. Cimpoiu, „Moștenirea prin retransmitere”, *Dreptul* (4/1995): 28-30.

în modul cel mai fericit dispozițiile legale care reglementează reprezentarea succesorală, cu cele incidente în materia nedemnității succesorală.

Cât privește modul cum operează reprezentarea, noul Cod civil nu aduce nicio noutate, reprezentarea operând în toate cazurile, la infinit, de drept și imperativ.

Legea nr. 287/2009 inovează însă cât privește efectele juridice pe care le produce reprezentarea succesorală. Astfel, pe lângă efectul general, potrivit căruia moștenirea se împarte pe tulpină, reprezentarea generează și un efect particular. Potrivit acestuia din urmă, copiii nedemnului, concepuți înainte de deschiderea moștenirii de la care nedemnul a fost exclus, vor raporta la moștenirea acestuia din urmă bunurile pe care le-au moștenit prin reprezentarea nedemnului, dacă vin la moștenirea lui în concurs cu alți copii ai săi, concepuți după deschiderea moștenirii de la care a fost înlăturat nedemnul și numai în cazul și în măsura în care valoarea bunurilor primite prin reprezentarea nedemnului a depășit valoarea pasivului succesoral, pe care reprezentantul a trebuit să îl suporte ca urmare a reprezentării.

Cât privește efectul general produs de reprezentarea succesorală, salutăm faptul că legiuitorul, în noul Cod civil, a definit conceptul de „tulpină”. Cât privește efectul particular al reprezentării succesorală, remarcăm consecvența legiuitorului care reglementează reprezentarea nedemnului de o manieră completă, inclusiv sub aspectul efectelor particulare pe care aceasta le generează.

Utilizând un limbaj de specialitate actualizat, Legea nr. 287/2009 asigură reprezentării succesorală o reglementare coerentă, suplă, justă și corespunzătoare noilor realități sociale, care caracterizează societatea noastră în prezent.

4. Referințe bibliografice:

Cărți:

- [1] Adam, Ioan, și Rusu Adrian. *Drept civil. Succesiuni*. București: Editura All Beck, 2003.
- [2] Avram, Marieta. *Filiația. Adopția națională și internațională*. București: Editura All Beck, 2001.
- [3] Bacaci, Alexandru, și Comăniță Gheorghe. *Drept civil. Succesiunile*. București: Editura C.H. Beck, 2006.
- [4] Chirică, Dan. *Drept civil. Succesiuni*. București: Editura Lumina Lex, 1996;
- [5] Deak, Francisc. *Tratat de drept succesoral*. Ediția a II-a, actualizată și completată. București: Editura Universul Juridic, 2002.
- [6] Eliescu, Mihail. *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul R.S.R.* București: Editura Academiei, 1966.
- [7] Genoiu, Iliora. *Drept succesoral*. București: Editura C.H. Beck, 2008.
- [8] Stănculescu, Liviu. *Drept civil. Partea specială. Contracte și succesiuni*. Ediția a 3-a revizuită și actualizată. București: Editura Hamangiu, 2006.
- [9] Zinveliu, Ioan. *Dreptul la moștenire în RSR*. Cluj-Napoca: Editura Dacia, 1975.

Articole:

- [1] Cimpoiu, D. „Moștenirea prin retransmitere”. *Dreptul* (4/1995): 28-36.

CUSTOMERS AND GOOD CUSTOM

IOANA ADRIANA POPA¹
MANUELA NIȚĂ²

Abstract:

The dynamism, the competition and the polyvalence of trade activity stand for guarantees of performance in a full developing market economy. The main concern of the traders resides in creating and developing the group of customers as well as turning them into loyal ones, using all other elements, both tangible and intangible, assigned to operating a business. As resultant of their contribution, the customers become the key concept, the main component of the goodwill. They also represent a junction point of juridical and economic sciences and a common denominator for law and business environment.

Key words: goodwill, business, customers, good custom, e-commerce

Introduction

This article is intended to be an analysis, in terms of theory, jurisprudence and norms, of the essence and contents of interdependent concepts of “customers” and “good custom”.

The approach is dictated, on the one hand, by the modernity, interest and complexity of the issues in question, considering the modern business relations, and, on the other hand, by the intention of perceiving it from a new, conclusive and comprehensive angle, meant to constitute the premise of a genuine scientific contribution, fundamental reason of all and any research demarche.

The concept, the types and the characteristics of customers and good custom, their relation to goodwill and their correspondents in electronic trade are thoroughly and eloquently analyzed, as well as in terms of multidisciplinary. In addition, the study includes the significant controversies in this field and offers solutions. The detailed analysis of the theme lays a methodological basis of investigation framed by a system of methods, procedures and means of scientific knowledge, both of maximum generality and specific to law science. The highlighting of the customers’ and good custom’s features, in different law systems, is therefore possible by application of the comparative method, the study and the argumentation of conclusions and proposals of *de lege ferenda* being achieved on the basis of logical method.

In the Romanian literature, customers and good custom do not represent subject matter of special studies, despite the fact that the concepts are not normatively substantiated. The dissertations, the university courses or textbooks on Commercial Law, Business Law or Competition Law assign this subject either a limited space or partial or selective approaches. The articles and studies published in specialized magazines focus mainly on some aspects of the theme.

Nevertheless, there are several thorough analyses of these two concepts in the Romanian law doctrine as well. A detailed and fascinating debate on customers as concept, with business philosophical implications, followed by short considerations on goodwill, is given in *Commercial Competition Law* by Octavian Căpățină. Similarly, a highly interesting study of customers and good custom, including strong accents of compared law, is elaborated by Monna-Lisa Belu Magdo in her course *Commercial Law*. Romul Petru Vonica’s vast and innovative investigation is also worth mentioning. This work concretizes in a complex definition of good custom presented in *Commercial Law. General Aspects*. Conclusive examinations, with permanent references to doctrine and jurisprudence, though less detailed, are also present in *Romanian Commercial Law Dissertation* by professor Stanciu D. Cărpenaru.

¹ Lecturer, Ph.D. Candidate, Valahia University of Targoviste, Faculty of Juridical, Social and Political Studies

² Lecturer, Ph.D. Valahia University of Targoviste, Faculty of Juridical, Social and Political Studies

Unlike Romanian doctrine, French juridical literature focuses and takes great interest in analyzing customers and good custom, one reason may also be the key elements of goodwill under consideration. The most famous dissertations of Commercial Law or Business Law (Georges Ripert, René Roblot – *Traité de droit commercial*, Michel de Juglart, Benjamin Ippolito – *Traité de droit commercial*, Yves Guyon – *Droit des affaires*) allot an extremely generous space to examination of this domain, under all its aspects.

STRUCTURE OF GOODWILL

Current civilization is based on production and circulation of goods, on exploitation of capitals, on continuous evolution of business environment in the context of globalization and high tech. The main target of all traders is making profit which may be obtained only by attracting stable customers. Keeping and developing them represent the fundamental purpose of goodwill, distinct juridical and economic entity.

With a view to carry out a business commercial spaces, furniture, machinery, materials and raw materials are required. In addition, the trader runs the business under a name or benefits from the results of experiments protected by patents. All these elements are reunited under goodwill, a concept defined by interwar doctrine as “ensemble of goods which the trader (the owner) groups and sets apart, within his own enterprise, with the purpose of carrying out his specific activity (statutory), in competitive and profitable conditions”³.

Contemporary literature has chosen a definition highlighting the structure and the key role of goodwill: “ensemble of goods (movable, immovable, tangible, intangible) which the trader sets apart and uses to carry out his activity with the purpose of attracting customers and, implicitly, making profit”⁴.

According to the dominant opinion on juridical nature of goodwill, the latter represents *an intangible movable asset*, as well as *an actual universality* created by the will of its holder. The constitutive elements – tangible and intangible – though different from one another, in their materiality, acquire unity inside the goodwill and form a homogenous mass, as a consequence of the trader’s will, trader who used them exclusively to this purpose⁵. Goodwill as a “whole” is however subject to its own juridical regime, specific to intangible movable goods and different from that applicable to each of its elements.

As indicated, goodwill includes, in terms of structure, tangible elements and intangible elements. Some are declaratively enumerated in art. 1¹, letter c) Law no. 11/1991 regarding fighting disloyal competition, amended and supplemented by Law no. 298/2001⁶, the mission of identifying and adding those omitted devolving them upon the doctrine and the jurisprudence.

a) Tangible elements are goods set apart and used by trader in exploiting goodwill (materials, machinery, equipment, office supplies and merchandise). Despite the fact that their position is controversial, goods on stock in the store owned by the goodwill’s holder as well as immovable assets are also tangible elements.

b) Intangible elements. In addition to tangible elements, goodwill also includes intangible assets, without a material, palpable existence, yet an ideal, abstract one, and which can be perceived only with “the mind eye”.⁷ They give an identity to the trader (name and emblem), or his

³ Constantin Stoeanovici, *Good Custom* (Bucharest, 1924), 3; Petre Poruțiu, *Commercial Law Dissertation*, vol. I (Cluj: Universității Publishing House, 1946), 354; I. L. Georgescu, *Romanian Commercial Law*, vol. I (Bucharest: C. H. Beck Publishing House, 2002), 516.

⁴ Stanciu D. Cărpănu, *Dissertation on Romanian Commercial Law* (Bucharest: Universul Juridic Publishing House, 2009), 132.

⁵ Octavian Căpănu, *Commercial Competition Law – general aspects* (Bucharest: Lumina Lex Publishing House, 1998), 412-413.

⁶ Published in the Official Gazette no. 313 dated June 12 2001.

⁷ Gheorghe Beleiu, *Romanian Civil Law. Introduction to Civil Law. Civil Law Subjects*, 6th edition, revised and supplemented by M. Nicolae and P. Trușcă (Bucharest: Șansa SRL Publishing House, 2000), 97.

products (brand), or represent new creations (inventions, drawings and industrial models, copyrights). Jurisprudence also includes in goodwill the right of use over the space where goodwill is exploited, adhering therefore to French legal provisions regarding right of lease⁸.

Though governed by norms belonging to some distinct law branches (commercial law, intellectual property law or competition law), intangible elements are reunited by the holder's will so as to fulfill a common mission, i.e. to polarize the customers and to make profit. Unlike goodwill as a whole, the Romanian legislator has focused on detailed definitions of standards⁹. Moreover, some benefit from regulations at both community and international level.

Taking into consideration the criterion of the economic importance and that of the difficulty in their examination from a juridical point of view, a classification of the goodwill elements into *vital* (name, emblem, customers, good custom) and *accessories* (raw materials, materials, machinery, equipment) can be also outlined. Furthermore and depending on their relation with the goodwill, they can be grouped into *elements which may be disposed off only along with goodwill*, since they are an integrant and interdependent part of the latter (customers, good custom, name), and *elements which may be disposed off separately as well* (name, tangible assets)¹⁰.

CUSTOMERS AS A CONCEPT

Numerous definitions trying to get a precise, complete and eloquent meaning of this concept have been formulated. To the same end, a dissociation of customers as a concept has been called for, one being of human and the other of material nature¹¹.

A first approach defines customers as "the group of persons in the habit of purchasing or resorting to the services of a trader"¹². In other words, they represent "all individuals and companies commonly using goodwill of the same trader, so as to procure some products and services"¹³. The dimension, amount and frequency of customers are influenced by a series of factors: placing goodwill, professional competences, training and behavior of trader and relating personnel, quality and variety of products or services, economic circumstances (goodwill may depend on the country's economic situation), competition, consumers' psychology, etc.

From a strong juridical angle, customers mean "the series of business relations, regular or occasional, existing or which are likely to exist between the public and the possessor of a professional quality, resulting in a conjugated attraction of material and personal factors"¹⁴. Insisting on the trader's competences and skills, the French authors identify customers as a

⁸ Right to lease is defined as the right of the trader to rent the space he uses to exploit goodwill. It may have as subject matter main spaces used in exploitations, accessory spaces which may be used as dwelling, land where they have been built on, with the owner's permission, industrial, commercial, artisan and professional buildings. With a view to preserve the goodwill, the lease contract is subject matter of some protective regulations to the benefit of the goodwill's holder. The trader has the right to renew the contract expired, or else he is entitled to remedies of the damages caused (an eviction indemnity).

⁹ Definition of goodwill as offered in art. 1¹, letter c) Law no. 11/1991 regarding fight against disloyal competition, amended and supplemented by Law no. 298/2001, indicates some of the tangible elements: trademarks, names, emblems, patents, good custom. However, we can state that the enumeration is incomplete and should be updated so as to be in line with the evolution of the commercial practice. In addition, the Law of Trade Registrar states the intangible elements which are to be registered for purposes of publicity and opposability to third parties: patents, factory trademarks, commercial and work related trademarks, origin indications, name, emblem and other significant signs which the company, autonomous institution, cooperative organization or trader – certified individual - or individual enterprise or family enterprise has a right over.

¹⁰ Michel de Juglart and Benjamin Ippolito, *Traité de droit commercial*, 4th edition, vol. I (Paris: Montchrestien Publishing House, 1998), 550-555.

¹¹ Octavian Căpățină, "Commercial Customers," *Commercial Law Magazine* 5 (1998): 5.

¹² Yves Guyon, *Droit des affaires*, vol. I, 10th edition (Paris: Economica, 1998), 715.

¹³ Stanciu D. Cărpenaru, *quoted works.*, 142.

¹⁴ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 4th edition (Paris: Presse Universitaires de France, 2003).

possibility of concluding future contracts with unidentified persons¹⁵ or an ability to attract and capitalize a certain number of customers¹⁶.

Contemporary trade has a significant evolution towards reducing the factor of subjective nature, inherent to the trader's personality, as a requirement to attract and maintain customers while developing the sale system within department stores with anonymous owners or associates of a corporate group¹⁷.

In an abstract way, independent of the persons framing them as a group, customers may be introduced as a unit of measurement, a volume or a turnover, having also a material significance. While an unorganized variable mass of persons, customers constitute an economic value, due to relations established between goodwill and persons procuring goods and services from the trader in question¹⁸.

Despite the fact that it includes no such provision, French jurisprudence considers customers as an essential element of goodwill¹⁹, a *sine qua non* requirement for it to exist as well as a genuine patrimony value. Furthermore, this statement is also supported by French authors who judge goodwill as nothing else but the right over customers, their absence meaning absence of the entire goodwill²⁰.

This idea has been strongly criticized, since customers are, in modern vision, a quality yet not an essential element of goodwill. They represent a purpose which may be achieved with the help of a number of "material supports" constituting as many elements as required (the right to lease, emblem, materials) or working instruments. In this thesis, goodwill would exist as soon as its elements are reunited, even in the absence of customers, and would subsist, even if customers disappeared, until it has been liquidated²¹.

Due to the complexity of the term and the absence of a normative basis, customers are subject matter of some current intense debates in our literature as well. With regard to the relation between customers and goodwill, the thesis according to which customers do not integrate into goodwill structure has been outlined and thus the controversy in the French doctrine regarding continuance as a core element has been amplified²². In the sense of a human group, customers may not be assimilated to an asset, since they belong to nobody and are actually attracted by the trader who offers them the products and the services they want. Goodwill is only a means of creating and maintaining customers, an argument deemed obvious in this sense being the fact that changing them does not trigger correlative change of goodwill as well.

TYPES OF CUSTOMERS

Several types of customers may be distinguished:

1. **Committed customers** or the so called "organic customers" integrate the persons who have concluded a procurement contract with a trader. In this case, there is a stable juridical relation which attaches the customers to the supplier.

2. **Attracted Customers** designate the consumers addressing the trader on a constant basis, as an appreciation of his qualities, and independent of any obligations arising from legal

¹⁵ Georges Ripert and René Roblot, *Traité de droit commercial*, vol. I, 7th edition (Paris: L.G.D.J. Publishing House, 1991), 430-435.

¹⁶ Michel de Juglart and Benjamin Ippolito, *quoted works*, 551.

¹⁷ Monna-Lisa Belu Magdo, "Goodwill (III). Customers and Good Custom," *Commercial Law Magazine* 12 (2002): 65.

¹⁸ Stanciu D. Cârpenaru, *quoted works*, 142.

¹⁹ In the Resolution 673/15 June 1970, the Court of Cassation in France has established the principle of customers' necessity as an essential element of goodwill.

²⁰ Georges Ripert and René Roblot, *quoted works*, 429.

²¹ Michel de Juglart and Benjamin Ippolito, *quoted works*, 571.

²² Monna-Lisa Belu Magdo, *Commercial Law* (Bucharest: H.G. Publishing House, 2003), 107; Ion Turcu, *Business Law* (Iași: Chemarea Foundation Publishing House, 1993), 237.

documents. In fact, they are loyal customers, attached to the trader by an emotional relation.

3. **Derivative Customers** represent the effect of occurrence and expansion of big shopping centers. The multitude and the variety of businesses under the same roof (stores, cinema multiplexes, restaurants, beauty saloons) captivate the public. A precise determination of customers attached to each place is however impossible. Some traders benefit from consumers due more to the place where they run their business and less to their own qualities or qualities of their products (for example, the persons who want to watch a movie will buy soft drinks from a store next to the cinema hall, even if they do not usually buy such products from the store in question, the store customers deriving therefore from those of the cinema's).

Calling down the personal character of customers, interwar French jurisprudence has refused to acknowledge customers typical of pubs located in train stations and they proclaimed them as owned by the railways. This reasoning has been also applied to bars or restaurants placed inside a golf club, a cinema hall, an airport, a sports field or a race track. Additionally, the same went for trading inside art galleries or shopping centers. In case of collective stores, there has been however an acknowledgement of customers equally belonging to all traders running their businesses in the respective location²³.

4. Devoid of stability, **Occasional Customers** are made up of persons who go to some traders occasionally only (restaurants, gas stations).

CHARACTERISTICS OF CUSTOMERS

In order to make trading activities profitable, customers must be permanent (real and reliable), instead of potential and hypothetical. Besides these requirements, the doctrine states other characteristics of customers: customers shall be legal, commercial and personal.

a) **Liccity** is the natural consequence of the identical requirement in the domain of acts of commerce. In order to protect the general best interests of the company, no activities deemed as crimes or violations of public order, good manners or imperative legal provisions (for example, production and sale of drugs) shall be carried out on the basis of free enterprise. Infringement of such norms shall have repercussions on customers as well and they shall not be able to benefit from juridical protection.

b) **Merchantability**. In order to have a commercial character, customers shall reflect the common effort of a goodwill which the trader sets apart for carrying out his activity. To the same end, it is required that the relations between customers and traders arise from concluding some transactions legally considered as acts of commerce.

These requirements differentiate commercial customers from civil customers, polarized by persons exercising liberal professions (lawyers, doctors). In this case, what prevail are the skills, the expertise, the professional talent which make consultations, services, provisions of services valuable, all these being offered under the unique and exclusive touch of the author²⁴. Unlike commercial customers, civil customers are therefore unlikely to be assessed in money²⁵. They may be however assigned using a technical artifice, i.e. the person carrying out a liberal profession is remunerated for introducing his successor to the customers²⁶.

c) **Autonomy**. In accordance with the classical view on juridical uniqueness of the customers' belonging, goodwill may not actually have more than one holder. The customers shall be personal and shall belong to the trader who administers the goodwill. This requirement is

²³ Smaranda Angheni et al., *Commercial Law*, 4th Edition (Bucharest: ALL Beck Publishing House, 2008), 58.

²⁴ Octavian Căpățînă, *Customers...*, 8.

²⁵ In an important resolution dated November 7 2000, the French Supreme Court ruled in favor of acknowledging the patrimony character in case of civil customers as well, validating thus their assignment.

²⁶ Barthélemy Mercadal and Patrice Macqueron, *Le droit des affaires en France* (Paris: Francis Lefebvre Publishing House, 1997), 364.

difficult to meet more from a practical than from a legal point of view, since, in some cases, despite the fact that the existence of the customers is incontestable, their attachment is doubtful. The common customers occur inside distribution channels, as well as assignment or franchise distributions. With a view to determine the customers' holder, identification of the latter's ground shall be first required.

In case of franchise, there are two points of view. The first is based on the criterion of the element prevailing in attracting customers and claims that, from the perspective of actual circumstances, neither location nor trader's qualities may play this role. The brand under which the franchise is exploited represents however the main polarizing factor and, due to this reasoning, the owner of the goodwill shall be deemed to be the franchisor. The contrary point of view admits that, nationally, customers are attached to the notoriety of the franchisor's brand, while locally, customers exist only due to the activities of the franchisee to whom they belong.

The distribution network is a new form of trade, a major result of the advertising impact which a brand may create within the mass consumption society. Ensuring some customers from the very beginning of the activity makes the traders deposit a significant right of admission and a substantial annual royalty in favor of the company organizing the network. Yet, there has also been an opinion according to which customers belong to the organizer, since he created them prior to organizing the network.

JURIDICAL NATURE OF RIGHT OVER CUSTOMERS

Individual freedom being prevalent, the holder of goodwill has no legal way of preserving customers against their volition. Unlike the other intangible elements, the trader has no exclusive proprietary interest ("right over customers"), since he does not have the monopoly over the customers and is permanently exposed to the risk of being abandoned by them. Existence of an incorporeal right and, correlatively, occurrence of a double liability are however acknowledged. On the one hand, there is confirmation on the trader's option to defend the customer against his competitors whose liability is to not absorb customers aggressively but only through legal and loyal methods (advertising or marketing techniques). The second liability, i.e. that of not competing with the buyer, devolves the seller upon the goodwill.

As customers are closely related to goodwill, they can be transferred only along with the latter²⁷. Nevertheless, a context where they can be disposed off separately may also be envisaged. Therefore, should there be sale of the location only and should the buyer keep its initial destination, the seller's customers, ignorant of the change, may continue to go to this location, even if it currently belongs to the buyer's goodwill.

GOOD CUSTOM

Customers are interdependently related to good custom and they are the effect of attracting the latter. Starting from this recital, a part of the doctrine is opposed to differentiating between the two terms.

Those hostile to the dualistic vision refuse to acknowledge a structure specific to the notion of good custom by reference to that of customers and deem it redundant. According to this perception and from a juridical standpoint, there has been stated that their scission implies no specific consequence, since good custom is only a form of customers²⁸. In factual terms, there is a sign of equality between the notion of good custom and the notion of occasional customers²⁹. From this point of view, the persons occasionally or accidentally going into a store due to its

²⁷ Within the meaning of separate sale of customers, as a distinct intangible, movable asset, having an existence of its own, I. L. Georgescu, *Romanian Commercial Law. General Theory of Commercial Liabilities. Evidence. Sale and Purchase Agreement*. (Bucharest: Lumina Lex Publishing House, 1994), 166.

²⁸ Michel de Juglart and Benjamin Ippolito, *op. cit.*, 552.

²⁹ Yves Guyon, *quoted works*, 715.

convenient location and not to the trader's qualities represent the good custom. Location does not represent a mandatory requirement, since a walking trader may also frame his occasional customers along his itinerary.

The opinion of the divergent vision is in favor of a distinction between customers, who represent a group of persons attracted to the qualities of a trader (hospitality, competence, accuracy), and good custom, which constitutes the group of persons attracted to the location of the goodwill (situated on their usual ways or on a trading boulevard). According to this acceptance, good custom is related to objective factors of enterprise location, while customers relate to subjective factors of the trader's activity.

In our literature, good custom is defined as the ability, the capacity of the goodwill to attract customers, due to a series of factors which customize the activity of each and every trader.³⁰ This orientation illustrates the fundamental purpose of goodwill, the polarization and consolidation of stable customers, good custom being one of the tools used in fulfilling this objective.

The attractive potential of good custom is determined by a series of circumstances:

- when deciding on location of goodwill, it is mandatory to bear in mind the pedestrian traffic³¹, proximity³² and specific³³ of the area, its fame, as well as furniture and equipment for the space in question;
- in terms of products and services offered, the quality, price, range³⁴, presentation/package style shall meet the customers' needs and expectations;
- competence, hospitality, probity, condescendence are only a few qualities the trader's staff shall possess.

VIRTUAL CUSTOMERS AND ELECTRONIC GOOD CUSTOM

Requirements of modern selling techniques have rightfully imposed uniformity of rules applicable within enterprises (in a physical sense), and virtual/electronic stores. These are similar to a showroom: the persons interested access them, visualize images and get information on the products offered. Should they decide to purchase, there is a "virtual basket" where they "deposit" the products they want to buy. Completion of order and conclusion of transaction between store and customer come next, while payment shall be processed according to terms they agree upon.

In case of online stores, there is no doubt about the existing customers. Their amount may be more precisely and easily related to a classic commercial activity. In practice, all virtual stores have a statistics website meant to keep records of persons having visited them, so that exact number of customers may be determined.

Good custom is actually unlimited, as long as the virtual store may conveniently be accessed from anywhere in the world, only an internet connection being therefore required.

CONCLUSIONS

Despite the diversity and the variability, the elements of goodwill share an aspect, being reunited by a unique purpose: attracting, maintaining and expanding the customers, and implicitly, making a profit. Unity is the result of the volition of the trader who exploits, in conditions of competitiveness and profitability, their characteristic of homogeneous asset of goodwill, without

³⁰ Romul Petru Vonica, *Commercial Law. General Aspects* (Bucharest: Lumina Lex Publishing House, 2000), 871.

³¹ Existence of a public transport stop nearby represents an additional advantage and increases the number of persons going by the space in question.

³² Stores selling materials for construction and interior design are usually located next to those selling sanitation equipment or other products and accessories useful in a home.

³³ A deluxe perfume store shall never be located in a store in the suburbs, where the buying power is low; the same goes for a household retailer who shall avoid the main roads.

³⁴ Opening a greengrocer's store in a farming community shall never be profitable.

affecting therefore the individuality of their components. It is true that some elements may be disposed off only alongside goodwill, this requirement cannot however confer them the status of determinant for the continuity of goodwill itself. Under these circumstances, a double quality of customers is outlined, i.e. of fundamental element and purpose of goodwill.

In principle, customers are personal; they belong to the trader who exploits the goodwill. In case of distribution networks, there arise difficulties, in the sense that doctrine and jurisprudence do not lack arguments in favor of or against the franchisee or the grantee, by comparison to franchisor or grantor. This is the reason for which examination of customers and their implications in the technique of distribution networks involve a major interest, potential acknowledgement of any common belonging leading to further questions.

Over the past few years the internet and electronic trading have been significantly developing and they represent the most dynamic and finest form of product and service distribution. In addition, they stand for an excellent instrument placed at the disposal of traders who may find an interesting palliative to day-to-day contracts, difficult to conclude at times. Consequently, a new category of trader has occurred, i.e. the “e-traders”, who, beside the virtual customers and the electronic good custom, embody the source of new and interesting analyses.

Bibliography

1. Angheni Smaranda, Magda Volonciu, and Camelia Stoica. *Commercial Law*, 4th Edition. Bucharest: ALL Beck Publishing House, 2008.
2. Belei Gheorghe. *Romanian Civil Law. Introduction to Civil Law. Civil Law Subjects*, 6th edition, revised and supplemented by M. Nicolae and P. Trușcă. Bucharest: Șansa SRL Publishing House, 2000.
3. Belu Magdo Monna-Lisa. *Commercial Law*. Bucharest: H.G. Publishing House, 2003.
4. Belu Magdo Monna-Lisa. “Goodwill (III). Customers and Good Custom.” *Commercial Law Magazine* 12 (2002).
5. Căpățînă Octavian. “Commercial Customers.” *Commercial Law Magazine* 5 (1998).
6. Căpățînă Octavian. *Commercial Competition Law – general aspects*. Bucharest: Lumina Lex Publishing House, 1998.
7. Cărpenaru, Stanciu D. *Dissertation on Romanian Commercial Law*. Bucharest: Universul Juridic Publishing House, 2009.
8. Cornu Gérard. *Vocabulaire juridique*, 4th edition. Paris: Presse Universitaires de France, 2003.
9. Georgescu, I. L. *Romanian Commercial Law*, vol. I. Bucharest: C. H. Beck Publishing House, 2002.
10. Georgescu, I. L. *Romanian Commercial Law. General Theory of Commercial Liabilities. Evidence. Sale and Purchase Agreement*. Bucharest: Lumina Lex Publishing House, 1994.
11. Guyon Yves. *Droit des affaires*, vol. I, 10th edition. Paris: Economica, 1998.
12. Juglart Michel de, and Benjamin Ippolito. *Traité de droit commercial*, 4th edition, vol. I. Paris: Montchrestien Publishing House, 1998.
13. Mercadal Barthélemy, and Patrice Macqueron. *Le droit des affaires en France*. Paris: Francis Lefebvre Publishing House, 1997.
14. Poruțiu, Petre. *Commercial Law Dissertation*, vol. I. Cluj: Universităţii Publishing House, 1946.
15. Ripert Georges, and René Roblot. *Traité de droit commercial*, vol. I, 7th edition. Paris: L.G.D.J., Publishing House, 1991.
16. Stoeanovici, Constantin. *Good Custom*. Bucharest, 1924.
17. Turcu Ion. *Business Law*. Iași: Chemarea Foundation Publishing House, 1993.
18. Vonica Romul Petru. *Commercial Law. General Aspects*. Bucharest: Lumina Lex Publishing House, 2000.

CLIENTELA ȘI VADUL COMERCIAL

IOANA ADRIANA POPA¹
MANUELA NIȚĂ²

Abstract:

Dinamismul, competitivitatea și polivalența activității comerciale reprezintă garanțiile performanței într-o economie de piață în plină dezvoltare. Principala preocupare a comercianților rezidă în crearea, fidelizarea și dezvoltarea clientelei, prin concursul tuturor celorlalte elemente, corporale și incorporale, alocate derulării unei afaceri. Fiind rezultanta aportului acestora, clientela devine conceptul-cheie, componenta principală a fondului de comerț. În același timp, constituie un punct de intersecție a științelor juridice și economice, un numitor comun pentru drept și mediul de afaceri.

Cuvinte-cheie: fond de comerț, afacere, clientelă, vad comercial, comerț electronic

Introducere

Subiectul articolului este reprezentat de analiza din perspectivă teoretică, jurisprudențială și normativă a esenței și conținutului conceptelor interdependente de „clientelă” și „vad comercial”.

Abordarea este dictată, pe de o parte, de actualitatea, interesul și complexitatea problematicii în discuție, în condițiile relațiilor moderne de afaceri, iar pe de altă parte, de intenția de a o privi dintr-un unghi nou, concludent și cuprinzător, de natură să constituie premisa unui real aport științific, rațiune fundamentală a oricărui demers de cercetare.

Sunt examinate amplu, elocvent și multidisciplinar noțiunea, felurile și caracteristicile clientelei și vadului comercial, relația acestora cu fondul de comerț și corespondentele lor în comerțul electronic. Totodată, lucrarea surprinde controversele semnificative în această materie și avansează soluții. Studiarea aprofundată a temei impune o bază metodologică de investigare constituită dintr-un sistem de metode, procedee și mijloace de cunoaștere științifică, atât de maximă generalitate, cât și specifice științei dreptului. Astfel, evidențierea particularităților clientelei și vadului comercial în diferite sisteme de drept este posibilă prin aplicarea metodei comparative, studiul și argumentarea concluziilor și propunerilor *de lege ferenda* sunt realizate prin intermediul metodei logice.

În literatura română de specialitate, clientela și vadul comercial nu formează obiect de studiu special, deși conceptele nu sunt fundamentate normativ. Tratatetele, cursurile universitare sau manualele de Drept comercial, Dreptul afacerilor sau Dreptul concurenței consacră acestei materii fie un spațiu restrâns, fie abordări parțiale sau selective. Articolele și studiile publicate în reviste de specialitate tratează, în principal, doar unele aspecte ale temei.

Există însă câteva cercetări temeinice ale celor două noțiuni și în doctrina română de drept. Astfel, o detaliată și fascinantă dezbateră a materiei clientelei, cu implicații de filozofie a afacerilor, urmată de scurte considerații în privința fondului de comerț, este realizată în lucrarea „*Dreptul concurenței comerciale*” de către Octavian Căpățînă. Pe aceeași linie, un deosebit de interesant studiu asupra clientelei și vadului comercial, cu puternice accente de drept comparat, este elaborată de către Monna-Lisa Belu Magdo în cursul *Drept comercial*. Trebuie menționată și investigația vastă și inovatoare a lui Romul Petru Vonica, concretizată într-o definiție complexă a vadului comercial, prezentată în lucrarea *Drept comercial. Partea generală*. Examinări concludente, cu permanente raportări la doctrină și jurisprudență, dar mai puțin vaste, sunt prezente și în *Tratatul de drept comercial român* al profesorului Stanciu D. Cărpenaru.

¹ Lector univ. drd., Universitatea Valahia din Târgoviște, Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice.

² Lector univ. dr. Universitatea Valahia din Târgoviște, Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice.

Spre deosebire de doctrina românească, literatura juridică franceză este foarte interesată și preocupată de cercetarea clientelei și vadului comercial, poate și pentru că sunt considerate elemente esențiale ale fondului de comerț. Cele mai cunoscute tratate de Drept comercial sau Dreptul afacerilor (Georges Ripert, René Roblot – *Traité de droit commercial*, Michel de Juglart, Benjamin Ippolito – *Traité de droit commercial*, Yves Guyon – *Droit des affaires*) afectează un spațiu extrem de generos examinării acestei materii, sub toate aspectele.

COMPOZIȚIA FONDULUI DE COMERȚ

Civilizația actuală este fondată pe producția și circulația mărfurilor, pe exploatarea capitalurilor, pe continua evoluție a mediului de afaceri în contextul globalizării și tehnologizării. Obiectivul esențial al oricărui comerciant, constând în obținerea de profit, poate fi realizat doar prin atragerea unei clientele stabile. Păstrarea și extinderea acesteia reprezintă scopul fundamental al fondului de comerț, entitate juridică și economică distinctă.

Pentru derularea oricărei afaceri sunt necesare spații comerciale, mobilier, utilaje, materii prime și materiale. În același timp, comerciantul își exercită activitatea sub o denumire proprie sau beneficiază de rezultatele unor experimente protejate prin brevete de invenție. Toate aceste elemente sunt reunite în cadrul fondului de comerț, noțiune pe care doctrina interbelică o definește ca fiind „ansamblul de bunuri pe care comerciantul sau industriașul (patron) le grupează și le afectează, în cadrul întreprinderii proprii, în scopul desfășurării activității sale specifice (statutare), în condiții de competitivitate și de rentabilitate”³.

Literatura contemporană de specialitate a optat pentru o definiție care să evidențieze componența și rolul esențial al fondului de comerț: „ansamblul de bunuri (mobile, imobile, corporale și incorporale) pe care comerciantul le afectează desfășurării activității sale în scopul atragerii clientelei și, implicit, obținerii de profit”⁴.

Potrivit opiniei dominante în privința naturii juridice a fondului de comerț, acesta reprezintă un *bun mobil incorporal*, dar și o *universalitate de fapt* creată prin voința titularului său. Elementele ce-l compun – corporale sau incorporale – deși distincte unele de altele în materialitatea lor, dobândesc unitate în cadrul fondului și formează o masă omogenă, ca efect al voinței comerciantului care le-a afectat exclusiv acestei finalități⁵. Totuși, fondul de comerț ca „întreg” este supus unui regim juridic propriu, specific bunurilor mobile incorporale și diferit de cel aplicabil fiecăruia dintre elementele sale.

Așa cum s-a arătat, sub aspectul structurii sale, fondul de comerț cuprinde elemente corporale și elemente incorporale. Unele dintre ele sunt enumerate enunțiativ în art. 1¹, lit. c) din Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, modificată și completată prin Legea nr. 298/2001⁶, misiunea de a le identifica și adăuga pe cele omise incumbându-le doctrinei și jurisprudenței.

a) Elementele corporale sunt bunurile care servesc comerciantului în exploatarea fondului de comerț (materiale, utilaje, echipamente, birotică, mărfuri). Deși poziția acestora este controversată, sunt considerate, de asemenea, elemente corporale, mărfurile care se află în stoc în magazinul titularului fondului și bunurile imobile.

b) Elemente incorporale. Alături de elementele corporale, fondul de comerț include și bunuri incorporale, fără o existență materială, palpabilă, ci una ideală, abstractă, putând fi

³ Constantin Stoeanovici, *Vadul comercial* (București, 1924), 3; Petre Poruțiu, *Tratat de drept comercial*, vol. I (Cluj: Editura Universității, 1946), 354; I. L. Georgescu, *Drept comercial român*, vol. I (București: Editura C. H. Beck, 2002), 516.

⁴ Stanciu D. Cârpenaru, *Tratat de drept comercial român* (București: Editura Universul Juridic, 2009), 132.

⁵ Octavian Căpățînă, *Dreptul concurenței comerciale – partea generală* (București: Editura Lumina Lex, 1998), 412-413.

⁶ Publicată în Monitorul Oficial nr. 313 din 12 iunie 2001.

percepute doar cu „ochiul minții”⁷. Ele conferă o identitate proprie comerciantului (firma și emblema), sau produselor sale (marca), ori reprezintă creații noi (invențiile, desenele și modelele industriale, drepturile de autor). Jurisprudența include în fondul de comerț și dreptul de folosință asupra spațiului în care se exploatează acesta, achiesând la prevederile legislației franceze privind dreptul la bail⁸.

Deși sunt guvernate de norme aparținând unor de ramuri de drept distincte (dreptul comercial, dreptul proprietății intelectuale sau dreptul concurenței), elementele corporale sunt reunite de voința titularului pentru a îndeplini o misiune comună, aceea de a polariza clientela și de a realiza profit. Spre deosebire de situația fondului de comerț în ansamblu, legiuitorul român a acordat o atenție sporită normării lor detaliate⁹. În plus, unele dintre ele beneficiază de reglementare și la nivel comunitar sau internațional.

Avându-se în vedere criteriul importanței pe plan economic și al dificultății examinării lor pe cel juridic, poate fi conturată și o clasificare a elementelor fondului de comerț în *esențiale* (firma, emblema, clientela, vadul comercial), și *accesorii* (materile prime, materialele, utilajele, echipamentele). În același timp, în funcție de relația lor cu fondul, se pot grupa în *elemente ce pot fi înstrăinate numai împreună cu fondul de comerț*, fiind parte integrantă și interdependentă a acestuia (clientela, vadul comercial, firma), și *elemente ce se pot înstrăina și separat* (emblema, bunurile corporale)¹⁰.

CONCEPTUL DE CLIENTELĂ

Încercând să surprindă precis, complet și elocvent sensul conceptului, au fost formulate numeroase definiții. În același scop, s-a apelat la o disociere a semnificațiilor clientelei, una de ordin uman, cealaltă de natură materială¹¹.

Într-o primă abordare, clientela este definită ca fiind „ansamblul persoanelor care au obiceiul de a se aproviziona sau de a recurge la serviciile unui comerciant”¹², altfel spus, reprezintă „totalitatea persoanelor fizice și juridice care apelează în mod obișnuit la fondul de comerț al aceluiași comerciant, pentru procurarea unor mărfuri și servicii”¹³. Dimensiunea, anvergura și frecvența clienților sunt influențate de o serie de factori: localizarea fondului de comerț, competențele profesionale, pregătirea și comportamentul comerciantului și ale personalului acestuia, calitatea și varietatea produselor sau serviciilor, conjunctura economică (fondul de comerț poate depinde de situația economică a țării), concurența, psihologia consumatorilor, etc.

⁷ Gheorghe Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ediția a 6-a revizuită și adăugită de M. Nicolae și P. Trușcă (București: Editura Șansa SRL, 2000), 97.

⁸ Dreptul la bail se definește ca fiind dreptul pe care îl are un comerciant de a închiria localul în care exploatează fondul de comerț. Poate avea ca obiect localurile principale care servesc exploatarei, localurile accesorii care pot fi utilizate ca locuință, terenurile pe care sunt ridicate, având consimțământul proprietarului, construcțiile industriale, comerciale, artizanale sau profesionale. În scopul de a prezerva existența fondului de comerț, contractul de bail formează obiectul unei reglementări protective pentru titularul fondului. Comerciantul are dreptul la reinnoirea contractului ajuns la termen, în caz contrar fiind îndreptățit la reparația prejudiciului suferit (o indemnizație de evicțiune).

⁹ În definiția fondului de comerț oferită în art. 1¹, lit. c) din Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, modificată și completată prin Legea nr. 298/2001, sunt indicate unele dintre elementele corporale: mărci, firme, embleme, brevete de invenții, vad comercial. Se poate afirma însă că enumerarea este incompletă și trebuie actualizată pentru a corespunde evoluției practicii comerciale. De asemenea, Legea Registrului Comerțului precizează elementele corporale care se vor înregistra în scopul publicității și al opozabilității față de terți: brevetele de invenții, mărcile de fabrică, de comerț și de serviciu, denumirile de origine, indicațiile de proveniență, firma, emblema și alte semne distinctive asupra cărora societatea comercială, regia autonomă, organizația cooperatistă sau comerciantul persoană fizică autorizată sau întreprindere individuală ori familială are un drept.

¹⁰ Michel de Juglart și Benjamin Ippolito, *Traité de droit commercial*, 4^{ème} édition, tome premier (Paris: Editura Montchrestien, 1998), 550-555.

¹¹ Octavian Căpățînă, „Clientela comercială,” *Revista de drept comercial* 5 (1998): 5.

¹² Yves Guyon, *Droit des affaires*, tome I, 10^{ème} édition (Paris: Economica, 1998), 715.

¹³ Stanciu D. Cârpenaru, *op. cit.*, 142.

Sub un pronunțat unghi juridic, clientela vizează „ansamblul de relații de afaceri, obișnuite sau ocazionale, care există sau sunt susceptibile să existe între public și titularul unei calități profesionale, rezultând din atracția conjugată a factorilor materiali și personali”¹⁴. Accentuând competențele și abilitățile comerciantului, autorii francezi percep clientela în sensul de posibilitate de a încheia contracte viitoare cu persoane nedeterminate¹⁵ sau de aptitudine de a atrage și de a valorifica un anumit număr de clienți¹⁶.

Comerțul contemporan înregistrează o evoluție semnificativă în sensul estompării factorului de ordin subiectiv, inerent personalității comerciantului, ca o condiție pentru captarea și păstrarea clientelei, pe măsura extinderii sistemului de vânzare în magazine universale cu patroni anonimi sau asociați într-o grupare societară¹⁷.

De o manieră abstractă, independent de persoanele care o compun, clientela poate fi prezentată ca o unitate de măsură, un volum sau o cifră de afaceri, având și o semnificație de ordin material. Deși este o masă de persoane neorganizată și variabilă, constituie o valoare economică, datorită relațiilor ce se stabilesc între titularul fondului de comerț și persoanele care își procură mărfurile și serviciile de la comerciantul respectiv¹⁸.

Deși legea nu conține o astfel de dispoziție, jurisprudența franceză consideră clientela element esențial al fondului de comerț¹⁹, condiție *sine qua non* a existenței acestuia și veritabilă valoare patrimonială. Mai mult, afirmația găsește suport și în rândul autorilor francezi, aceștia opinând în sensul că fondul de comerț nu este altceva decât dreptul la clientelă, absența acesteia semnificând absența întregului fond²⁰.

Această concepție a fost intens criticată, în viziunea modernă clientela fiind o calitate, dar nu un element esențial al fondului de comerț. Ea reprezintă scopul realizabil cu ajutorul unui anumit număr de „suporturi materiali” care constituie tot atâtea elemente necesare (dreptul la bail, emblema, materialele) sau instrumente de lucru. În această teză, fondul de comerț ar exista de când elementele sale sunt reunite, chiar în lipsa clientelei, și ar subzista, chiar dacă ar dispărea clientela, până la momentul în care ar fi lichidat²¹.

Din cauza complexității noțiunii și absenței unui fundament normativ, clientela formează obiectul unor intense și actuale dezbateri și în literatura noastră de specialitate. În privința relației dintre aceasta și fondul de comerț, amplificând controversa din doctrina franceză referitoare la menținerea caracterului de element esențial, s-a formulat teza potrivit căreia clientela nu se integrează în structura fondului de comerț²². Se apreciază că, în accepțiunea de grupare umană, clientela nu poate fi asimilată unui bun, deoarece nu aparține nimănui, fiind atrasă de comerciantul care îi oferă produsele și serviciile dorite. Fondul de comerț reprezintă doar un mijloc de creare și păstrare a clientelei, iar un argument considerat evident în acest sens este faptul că modificarea sa nu are drept consecință și transformarea corelativă a fondului.

¹⁴ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 4^{ème} édition (Paris: Presse Universitaires de France, 2003).

¹⁵ Georges Ripert și René Roblot, *Traité de droit commercial*, Tome I, 7e édition (Paris: Editura L.G.D.J., 1991), 430-435.

¹⁶ Michel de Juglart și Benjamin Ippolito, *op. cit.*, 551.

¹⁷ Monna-Lisa Belu Magdo, „Fondul de comerț (III). Clientela și vadul comercial,” *Revista de Drept comercial* 12 (2002): 65.

¹⁸ Stanciu D. Cârpenaru, *op. cit.*, 142.

¹⁹ În Decizia 673/15 iunie 1970, Curtea de Casație din Franța a statuat principiul necesității clientelei ca element esențial al fondului de comerț.

²⁰ Georges Ripert și René Roblot, *op. cit.*, 429.

²¹ Michel de Juglart și Benjamin Ippolito, *op. cit.*, 571.

²² Monna-Lisa Belu Magdo, *Drept comercial* (București: Editura H.G., 2003), 107; Ion Turcu, *Dreptul afacerilor* (Iași: Editura Fundației Chemarea, 1993), 237.

TIPURI DE CLIENTELĂ

Se disting mai multe tipuri de clientelă:

1. **Clientela angajată** sau așa-numit „organică” integrează persoanele care au încheiat un contract de aprovizionare cu un comerciant. În acest caz, clientela este atașată furnizorului printr-o stabilă relație juridică.

2. **Clientela atrasă** desemnează consumatorii ce se adresează comerciantului în mod constant, în considerația calităților sale, și independent de existența unor obligații rezultate din acte juridice. Practic, se referă la clienții fideli, uniți printr-o legătură afectivă de comerciant.

3. **Clientela derivată** constituie efectul apariției și extinderii marilor centre comerciale. Multitudinea și varietatea afacerilor (magazine, cinematografe, restaurante, saloane de înfrumusețare), aflate în același spațiu, captivează publicul, fără a se putea stabili însă cu siguranță clientela fiecăreia. Unii dintre comercianți beneficiază de consumatori mai mult datorită locului unde își desfășoară activitatea și mai puțin grație competențelor proprii sau calităților produselor (de ex., persoanele ce doresc să vizioneze un film vor cumpăra băuturi răcoritoare de la un magazin aflat în vecinătatea cinematografului, chiar dacă, de obicei, nu se aprovizionează de la acesta, clientela magazinului derivând astfel din cea a cinematografului).

Invocând caracterul personal al clientelei, jurisprudența franceză a refuzat recunoașterea unei clientele proprii bufetelor amplasate în gări, proclamând-o proprietatea căilor ferate. Acest raționament a fost aplicat și barurilor sau restaurantelor instalate în interiorul unui club de golf, unei săli de spectacol, unui aeroport, unui teren de sport sau de curse. De asemenea, a fost transpus identic pentru comerțul situat în galeriile de artă sau interiorul centrelor comerciale. S-a admis totuși, în cazul magazinelor colective, apartenența clientelei în egală măsură tuturor celor care își exploatează comerțul în locul respectiv²³.

4. **Clientela ocazională**, lipsită de stabilitate, este compusă din persoanele care se adresează întâmplător unor comercianți (restaurante, benzinării).

CARACTERISTICILE CLIENTELEI

Pentru a rentabiliza activitatea comercială, clientela trebuie să fie actuală (reală și sigură), nu potențială sau ipotetică. În afara acestor cerințe, doctrina precizează și alte caracteristici ale clientelei: să fie licită, comercială și personală.

a) Licitatea este consecința firească a cerinței identice în materia actelor de comerț. În scopul ocrotirii unor interese generale ale societății, este interzisă exercitarea pe baza liberei inițiative a unor activități ce constituie infracțiuni sau contravin ordinii publice, bunelor moravuri, dispozițiilor legale imperative (ex.: fabricarea și comercializarea drogurilor). Încălcarea acestor norme are repercusiuni și asupra eventualei clientele, aceasta neputându-se bucura de protecție juridică.

b) Comercialitatea. Pentru a avea caracter comercial, clientela trebuie să reflecteze efortul comun al elementelor unui fond de comerț pe care comerciantul îl afectează exercitării activității sale. În același scop, este necesar ca raporturile dintre clienți și comercianți să decurgă din încheierea unor operațiuni considerate de lege fapte de comerț.

Aceste condiții diferențiază clientela comercială de cea civilă, polarizată de persoanele ce exercită profesii liberale (avocați, medici). În acest caz, primează aptitudinile, experiența, talentul profesional, ce conferă valoare consultațiilor, serviciilor, prestațiilor, oferite sub amprenta inconfundabilă și exclusivă a autorului²⁴. De aceea, spre deosebire de cea comercială, clientela civilă nu este susceptibilă de a fi evaluată în bani²⁵. Totuși, aceasta poate fi cedată printr-un artificiu tehnic, cel ce exercită profesiunea liberală fiind remunerat pentru prezentarea succesului său clienților²⁶.

²³ Smaranda Angheni, Magda Volonciu, Camelia Stoica, *Drept comercial*, Ediția 4 (București: Editura ALL Beck, 2008), 58.

²⁴ Octavian Căpățînă, *Clientela...*, 8.

²⁵ Printr-o importantă decizie din 7 noiembrie 2000, instanța supremă franceză s-a pronunțat în favoarea recunoașterii caracterului patrimonial și în cazul clientelei civile, validând cesiunea acesteia.

²⁶ Barthélemy Mercadal și Patrice Macqueron, *Le droit des affaires en France* (Paris: Editura Francis Lefebvre, 1997), 364.

c) Autonomia. Conform concepției clasice a unicității juridice a apartenenței clientelei, fondul de comerț nu poate avea efectiv decât un singur titular. Clientela trebuie să fie personală, să aparțină comerciantului care administrează fondul. Această cerință este mai dificil de îndeplinit sub aspect practic decât juridic, deoarece, în anumite situații, chiar dacă existența clientelei este incontestabilă, atașamentul ei este nesigur. Clientela comună apare în cadrul rețelelor de distribuție, de concesiune sau al francizei, iar în scopul determinării titularului acesteia, este necesar să se identifice întâi fundamentul său.

În cazul francizei, s-au exprimat două puncte de vedere. Primul apelează la criteriul elementului preponderent în atragerea clientelei și susține că, din perspectiva circumstanțelor de fapt, nici amplasarea, nici calitățile comerciantului, nu pot juca acest rol. În schimb, marca sub care este exploatată franciza reprezintă principalul factor polarizant și, din această rațiune, proprietar al fondului trebuie recunoscut francizorul. Punctul de vedere contrar admite că, pe plan național, clientela este atașată de notorietatea mărcii francizorului, dar cea locală nu există decât datorită activității francizatului și aparține acestuia.

Rețeaua de distribuție este o formă nouă de comerț, consecință principală a impactului publicitar pe care îl poate crea o marcă în societatea de consum. Asigurarea unei clientele de la debutul activității lor determină comercianții să depună un important drept de intrare și o substanțială redevență anuală societății ce organizează rețeaua. Totuși, a fost exprimată și părerea conform căreia clientela ar aparține organizatorului, întrucât a format-o anterior constituirii rețelei.

NATURA JURIDICĂ A DREPTULUI ASUPRA CLIENTELEI

Primând libertatea individuală, titularul unui fond de comerț nu deține nicio modalitate legală de a conserva clientela împotriva voinței acesteia. Spre deosebire de situația celorlalte elementelor corporale, comerciantul nu dispune de un drept de proprietate exclusivă („drept de clientelă”), întrucât nu deține monopol asupra clientelei și este permanent expus riscului ca aceasta să îl abandoneze. Totuși, se acceptă existența unui drept incorporal și, corelativ, instituirea unei duble obligații. Pe de o parte, se confirmă posibilitatea comerciantului de a-l apăra împotriva concurenților săi, cărora le revine obligația de a nu acapara agresiv clientela, ci doar prin mijloace licite și loiale (publicitatea sau tehnicile de marketing). Cea de-a doua obligație, de a nu face concurență cumpărătorului, incumbă vânzătorului fondului de comerț.

Întrucât clientela este strâns legată de fondul de comerț, nu poate fi transmisă decât odată cu acesta²⁷. Se poate imagina însă și un context în care să fie înstrăinată separat. Astfel, dacă se vinde doar localul și dobânditorul menține destinația inițială, este posibil ca, neinformată despre schimbare, clientela vânzătorului să continue să îl frecventeze, chiar dacă localul aparține în prezent fondului de comerț al cumpărătorului.

VADUL COMERCIAL

Clientela se află într-o relație de interdependență cu vadul comercial, fiind efectul capacității de atracție a acestuia. Din considerentul enunțat, o parte a doctrinei se opune diferențierii între cele două.

Cei ostili concepției dualiste nu recunosc niciun conținut particular termenului de vad comercial prin raportare la cel de clientelă, considerându-l redundant. În această percepție, s-a afirmat că, juridic, scindarea lor nu implică nicio consecință specifică, deoarece vadul comercial este doar o formă de clientelă²⁸. Concret, se pune semnul egalității între noțiunea de vad comercial și cea de clientelă ocazională²⁹. Sub acest aspect, persoanele care intră accidental sau ocazional într-un magazin datorită situației sale favorabile, și nu pentru calitățile comerciantului, reprezintă

²⁷ În sensul vânzării separate a clientelei, ca bun mobil incorporal, distinct, cu o existență proprie, I. L. Georgescu, *Drept comercial român. Teoria generală a obligațiilor comerciale. Probele. Contractul de vânzare-cumpărare comercială*. (București: Editura Lumina Lex, 1994), 166.

²⁸ Michel de Juglart și Benjamin Ippolito, *op. cit.*, 552.

²⁹ Yves Guyon, *op. cit.*, 715.

vadul comercial. Localizarea nu constituie o cerință obligatorie, deoarece și un comerciant ambulant poate să își formeze pe itinerariul său o clientelă ocazională.

Viziunea divergentă se pronunță în favoarea unei distincții între clientelă, care este constituită dintr-un ansamblu de persoane atrase de calitățile unui comerciant (ospitalitate, competență, corectitudine), și vadul comercial, care reprezintă ansamblul persoanelor atrase de localizarea fondului (situat pe traseul obișnuit sau pe o arteră comercială). În această accepțiune, vadul comercial este anexat factorilor obiectivi ai situării întreprinderii, pe când clientela este atașată factorilor subiectivi ai activității comerciantului.

În literatura noastră de specialitate, vadul comercial este definit ca aptitudinea, capacitatea fondului de comerț de a atrage clientela, datorită unor multipli factori care particularizează activitatea fiecărui comerciant³⁰. Această orientare ilustrează scopul fundamental al elementelor fondului, polarizarea și consolidarea unei clientele stabile, vadul comercial fiind unul dintre instrumentele prin care acest obiectiv se poate realiza.

Potențialul atractiv al vadului comercial este determinat de o serie de circumstanțe:

- pentru amplasamentul fondului de comerț, este obligatoriu să se aibă în vedere traficul pietonal³¹, proximitatea³² și specificul³³ zonei, notorietatea, mobilarea și utilarea corespunzătoare a spațiului respectiv;
- în privința produselor și serviciilor oferite, calitatea, prețul, sortimentele³⁴, stilul de prezentare/ambalare, trebuie să răspundă exigențelor și așteptărilor clienților;
- competență, ospitalitate, probitate, condescendență, sunt doar câteva dintre calitățile necesare personalului comerciantului.

CLIENTELA VIRTUALĂ ȘI VADUL COMERCIAL ELECTRONIC

Exigențele tehnicilor moderne de comercializare au impus, pe bună dreptate, uniformizarea regulilor aplicabile întreprinderii (în sens fizic), și magazinelor virtuale/electronice. Acestea sunt similare unui showroom: persoanele interesate le accesează, vizualizează imagini, se informează în legătură cu produsele oferite. Dacă se decid să cumpere, există un „coș virtual” în care își „depozitează” achizițiile. Etapa următoare este finalizarea comenzii și încheierea tranzacției între magazin și client, plata efectuându-se în modalitățile convenite.

În cazul magazinelor online, existența clientelei este indiscutabilă, iar dimensiunea acesteia poate fi raportată cu un plus de facilitate și precizie față de activitatea comercială clasică. În practică, toate magazinele virtuale dispun de un site de statistici destinat contabilizării persoanelor ce le-au vizitat, astfel că se permite determinarea cu exactitate a clientelei.

Vadul comercial este practic nelimitat, întrucât magazinul electronic poate fi accesat comod oriunde pe mapamond, fiind necesară doar o conexiune la internet.

CONCLUZII

În pofida diversității și variabilității, elementele fondului de comerț au un punct comun, fiind reunite de un scop unic: atragerea, menținerea și extinderea clientelei, și, implicit, obținerea de profit. Unitatea este rezultatul voinței comerciantului care le exploatează în condiții de competitivitate și rentabilitate, caracterul de bun omogen al fondului de comerț neafectând individualitatea componentelor. Este adevărat ca anumite elemente pot fi înstrăinate numai

³⁰ Romul Petru Vonica, *Drept comercial. Partea generală* (București: Editura Lumina Lex, 2000), 871.

³¹ Existența stației unui mijloc de transport în comun în proximitate reprezintă un avantaj suplimentar, mărind numărul persoanelor ce trec prin fața spațiului respectiv.

³² De regulă, magazinele care comercializează materiale pentru construcții și amenajări interioare se află situate în vecinătatea celor ce vând instalații sanitare sau alte produse și accesorii utile într-o locuință.

³³ O parfumerie de lux nu va amplasa niciodată un magazin într-o zonă periferică, unde puterea de cumpărare este scăzută; la fel, un retailer de produse de menaj va evita arterele centrale.

³⁴ Nu este rentabilă deschiderea unui aprozar într-o comunitate de producători agricoli.

împreună cu fondul, dar această condiționare nu le poate conferi statutul de determinant pentru însăși continuitatea acestuia. În aceste circumstanțe, se conturează o dublă calitate a clientelei, de element și scop fundamental al fondului de comerț.

În principiu, clientela este personală, aparține comerciantului care exploatează fondul de comerț. Dificultăți apar în cazul rețelelor de distribuție, doctrinei și jurisprudenței nelipsindu-le argumentele pro sau contra francizatului sau concesionarului, prin raportare la francizor sau concedent. Aceasta este rațiunea pentru care examinarea clientelei și a implicațiilor sale în tehnica rețelelor de distribuție prezintă un interes major, eventuala recunoaștere a unei apartenențe comune provocând alte întrebări.

Internetul și comerțul electronic cunosc o dezvoltare importantă în ultimii ani, reprezentând forma cea mai dinamică și desăvârșită a distribuției de produse sau servicii. În același timp, este vorba despre un instrument excelent pus la dispoziția comercianților, care pot găsi un interesant paliativ la contractele cotidiene, uneori dificil de perfectat. Se observă apariția unei noi categorii de comercianți, „e-comercianți”, care, alături de clientela virtuală și vadul comercial electronic, reprezintă sursa unor noi și interesante cercetări.

Bibliografie

1. Angheni Smaranda, Magda Volonciu și Camelia Stoica. *Drept comercial*, Ediția 4. București: Editura ALL Beck, 2008.
2. Beleiu Gheorghe. *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ediția a 6-a revizuită și adăugită de M. Nicolae și P. Trușcă. București: Editura Șansa SRL, 2000.
3. Belu Magdo Monna-Lisa. *Drept comercial*. București: Editura H.G., 2003.
4. Belu Magdo Monna-Lisa. „Fondul de comerț (III). Clientela și vadul comercial.” *Revista de Drept comercial* 12 (2002).
5. Căpățînă Octavian. „Clientela comercială.” *Revista de drept comercial* 5 (1998).
6. Căpățînă Octavian. *Dreptul concurenței comerciale – partea generală*. București: Editura Lumina Lex, 1998.
7. Cărpenaru, Stanciu D. *Tratat de drept comercial român*. București: Editura Universul Juridic, 2009.
8. Cornu Gérard. *Vocabulaire juridique*, 4^{ème} édition. Paris: Presse Universitaires de France, 2003.
9. Georgescu, I. L. *Drept comercial român*, vol. I. București: Editura C. H. Beck, 2002.
10. Georgescu, I. L. *Drept comercial român. Teoria generală a obligațiilor comerciale. Probele. Contractul de vânzare-cumpărare comercială*. București: Editura Lumina Lex, 1994.
11. Guyon Yves. *Droit des affaires*, tome I, 10^{ème} édition. Paris: Economica, 1998.
12. Juglart Michel de și Benjamin Ippolito. *Traité de droit commercial*, 4^{ème} édition, tome premier. Paris: Editura Montchrestien, 1998.
13. Mercadal Barthélemy și Patrice Macqueron. *Le droit des affaires en France*. Paris: Editura Francis Lefèbvre, 1997.
14. Poruțiu, Petre. *Tratat de drept comercial*, vol. I. Cluj: Editura Universității, 1946.
15. Ripert Georges și René Roblot. *Traité de droit commercial*, Tome I, 7^e édition. Paris: Editura L.G.D.J., 1991.
16. Stoeanovici, Constantin. *Vadul comercial*. București, 1924.
17. Turcu Ion. *Dreptul afacerilor*. Iași: Editura Fundației Chemarea, 1993.
18. Vonica Romul Petru. *Drept comercial. Partea generală*. București: Editura Lumina Lex, 2000.

THE ENVIRONMENT AND THE PRIVATE PROPERTY

MOCANU LIVIA¹

Abstract:

*The relation between the private property right and the environment knows a special significance within the current special concerns to protect the environment, in the interest of the present and future generations. Certainly, private property is and must be involved in the environment protection. The latter gives a special orientation towards the conception on assets as subjects of property law, assets which must be used in a new manner and in the interest of protecting the environment. Thus, a new model of environmental protection is created and it is based on the institution of the right to property, and this is what we aim at approaching in the present study. Structured on four chapters, it will approach the following aspects: a history of nature appropriation by man, *res nullius* and *res communis*, special legal servitudes, private property – guardian of a healthy environment.*

Key words: *general interest, limitations, co-interest, owner, sustainable development.*

1. Introduction

Both concepts, the environment and the private property are centered on man in his double hypostasis of holder of the fundamental right to a healthy environment and holder of the right to private property. The relation between individual and property also involves a relation between individual and the environment, both, actually, more complex than described in the strictly technical, economical or juridical approaches. In the present study we aim at determining the place and part of private property in the relation man and nature, a relation characterized more and more by the megalomaniac attitude of man as „master and owner of the Universe”.² A fundamental right of man, as such stated not only in the national constitutions, but also in the international documents, the right to property is a warrant of modern freedom. Regardless of its dimensions, the private property is a condition and a source of individuality and freedom, the more powerful stimulus of human activity, eventually directed towards achieving general welfare. Stated, as well, at the highest level³, the fundamental right to a healthy environment involves the obligation to protect and improve the environmental conditions. This ecological dimension exercises a certain pressure on property, invoked in its turn to serve the imperative of environmental protection, in the interest of the present and future generations. The importance of our study lies in the fact of determining the new configurations that the attributes of private property law – *usus*, *fructus* and *abusus* – acquire for the purpose of insuring the environment protection and building new relations between man and nature. We are talking about a real reconciliation between private and general interests. The theme is actual and justified, as long as the right to private property is warranted and protected both at national and international level. At the same time, the process of restituting real estate property in the ex-communist countries represents an act of reparation that the deprived owners waited for a long time they were able to enjoy again, and fully, the exercise of the private property right on the respective assets. Or, the accomplishment of the generations’ desideratum, of re-earning property ,and at the same time, the

¹ "Valahia" University of Târgoviște, Faculty of Juridical, Social and Political Sciences, mocanulivia@yahoo.com

² Toma George Miorescu, *Îmblânzirea fiarei din om sau Ecosofia*, 3rd Edition – reviewed and completed, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 2002, p.285.

³ More than being stated in many international documents, this right is stated in the constitutions of many countries. By regulation art. 35 of the Romanian Constitution, man’s right to a healthy environment became a fundamental right in our juridical system as well.

freedom of action, cannot ignore the awareness of the dangers existing, which requires a new responsibility and solidarity inter and intra generations. That is way the content and spread of the powers conferred by the absolute character of the property right are and will be regulated, and is, consequently, limited. By its structure and content the paper is in accordance not only with the theoretical demands of the issue, but also with the consideration of the practical activity relations and the consequences of pollution. Also, it follows the line of some stronger doctrinarian concerns, both legislative and jurisprudential, in the sense of configuring a protection model for the environment, based on property right, thus as to make the individual's attachment to property achieve an ecological dimension as well.

2. The environment and the private property

2.1. A history of nature appropriation by man

The institution of property played a huge part in the history of human kind. The relation of man with the environment is difficultly conceived without considering private property. The Bible, in the Book of Genesis⁴, offers us the first model of property, because: God gave the first people the right to possess all water, ground and sky creatures, and the grass and fruit-trees, to ensure its existence. Initially known under the form of a possession of assets, property started in the collective form in its conceptual judicial meaning. This was rapidly caught by private property, which represented an appropriation of the assets commonly possessed until then. Circumscribed to the idea of „power”, the right to property was characterized by the Roman attorneys as *plena in re potestas*, which is the absolute and exclusive possession of a thing⁵. Long before its averment as a fundamental right, the property was aiming at both present and future generations, the restrictions imposed to the private property right in different historical eras for the purpose of defending the common patrimony from being supra-exploited.

Inspired by a liberal and individualist ideal, the Revolution of 1789 will raise the private appropriation of nature to a unique model: in the terms of the Declaration of the rights of man and of the citizen (26th August 1789), the right to property is inviolable and sacred.

According to the notes of a famous author: „This movement of the property right involves all things natural or manufactured, alive or not, corporal or non-corporal”.⁶ It does not spare nature at all. Nature which: „all tends to take care of man's happiness whose authority spreads all over the earth and who can appropriate all products”.⁷ Thus, nature becomes a law subject and man, as holder of the property right, a real right par excellence, becomes the absolute owner of that thing, thanks to the famous statement in article 480 of the Civil Code (art. 554 C. civ. fr.): „Property is the right that someone has to enjoy and dispose of something exclusively and absolutely, but within the limits determined by the law”. *Usus, fructus* and *abusus* signify not just the use of his asset, not just picking up the fruit, the crops in the field, the estate rentals, but also to abuse it. Meaning that, he can deprive himself of the thing, juridical, by donation, sale or transfer, and even, physically: man has the right to destroy it. „Burn it, throw it, and kill it: by annihilating his asset, from now on unavailable to anyone, the owner exercises his ownership in the most absolute manner”⁸. Like the French Civil Code, the Romanian Civil Code sought to classify all the elements of nature, by turning them into assets, commercial values: for instance, the animals affected at culture, the pigeons in the lofts, the rabbits, the fish in the ponds, the hives in the swarms are all „real estate assets by destination”(art. 468).

⁴ Flavius A. Baias, Bogdan Dumitrache, Marian Nicolae, *Regimul juridic al imobilelor preluate abuziv, Legea nr. 10/2001 comentată și adnotată*, vol. I, ROSETTI Publishing House, Bucharest, 2001, p. 9.

⁵ For more details see, Vladimir Hanga, Mircea Dan Bocsan, *Curs de drept privat roman*, 2nd Edition Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2006, p. 167- 168.

⁶ Agathe Van Lang, *Droit de l'environnement*, Thémis droit, PUF, Paris, 2002.

⁷ C. Linné, *L'équilibre de la nature*, Vrin, 1972, p. 121.

⁸ M. Rémond – Gouilloud, *Du droit de détruire*, p.12, apud Agathe Van Lang, *op.cit.*, p. 166.

2.2. *Res nullius* and *res communis*

Res nullius represents actual things without value and owner, like the fish and the wild animals, rain water and snow, flowers and mushrooms in the forest etc., being able to be appropriated by all subjects of the law. The notion reflects the idea of abundance, the indifference of law regarding these assets, considering the fact that we do not fear of ever lacking them. The qualification of *res nullius* originates directly from Roman law and it not based on any text of the law.⁹

As for *res communis*, they appear when penury or fear for penury appears. According to article 647 of the civil Code (art. 714 Fr. Civ. C.): „these are assets that belong to none and whose use is common to all. Police laws regulate the way we use them.” Traditionally, we consider among the common things the essential natural resources like air, water, sea, wind and light. Contrary to *res nullius*, the common things cannot be appropriated. For certain people, their quality of not being able to be appropriated is related to a state of fact: the consistence of these things makes their possession impossible with effective title. Some authors¹⁰, for instance, consider that these things are „actually impossible to appropriate „and are not elements *a priori* useful to be appropriated” but, „it is enough to wish to appropriate and the means for this to be achieved are offered”. This vision of the common things is contested by other authors. They show that, actually, the demand for a use that is ‘common to us all’ cannot be correctly accomplished unless none can have priority in access, and even exclusive, to use all these things, and the possibility of a private appropriation would contradict this demand¹¹. In addition, these „things are common by their nature, if not simply because they remain impossible to appropriate, considering their abundance. By becoming rare, they would not become appropriable though, despite this fact. On the contrary, it is exactly in such a case that the rejection of any private appropriation would prove indispensable!”¹² The use by man of such things, *res nullius* and *res communis*, to which we all have a virtual free access, still knows some limitations, as their existence depends on the existence and quality of the environment. If the use of these resources takes place against their reconstitution, be it by quantity or by the method used, ‘it becomes illegal: thus hunting must be stopped and fishing must be banned’.¹³ This is also valid for the *res communis* whose active use (for instance, the capture of solar and wind energy), as well as passive (the simple fact of enjoying these natural goods) must observe some rules. The common thing must not be damaged, and exhausted. The user must make sure the future owners of the common thing will be able to profit of it in its full integrity. At the same time, the use must not bother the other users of the common thing. Pollution is one of the most obvious forms of resource degradation and the abuse showed in using the natural elements of the environment – water, air, soil etc. – is linked to a factual feature of the common thing and makes them become improper to other legitimate uses. Gradually, polluters are no longer satisfied with using the environment goods; they also dispose of them, fact which leads to conflicts of use. According to some authors, the interest of the notion comes from the fact that it allows us, by the rule of non-appropriation, to face use conflicts of the environment elements, probably better than the notion of general interest could have done it.¹⁴

⁹ Emil Molcuț, *Drept privat roman*. Reviewed and enlarged edition, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2004, p.128; Vladimir Hanga, Mircea Dan Bocșan, *op.cit.*, p. 188.

¹⁰ F. Zénati, *Les biens*, PUF, „Droit fondamental”, 1988, no. 19, apud Agathe Van Lang, *op.cit.*, p. 167.

¹¹ Agathe Van Lang, *op.cit.*, p. 167.

¹² A. Sériaux, La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir, în *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PU d’Aix –Marseille, 1995, p. 23).

¹³ M. Rémond – Gouilloud, Ressources naturelles et choses sans maître, în *L’homme, la nature et le droit*, p. 219 apud Agathe Van Lang, *op.cit.*, p.167.

¹⁴ C. de Klemm, G. Martin, M. Prieur, J. Untermaier, Les qualifications des éléments de l’environnement, în *L’écologie et la loi, le statut juridique de l’environnement*, A. Kiss (dir.), L’Harmattan, 1989, p. 53.

2.3. Special legal servitudes

Important international documents state the right to private property. At the same time they represent sources for the limitations brought to this right. Thus, art. 1 paragraph 1, second thesis of Protocol no. 1 to the European Convention of human rights regulates *deprivation/dispossession* of property for public use, within the conditions stipulated by the law and the principles of public international law. The text considers depriving the holder of the object and attributes of property right and the transfer of this right into the state patrimony.

In line 7 al art. 44 of the Romanian Constitution entitled *The right to private property*, one stipulates that: „The right to property forces us to obey the duties regarding the environment protection and to provide good neighborhood, as well as to obey the other duties which, according to law or tradition, rest with the owner”. According to these dispositions, the right to private property gets new meanings when it comes to the holder’s obligation to protect the environment. He is servient, and it is an international servitude¹⁵ of public utility, meant to substantiate the authorities’ intervention towards the limitation of the private property right, from the perspective of the public interest to protect the environment.

Besides, in art. 35, the fundamental law states man’s right to a healthy environment and the correlative obligation: „Natural and juridical entities have the duty to protect and improve the environment”(art. 35 line. 3).

Within such a context, many intern and international regulations recognize the importance and general interest of the environment protection, considered by some authors as a „primordial concept”, such reflected in the law.¹⁶

Thus, G.U.O. no. 195/2005¹⁷ qualifies the environment protection as „a major objective of public interest”.

Consequently, the requirements of the environment protection entail the development of all activities and represent an obligation of all natural and juridical entities. A question is asked more and more acutely: what is of priority: *to be* or *to have*? The private appropriation must not attempt to the right to enjoy the environmental elements and this right of all of us to a healthy environment plays the part of a dam against the derivatives of private appropriation: it invests the public authorities with the mission to protect the environment in the name of general interest. Thus, the interest of private owners is eclipsed before that of the collectivity by limitations to their freedom to use, which takes the form of *public utility servitudes*.¹⁸

Among these, we notice a few examples.

Along with the already mentioned constitutional dispositions, regulations that are more specific to environmental law, limit in a variable measure the prerogatives of private owners. Thus, Law no. 422/2001¹⁹ regarding the protection of historical monuments, modified and enlarged by Law no. 259/2006²⁰, republished²¹, has a pronounced character of protection and preservation, for the purpose of valuing their significances and transmitting them to the next generations.

To protect historical monuments the law institutes two procedures, *records and classification*. Simultaneously with classifying the respective real estate asset, we achieve the delimitation and institution of the *protection area*. According to law, in the protection area, one

¹⁵ Mircea Duțu, *Tratat de dreptul mediului*, 3rd Edition, C.H. Beck Publishing House, Bucharest, 2007, p. 322.

¹⁶ Al. Kiss, D. Shelton, *Traité de droit européen de l’environnement*, Edition Frison – Roche, Paris, 1995, p. 40 ; Al. Kiss, J-P. Beurrier, *Droit international de l’environnement*, 2-e edition, éditions Pedone, Paris, 2004, p. 51.

¹⁷ Published in the Off. G. no. 1196 of 30th December 2005.

¹⁸ On this concept, see, more detailed, Laura – Maria Crăciunean, *Limitele dreptului de proprietate privată imobiliară*, Wolters Kluwer Publishing House, Bucharest, 2009, pp. 159 – 167.

¹⁹ Published in the Off. G. no. 407 of 2 May 2001.

²⁰ Published in the Off. G. no. 573 of 2 May 2006.

²¹ Off. G. no. 938 of 20 November 2006.

can institute public utility servitudes and special regulations to build according to the urbanism plans and regulations. We are talking about a real servitude which is attached to the stock (land stock). The real estate asset is classified by order of the ministry of culture and cults which is published in the Official Gazette of Romania, part I. The position of historical monument of the asset is registered by the owner, free of tax, in the land registry within 30 days from the date of publishing the classification order. Based on this order, the owner is noticed about the document in which the use conditions and rules or use and maintenance of the respective real estate asset are stated and the name of the order is „The obligation regarding the use of the historical monument”, which accompanies the property, transfer or rental documents all along the existence of the real estate in question.

The obligation regarding the use of the asset declared historical monument is servitude constituted to serve it and will be registered by the owner in the land book.

In this way, one can limit the powers of the private owner, as the classification document can define a special regime, and if applicable, it can ban any action capable of damaging.

The historical monuments, property of natural or juridical entities of private law can be transferred while observing the preemption right of the state. If not, the sale is sanctioned by absolute nullity. In the transfer, lease, rental documents, etc. one will mention the quality of historical documents of the real estates and the obligation to protect them according to law.

According to law, in order to protect historical monuments, one can proceed, in extreme cases, to their movement.

In its turn, the juridical regime regarding the protection of the national cultural patrimony, established by Law no. 182/2000,²² regulates the typical protection activities. According to the dispositions of [art. 2 line (2)] of the law, the exercise of the property right and of other real rights, as well as the right to administrate an asset of the national movable cultural patrimony is made according to a specific juridical regime. According to law, the movable cultural assets can be private or public property of the state or of the administrative-territorial units or private property of natural and juridical entities of private law. Based on the same dispositions, the right to property knows certain limitations, the most frequent under the form of servitudes and under the form of stating the preemption right of the state. And the current Forest code, adopted by Law no. 46/2008,²³ states the fact that the preemption right of the state to buy forests which form enclaves in the state stock of wood and border them, for the same price and within equal conditions [art. 45 line (5)]. These stipulations are included in Chapter IV of the law, named *Ensuring the integrity of the national stock of wood* where one can also find a disposition of interest to us and this is the one stated in the second line of article 34 which stipulates that: „Forest property cannot be divided under the limit of 1 ha”. In case one opens an inheritance and, due to the great number of heirs, these dispositions can be violated, the law stipulated that: „the heritage is constituted in favor of a/heir/some/heirs at the minimum level stipulated...while that/those in favor of whom the heritage was constituted must pay a compensation”[art. 34 line (3)].

Also, the framework law²⁴ in the domain of water protection sets a protection, preservation, improvement regime for the quality and use of water resources, regardless of the property form. The normative document regulates a servitude right granted to the Autonomous Department „Romanian Waters”, opposable erga omnes, temporary in principle, with the possibility of transforming it into a permanent servitude, by expropriation in the conditions of the law (art. 29).

²² Published in the Of. G. no. 530 of 27 October 2000, Law no. 182/2000 was modified and enlarged by Law no. 488/2006.

²³ Published in the Of. G. no. 238 of 27 March 2008

²⁴ Law no. 107/1996, published in the Off. G. no. 244 of 8 October 1996, with the last modifications brought by the G. U. O. no. 12/2007.

2.4. Expropriation for the purpose of public utility

Another juridical mean used to protect the natural spaces damaged is the expropriation for the purpose of public utility, as a way for a public appropriation of such spaces. Thus, the regime of soil protection in internal law states the institution of the improvement perimeters which comprise degraded and polluted land, in order to re-establish the production capacity for the agricultural and forest cultures. According to the dispositions of Law no. 18/1991, land owners must offer their land in the improvement perimeter, while keeping their property right [art. 83 line (1)]. The land inclusion in the category of the above mentioned can only be achieved with the owner's agreement. If the owner does not agree, the town hall will send motivated proposals to the prefecture, and the prefecture will decide upon the matter. If it decides to include the land in the improvement perimeter, the owner will receive a corresponding land surface to use, during the entire period of the improvement work. In case the state hasn't got a similar piece of land available in the respective place and the owner does not accept to receive another piece of land far away, one will apply to the expropriation procedure for public utility cause, which is stipulated by Law no. 33/1994.²⁵

Just like the preemption right, expropriation is the expression of the prerogatives of public power: they both contradict the general interest of private owners, who see themselves deprived of their good without consenting.

In such cases, the environment protection is a cause of public utility, which justifies the appeal to expropriation. One will consider that the legitimacy of such a measure is conditioned by the existence of a way to satisfy the environment protection, while maintaining the right to private property. In real cases, the judge can realize whether the environment protection justifies the expropriation or if it is not possible to make it while maintaining the private property regime servient of the environment regulation.

In the reverse order, by the expropriation procedure, in order to make great investments, one may sometimes affect the environment and private property.

Although expropriation, contrary to other servitudes, involves the payment of a just and preliminary compensation, the defenders of the private property denounce the vices of public appropriation by the general interest servitudes and suggest re-valuing the right to property which is set up for guardian of the environment.²⁶

Thus, referring to the limits imposed to the right of private property and in the domain of environmental protection, one will face two limits to the exercise of this right— deprivation of property for reason of public utility and regulation of exercising this right according to the general interest – and a jurisprudential limitation given by „affecting the substance of the law”, in other words: „the owner is not deprived of his right or, the limitation concerns the exercise of the property attributes; even if we are talking about ensuring the achievement of a general interest, one must not empty of content the good owner's right”.²⁷

2.5. Private property – guardian of the environment

The multiplication and amplitude without precedent of the attempts suffered by the environment, especially because of social and industrial development, determined a criticism of property right, assessed as the „right to destroy”. There are authors who identify „the cultural source of pollution” in property law as „property ends in destruction”.²⁸

For a few decades, neo-liberal theoreticians strive to demonstrate that private property holds an ecological position and is not, by itself, a source of environmental degradation. By invoking Aristotle who, in their opinion, had already predicted the relation between the right to property and the quality of the environment, when he noted that „what is common to the greatest extent is

²⁵ See, Law of the land stock no. 18/1991 cu with its consequent modifications and enlargements.

²⁶ Agathe van Lang, *op.cit.*, p. 173.

²⁷ Corneliu Bârsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, All Beck Publishing House, Bucharest, 2005, p. 1003.

²⁸ Michel Serres, *Le contrat naturel*, Flammarion, 1992, apud Agathe van Lang, *op.cit.*, p. 168.

subject to the less attractive concerns. Man takes care mostly of what he owns and has the tendency to neglect what is common” (Politics, 3rd book, chap. 3) these authors try to rehabilitate the part of private property in preserving the environment.²⁹ Starting with the economists’ papers, one can state that the appropriation of environmental goods is an optimum.

Thus, private property is rapidly promoted as „guardian of nature”, based on the idea that the private owner has the interest to see his patrimony prospering, and so he tries to preserve and continue its quality as it represents a value to transmit.³⁰

From this moment on, a single solution imposes itself against attempts suffered by nature: the environment must become private. The environment will never be protected well enough, except in a society where „each tree and animal has an owner and consequently a protector”.³¹

These opinions express two tendencies: the public protection of the environment in the name of the general interest and the private possession of the environmental resources.

What they have in common is *reducing the environment to an object of law*, expression of an anthropocentric stream of thought, but as long as nature is reduced to the rank of object, we find ourselves in an ecological dead end.

Also in the Romanian speciality literature one promotes the conception which substantiates co-interest in the environment protection, on the owner’s conscience, at the same time emphasizing its great deficiency: „it gives absolute priority to the owner consciousness, without considering other elements which affect the environment protection”³².

As for us, one should remember that property is real rights giving the holder the ability to get all juridical profits it can give. Private property is related to a private patrimony, protects a private interest which is in permanent conflict to the general interest. Compared to nature, private property means appropriation, transformation, use. Compared to the protection of nature, private property means many obligations, interdictions and limitations. All these aim at the same attributes of the property right whose exercise is circumscribed to the general interest. Certainly, the environment protection changed the life of human kind threatened with destruction, because of our way of life until now. But, environmental protection is not just an attempt to the very essence of property, but also a renewal of the relations between man and nature which would allow in the end his deliverance, this time from the restraint of private property and from the conflict without solution opposing it to the general interest.

To protect the environment means to fight the causes, the sources of pollution or the owners’ tendency to ignore the features and importance of some goods (of nature) for the present and future generations which is a source of the environment damage.

3. Conclusions

Approaching the issue of the reconciliation between property and the environment within the current conditions of an obvious consolidation of the right to private property was a real challenge. In such a context, we started from the idea that property, as a sacred and inviolable right, insures its holder absolute and exclusive ownership over a good. Because natural resources and any other elements of the environment degrade continuously, a national administration is necessary and, in its turn, it involves limitations, interdictions, new obligations as duties of holders of private property right. Thus, private property becomes servient and, within certain conditions, it is affected in its existence. In such a context, we approached, in order to exemplify, environmental regulations by which servitudes of public interest are instituted, and it is regulated for the right to preemption or expropriation for reason of public utility. Although necessary, these measures must

²⁹ MM. M. Falque, *Introduction générale à la Conférence Droits de propriété et environnement*, Dalloz, „Thèmes et commentaires”, 1998 și G. Bramoullé, *L’appropriation des biens environnementaux*, în *Droit et environnement*, PU d’Aix-Marseille, 1995, apud Agathe van Lang, *op.cit.*, p. 173.

³⁰ J. de Malafosse, *Proprietatea, gardian al naturii*, *Mel Flour*, Paris, Repertoire Defresnois, 1979, p. 335.

³¹ Agathe van Lang, *op.cit.*, p. 175.

³² Ernest Lupan, *Tratat de dreptul protectiei mediului*, C.H.Beck Publishing House, Bucharest, 2009, p. 52-54.

consider the principle of proportionality. But, limited or not, restrained or not, can private property be a guardian of the environment? As shown, the doctrine fixed its attention on this aspect, too. Such an approach must take into consideration firstly, the concept of environment, but also what environmental pollution means and which are its implications. The paper expresses the idea according to which the private property must be aware that all the differences separating man from nature perfectly translate the current need to perfect the relation man-nature. We are talking today about a circumstantial and evolutionary property. Under the pressure of the economical and social development, the conception on property evolved itself, emphasizing the social function it is called to accomplish. But how much of this is reality or which is reality? We believe that future research must deepen this issue, as many aspects are waiting to be clarified. The theme rises sensible issues as private property knew, even in the last years, internally and internationally, multiple changes and many restraints thus, almost instinctively; some resistance is manifested to the idea of „civilization” and, in the end, of property, within the context of environmental protection requirements.

4. References:

Books:

- [1] Baias, Flavius A.; Dumitrache, Bogdan, and Nicolae Marian, *Regimul juridic al imobilelor preluate abuziv, Legea nr. 10/2001 comentată și adnotată*, vol. I, ROSETTI Publishing House, Bucharest, 2001.
- [2] Bârsan, Corneliu, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, All Beck Publishing House, Bucharest, 2005.
- [3] Crăciunean, Laura – Maria, *Limitele dreptului de proprietate privată imobiliară*, Wolters Kluwer Publishing House, Bucharest, 2009.
- [4] Duțu, Mircea, *Tratat de dreptul mediului*, 3rd Edition, C.H.Beck Publishing House, Bucharest, 2007.
- [5] Hanga, Vladimir, and Bocsan Mircea Dan, *Curs de drept privat roman*, 2nd Edition, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2006
- [6] Kiss, Al., and Shelton D., *Traité de droit européen de l'environnement*, Edition Frison – Roche, Paris, 1995.
- [7] Kiss, Al., and Beurier J-P., *Droit international de l'environnement*, 2-e edition, editions Pedone, Paris, 2004.
- [8] Klemm, C. de; Martin, G.; Prieur, M., and Untermaier, J., Les qualifications des éléments de l'environnement, în *L'écologie et la loi, le statut juridique de l'environnement*, A. Kiss (dir.), L'Harmattan, 1989.
- [9] Lang, Agathe Van, *Droit de l'environnement*, Thémis droit, PUF, Paris, 2002.
- [10] Linné, C., *L'équilibre de la nature*, Vrin, 1972.
- [11] Lupan, Ernest, *Tratat de dreptul protecției mediului*, C.H.Beck Publishing House, Bucharest, 2009.
- [12] Maiorescu, Toma George, *Îmblânzirea fiarei din om sau Ecosofia*, 3rd Edition – reviewed and completed, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 2002.
- [13] Malafosse, J. de, Proprietatea, gardian al naturii, *Mel Flour*, Paris, Repertoire Defresnois, 1979.
- [14] Molcuț, Emil, *Drept privat roman*. Reviewed and enlarged edition, Universul Juridic, Publishing House, Bucharest, 2004.
- [15] Sériaux, A., La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir, în *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PU d'Aix –Marseille, 1995.

MEDIUL ȘI PROPRIETATEA PRIVATĂ

MOCANU LIVIA¹

Abstract:

Raportul dintre dreptul de proprietate privată și mediul cunoaște o semnificație deosebită în contextul preocupărilor actuale deosebite de a proteja mediul în interesul generațiilor actuale și viitoare. În mod cert proprietatea privată este și trebuie implicată în protecția mediului. Aceasta din urmă imprimă o orientare specială în direcția concepției asupra bunurilor ca obiecte ale dreptului de proprietate, bunuri ce trebuie utilizate într-o manieră nouă și în interesul ocrotirii mediului. Se crează astfel un model nou de protecție a mediului bazat pe instituția dreptului de proprietate pe care ne propunem să îl abordăm în studiul de față. Structurat pe patru capitole el va aborda următoarele aspecte : un istoric al apropiierii naturii de către om, res nullius și res communis, servituți legale speciale, proprietatea privată – gardian al unui mediu sănătos.

Cuvinte cheie : interes general, limitări, cointeresare, proprietar, dezvoltare durabilă.

1. Introducere

Ambele noțiuni, mediul și proprietatea privată, au în centrul lor omul în dubla sa ipostază de titular al dreptului fundamental la un mediu sănătos și de titular al dreptului de proprietate privată. Relația dintre individ și proprietate o presupune pe aceea dintre individ și mediu ambele, în fapt, mult mai complexe decât o pot descrie abordările strict tehnice, economice sau juridice. În studiul de față ne propunem să determinăm locul și rolul proprietății private în relația dintre om și natură, o relație caracterizată din ce în ce mai mult de megalomanica atitudine a omului de „stăpân și proprietar al Universului”.² Drept fundamental al omului, consacrat ca atare nu numai în constituțiile naționale dar și în documentele internaționale, dreptul de proprietate este un garant al libertății moderne. Indiferent de dimensiunile sale proprietatea privată constituie o condiție și o sursă a individualității și libertății, stimulentele cel mai puternic al activității omenesti îndreptată într-un final spre realizarea binelui general. Consecrat, de asemenea la cel mai înalt nivel³, dreptul fundamental la un mediu sănătos presupune obligația de a proteja și îmbunătăți condițiile de mediu. Această dimensiune ecologică exercită o presiune asupra proprietății chemată la rândul ei să slujească imperativul protecției mediului în interesul generațiilor prezente și viitoare. Importanța studiului nostru rezidă în faptul determinării noilor configurații pe care atributele dreptului de proprietate privată – *usus, fructus și abusus* - le dobândesc în scopul asigurării protecției mediului și în clădirea unor noi raporturi între om și natură. Este vorba de o veritabilă reconciliere între interesele private și interesele generale. Tema este actuală și justificată în condițiile în care dreptul de proprietate privată este garantat și ocrotit atât la nivel național cât și internațional. Totodată, procesul restituirii proprietății imobiliare în fostele țări comuniste reprezintă un act de reparație pe care proprietarii deposedați l-au așteptat îndelung pentru a se putea bucura din nou, pe deplin, de exercițiul dreptului de proprietate privată asupra bunurilor respective. Ori, împlinirea dezideratului de generații, de a redobândi proprietatea și odată cu ea libertatea de acțiune, nu poate ignora conștientizarea pericolelor existente ce reclamă o nouă responsabilitate și o solidaritate inter si

¹ Universitatea "Valahia" din Târgoviște, Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice, mocanulivia@yahoo.com

² Toma George Maiorescu, *Îmblânzirea fiarei din om sau Ecosofia*, Ediția a III – a revăzută și completată, Editura Lumina Lex, București, 2002, p.285.

³ Pe lângă consacrarea în numeroase documente internaționale, acest drept este consacrat în constituțiile multor țări. Prin reglementarea art. 35 din Constituția României, dreptul omului la un mediu sănătos a devenit și în sistemul nostru juridic un drept fundamental.

intra generații. De aceea, cuprinsul și întinderea puterilor conferite de caracterul absolut al dreptului de proprietate sunt și vor fi reglementate, prin urmare îngrădite. Prin structură și conținut lucrarea este în concordanță cu cerințele teoretice ale problemei, dar și cu luarea în considerare a realităților activității practice și consecințelor poluării. De asemenea, ea se înscrie pe linia unor intense preocupări doctrinare, legislative și jurisprudențiale în sensul configurării unui model de protecție a mediului bazat pe dreptul de proprietate în sensul în care atașamentul individului față de proprietate trebuie să dobândească și o dimensiune ecologică.

2. Mediul și proprietatea privată

2.1. Un istoric al însușirii naturii de către om

Instituția proprietății a jucat un rol uriaș în istoria omenirii. Relația omului cu lumea înconjurătoare se concepe cu dificultate fără luarea în considerare a proprietății private. Biblia, în Cartea Facerii⁴, ne oferă primul model al proprietății căci: Dumnezeu le-a dat primilor oameni dreptul de a stăpâni peste viețuitoarele apei, pământului și cerului, peste iarba și pomii cu roade, pentru a-și asigura existența. Inițial cunoscută sub forma unei stăpâniri asupra bunurilor, proprietatea în sensul conceptual juridic, a debutat în forma colectivă. Aceasta a fost rapid ajunsă din urmă de proprietatea privată ce reprezenta o apropiere a bunurilor deținute până atunci în comun. Circumscrișii ideii de „putere”, dreptul de proprietate a fost caracterizat de juriștii romani ca o *plena in re potestas*, adică stăpânirea absolută și exclusivă a unui lucru⁵. Cu mult înainte de afirmarea sa ca drept fundamental, proprietatea viza atât generațiile prezente cât și cele viitoare, restricțiile impuse dreptului de proprietate privată în diferite epoci istorice având drept scop să apere interesele altor proprietari dar și să protejeze de supra-exploatare patrimoniul comun.

Inspirată de un ideal liberal și individualist, Revoluția din 1789 va ridica însușirea privată a naturii la un model unic: în termenii Declarației drepturilor omului și cetățeanului (26 august 1789), dreptul la proprietate este inviolabil și sacru.

După cum notează o reputată autoare: „Această mișcare de sacralizare a dreptului proprietății implică orice lucru, natural sau fabricat, viu sau nu, corporal sau ne-corporal”.⁶ Ea nu menajează deloc natura care: „toată tinde să aibă grijă de fericirea omului a cărui autoritate se întinde asupra întregului pământ și care-și poate însuși orice produs”.⁷ Natura devine astfel un obiect de drept iar omul, ca titular al dreptului de proprietate, drept real prin excelență, devine stăpânul absolut al lucrului, grație celebrei formule din articolul 480 al Codului Civil (art. 554 C. civ. fr.): „Proprietatea este dreptul ce are cineva de a se bucura și a dispune de un lucru în mod exclusiv și absolut, însă în limitele determinate de lege”. *Usus, fructus și abusus* semnifică nu doar să se folosească de bunul său, nu doar să culeagă fructele, recoltele de pe câmp, chiriiile imobilului, ci chiar să abuzeze de acesta. Adică poate să se priveze de lucru, din punct de vedere juridic, prin donație, vânzare sau cedare, și chiar fizic: omul are dreptul să-l distrugă. „Să-l ardă, să-l arunce, să-l ucidă: nimicindu-și bunul, lucrul său, de acum înainte indisponibil oricui, proprietarul își exercită stăpânirea în maniera cea mai absolută”.⁸ Asemeni Codului civil francez, Codul civil român s-a străduit să clasifice toate elementele naturii, transformându-le în bunuri, în valori comerciale: de exemplu, animalele afectate la cultura, porumbeii din porumbărie, iepurii de casă, peștele din iaz, stupii cu roi sunt „bunuri imobile prin destinație”(art. 468).

⁴ Flavius A. Baias, Bogdan Dumitrache, Marian Nicolae, *Regimul juridic al imobilelor preluate abuziv, Legea nr. 10/2001 comentată și adnotată*, vol. I, Editura ROSETTI, București, 2001, p. 9.

⁵ Pe larg a se vedea, Vladimir Hanga, Mircea Dan Bocsan, *Curs de drept privat roman*, Ediția a II –a, Editura Universul Juridic, București, 2006, p. 167- 168.

⁶ Agathe Van Lang, *Droit de l'environnement*, Thémis droit, PUF, Paris, 2002.

⁷ C. Linné, *L'équilibre de la nature*, Vrin, 1972, p. 121.

⁸ M. Rémond – Gouilloud, *Du droit de détruire*, p.12 apud Agathe Van Lang, *op.cit.*, p. 166.

2.2. Res nullius și res communis

Res nullius reprezintă lucruri actuale fără valoare și fără stăpân, cum ar fi peștele și vânatul sălbatic, apa de ploaie și zăpada, florile și ciupercile din pădure etc., putând fi însușite de orice subiect de drept. Noțiunea reflectă ideea de abundență, indiferența dreptului în privința acestor bunuri ținând de faptul că nu ne temem că acestea ne vor lipsi. Calificarea de *res nullius* provine direct din dreptul roman nefiind fondată pe nici-un text de lege.⁹

În ceea ce privește *res communis*, ele iau naștere odată cu penuria sau cu teama de penurie. În virtutea articolului 647 din Codul civil (art. 714 C.civ.fr.): „Sunt bunuri care nu aparțin nimănui și al căror uz este comun tuturor. Legi de poliție regulează felul întrebunțării lor.” În mod tradițional, avem în vedere printre lucrurile comune resursele naturale esențiale, precum aerul, apa, marea, vântul, lumina. Spre deosebire de *res nullius*, lucrurile comune nu pot fi însușite. Pentru anumite persoane, calitatea lor de a nu putea fi însușite ar ține de o stare de fapt: consistența acestor lucruri ar face imposibilă posesia lor cu titlu efectiv. Unii autori¹⁰, de exemplu, consideră că aceste lucruri sunt „în realitate imposibil de însușit „și nu sunt „elemente care sunt *a priori* util de a fi însușite” dar, „e de ajuns să se dorească însușirea și să i se ofere mijloacele pentru ca aceasta să se realizeze”. Această viziune a lucrurilor comune este contestată de alți autori. Se arată că, de fapt, cerința unei „folosiri comune tuturor” nu poate fi corect îndeplinită decât dacă nimeni nu poate avea un acces prioritar, chiar exclusiv, la folosirea acestor lucruri iar posibilitatea unei însușiri private ar contrazice această cerință¹¹. Mai mult, aceste „lucruri sunt comune prin însăși natura lor, dacă nu pur și simplu pentru că ele rămân de ne-însușit, ținând cont de abundența lor. Rarefierea lor nu le-ar face de însușit în ciuda acestui lucru. Din contră, tocmai într-un astfel de caz respingerea oricărei însușiri privative s-ar dovedi indispensabilă!”¹²

Utilizarea de către om a acestor lucruri, *res nullius* și *res communis*, la care accesul este în principiu liber, cunoaște însă anumite limite pentru că existența lor este dependentă de existența și calitatea mediului. Dacă utilizarea acestor resurse se face în detrimentul reconstituirii lor, fie prin cantitatea sa, fie prin metoda folosită, „aceasta devine nelegitimă: vânătoarea trebuie atunci oprită, pescuitul interzis”¹³. Acest lucru este valabil și pentru *res communis* a căror utilizare activă (de exemplu, captarea și utilizarea energiei solare și eoliene), ca și pasivă (simplul fapt de a se bucura de aceste bunuri naturale) trebuie să respecte anumite reguli. Lucrul comun nu trebuie degradat, epuizat. Utilizatorul trebuie să vegheze ca viitorii posesori ai lucrului comun să poată beneficia de acesta în deplina sa integritate. În același timp, folosirea nu trebuie să-i deranjeze pe ceilalți utilizatori ai lucrului comun. Poluarea constituie una din formele cele mai evidente de degradare a resursei iar abuzul manifestat în utilizarea elementelor naturale ale mediului – apa, aerul, solul etc. – este legat de o însușire de fapt a lucrului comun și face ca acestea să devină improprii altor folosiri legitime. Treptat, poluatorii nu se mai mulțumesc doar cu utilizarea bunurilor de mediu, ci dispun de acestea ceea ce determină apariția unor conflicte de folosire. După unii autori, interesul noțiunii rezidă din faptul că ea permite, prin regula ne-însușirii, să facem față conflictelor de folosire a elementelor de mediu, mai bine poate decât ar face-o noțiunea de interes general.¹⁴

⁹ Emil Molcuț, *Drept privat roman*. Editie revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2004, p.128; Vladimir Hanga, Mircea Dan Bocșan, *op.cit.*, p. 188.

¹⁰ F. Zénati, *Les biens*, PUF, „Droit fondamental”, 1988, nr. 19, apud Agathe Van Lang, *op.cit.*, p. 167.

¹¹ Agathe Van Lang, *op.cit.*, p. 167.

¹² A. Sériaux, La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir, în *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PU d’Aix –Marseille, 1995, p. 23.

¹³ M. Rémond – Gouilloud, Ressources naturelles et choses sans maître, în *L’homme, la nature et le droit*, p. 219 apud Agathe Van Lang, *op.cit.*, p.167.

¹⁴ C. de Klemm, G. Martin, M. Prieur, J. Untermaier, Les qualifications des éléments de l’environnement, în *L’écologie et la loi, le statut juridique de l’environnement*, A. Kiss (dir.), L’Harmattan, 1989, p. 53.

2.3. Servituți legale speciale

Importante documente internaționale consacra dreptul de proprietate privată. În același timp acestea constituie și surse pentru restrângerile aduse acestui drept. Astfel, art. 1 paragraful 1 teza a doua a Protocolului nr. 1 la Convenția europeană a drepturilor omului, reglementează *privarea/lipsirea* de proprietate pentru utilitate publică, în condițiile prevăzute de lege și de principiile dreptului internațional public. Textul are în vedere lipsirea titularului de obiectul și atribuțiile dreptului de proprietate și transferul acestui drept în patrimoniul statului.

În alineatul 7 al art. 44 din Constituția României, intitulat *Dreptul de proprietate privată*, se prevede că: „Dreptul de proprietate obligă la respectarea sarcinilor privind protecția mediului și asigurarea bunei-vecinătăți, precum și la respectarea celorlalte sarcini care, potrivit legii sau obiceiului, revin proprietarului”. Conform acestor dispoziții dreptul de proprietate privată capătă noi semnificații în raport de obligația titularului sau de a proteja mediul. El este grevat de o servitute constituțională¹⁵, de utilitate publică, menită să fundamenteze intervenția autorităților în direcția limitării dreptului de proprietate privată din perspectiva interesului public de protejare a mediului.

De altfel, în art. 35, legea fundamentală consacra dreptul omului la un mediu sănătos stabilind și obligația corelativă: „Persoanele fizice și juridice au îndatorirea de a proteja și a ameliora mediul înconjurător”(art. 35 alin. 3).

În acest context, numeroase reglementări interne și internaționale recunosc importanța și interesul general al protecției mediului, considerat de unii autori un „concept primordial”, reflectat ca atare în drept.¹⁶

Astfel, O.U.G. nr. 195/2005¹⁷ califică protecția mediului ca „obiectiv de interes public major”.

Prin urmare, exigențele protecției mediului grevează desfășurarea tuturor activităților și constituie o obligație a tuturor persoanelor fizice și juridice. Se pune din ce în ce mai acut întrebarea: ce este prioritar: *a fi* sau *a avea*? Însușirea privată nu trebuie să atenteze la dreptul de a ne bucura de elementele înconjurătoare iar acest drept al tuturor la un mediu sănătos are rolul de dig în calea derivatelor însușirii private: el investește puterile publice cu misiunea de a proteja mediul în numele interesului general. Astfel, interesul proprietarilor particulari este eclipsat în fața celui al colectivității prin limitări la libertatea lor de folosință ce îmbracă forma *servituților de utilitate publică*.¹⁸

Dintre acestea reținem câteva exemple.

Alături de dispozițiile constituționale deja menționate, reglementări mai specifice dreptului mediului restrâng într-o măsură variabilă prerogativele proprietarilor particulari. Astfel, Legea nr. 422/2001¹⁹ privind protejarea monumentelor istorice, modificată și completată prin Legea nr. 259/2006²⁰, republicată²¹, are un pronunțat caracter de protecție și conservare, în scopul valorificării semnificațiilor lor și transmiterii către generațiile viitoare.

Pentru protecția monumentelor istorice legea instituie două proceduri, *evidența și clasarea*. Simultan cu clasarea bunului imobil respectiv se realizează delimitarea și instituirea *zonei de protecție*. Conform legii, în zona de protecție pot fi instituite servituți de utilitate publică și reglementări speciale de construire prin planurile și regulamentele de urbanism. Este vorba de o

¹⁵ Mircea Duțu, *Tratat de dreptul mediului*, Ediția 3, Editura C.H. Beck, București, 2007, p. 322.

¹⁶ Al. Kiss, D. Shelton, *Traité de droit européen de l'environnement*, Edition Frison – Roche, Paris, 1995, p. 40 ; Al. Kiss, J-P. Beurier, *Droit international de l'environnement*, 2-e edition, editions Pedone, Paris, 2004, p. 51.

¹⁷ Publicată în M. Of. nr. 1196 din 30 decembrie 2005.

¹⁸ Asupra noțiunii, a se vedea, pe larg, Laura – Maria Crăciunean, *Limitele dreptului de proprietate privată imobiliară*, Editura Wolters Kluwer, București, 2009, pp. 159 – 167.

¹⁹ Publicată în M. Of. nr. 407 din 2 mai 2001.

²⁰ Publicată în M. Of. nr. 573 din 2 mai 2006.

²¹ Publicată în M. Of. nr. 938 din 20 noiembrie 2006.

servitute reală care se adaugă fondului (funciar). Bunul imobil se clasează prin ordin al ministrului culturii și cultelor care se publică în Monitorul Oficial al României, partea I. Calitatea de monument istoric al bunului se înscrie de către proprietar, fără taxă, în cartea funciară, în termen de 30 de zile de la data publicării ordinului de clasare. În baza acestui ordin proprietarului îi este comunicat actul prin care se precizează condițiile și regulile de utilizare sau de exploatare și de întreținere a bunului imobil în cauză, intitulat „Obligația privind folosința monumentului istoric”, care însoțește actele de proprietate, de concesiune sau de închiriere pe tot parcursul existenței imobilului în cauză.

Obligația privind folosința bunului declarat monument istoric este servitute constituită în folosul acestuia și se înscrie de către proprietar în cartea funciară.

În acest mod se limitează puterile proprietarului particular, căci actul de clasare poate să definească un regim particular și dacă e cazul, poate interzice orice acțiune susceptibilă de a prejudicia.

Monumentele istorice aflate în proprietatea persoanelor fizice sau a persoanelor juridice de drept privat pot fi înstrăinate numai cu respectarea dreptului de preempțiune al statului. În caz contrar, vânzarea este sancționată cu nulitatea absolută. În actele de înstrăinare, concesiune, închiriere etc. se va menționa regimul de monument istoric al imobilelor și obligația protejării acestora potrivit legii.

Potrivit legii, în vederea protejării monumentelor istorice, se poate proceda, în cazuri extreme, la strămutarea acestora.

La rândul său, regimul juridic privind protejarea patrimoniului cultural național mobil stabilit prin Legea nr. 182/2000,²² reglementează activitățile specifice de protecție. Potrivit dispozițiilor [art. 2 alin. (2)] din lege, exercitarea dreptului de proprietate și a altor drepturi reale, precum și a dreptului de administrare asupra unui bun din patrimoniul cultural național mobil se realizează conform regimului juridic specific. Conform legii, bunurile culturale mobile pot fi proprietate publică sau privată a statului sau unităților administrativ – teritoriale sau proprietate privată a persoanelor fizice și a persoanelor juridice de drept privat. În virtutea aceluiași dispoziții, dreptul de proprietate, cunoaște limitări, cel mai frecvent sub forma de servituți și sub forma consacării dreptului de preempțiune al statului. Și actualul Cod silvic, adoptat prin Legea nr. 46/2008,²³ consacră dreptul de preempțiune al statului la cumpărarea de păduri care constituie enclave în fondul forestier proprietate publică a statului sau sunt limitrofe acestuia, la pret și în condiții egale [art. 45 alin. (5)]. Aceste prevederi sunt incluse în Capitolul IV din lege intitulat *Asigurarea integrității fondului forestier național* unde mai găsim o dispoziție care ne interesează și anume, cea cuprinsă în alineatul secund al articolului 34 care prevede că: „Proprietatea forestieră nu poate fi divizată sub limita de 1 ha”. În cazul în care prin deschiderea unei succesiuni, din cauza numărului de moștenitori, aceste dispoziții pot fi încălcate, legea prevede că: „se constituie moștenirea în favoarea unui/unor moștenitor/moștenitori, la nivelul minim prevăzut ...cu plata de sultă de către cel/cei în favoarea căruia/căroră s-a constituit moștenirea”[art. 34 alin. (3)].

De asemenea, legea cadru²⁴ în domeniul protecției apelor stabilește un regim de protecție, conservare, îmbunătățire a calității și de utilizare a resurselor de apă, indiferent de forma de proprietate. Actul normativ reglementează un drept de servitute acordat Regiei Autonome „Apele Romane”, opozabil erga omnes, în principiu temporar, cu posibilitatea transformării într-o servitute permanentă, prin expropriere în condițiile legii (art. 29).

²² Publicată în M. Of. nr.530 din 27 octombrie 2000, Legea nr. 182/2000 a fost modificată și completată prin Legea nr. 488/2006.

²³ Publicată în M. Of. nr. 238 din 27 martie 2008

²⁴ Legea nr. 107/1996, publicată în M. Of. nr. 244 din 8 octombrie 1996, cu ultimele modificări aduse prin O.U.G. nr. 12/2007.

2.4. Exproprierea pentru cauză de utilitate publică

Un alt mijloc juridic folosit pentru protecția spațiilor naturale prejudiciate este exproprierea pentru cauză de utilitate publică, ca mod de însușire publică a acestor spații. Astfel, regimul protecției solului în dreptul intern consacră instituția perimetrelor de ameliorare care cuprind terenurile degradate și poluate, în scopul refacerii capacității de producție pentru culturile agricole sau silvice. Potrivit dispozițiilor Legii nr. 18/1991, deținătorii de terenuri sunt obligați să pună la dispoziție terenurile din perimetrul de ameliorare, păstrând dreptul de proprietate [art. 83 alin. (1)]. Includerea terenurilor în categoria celor menționate se poate face cu acordul proprietarului. Dacă proprietarul nu este de acord, primăria va face propuneri motivate prefecturii, care va decide. Dacă se decide includerea terenului în perimetrul de ameliorare, proprietarul va primi în folosință o suprafață de teren corespunzătoare, pe toata durata realizării lucrărilor de ameliorare. În situația în care statul nu dispune în localitatea respectivă de un alt teren asemănător iar proprietarul nu este de acord să primească un alt teren la distanță mare, se aplică procedura exproprierii pentru cauza de utilitate publică, prevăzută de Legea nr. 33/1994.²⁵

Ca și dreptul de preempțiune, exproprierea este expresia prerogativelor de putere publică: ambele vin în contradicție cu interesul personal al proprietarilor particulari, care se văd deposedați de bunul lor fără a-și da consimțământul.

În aceste cazuri, protecția mediului constituie o cauză de utilitate publică, ce justifică apelul la expropriere. Apreciem însă că legalitatea unei asemenea măsuri este condiționată de inexistența unei modalități de satisfacere a protecției mediului în condițiile menținerii dreptului de proprietate privată. În situațiile de fapt, judecătorul poate aprecia dacă protecția mediului justifică exproprierea sau dacă ea nu se poate realiza prin menținerea regimului de proprietate privată grevat de reglementarea de mediu.

În sens invers, prin procedura de expropriere folosită pentru a realiza mari investiții se aduce adeseori atingere mediului ca și proprietății private.

Cu toate ca exproprierea, spre deosebire de alte servituți, presupune plata unei juste și prealabile despăgubiri, apărătorii proprietății private denunță viciele însușirii publice de către servituțile de interes general și propun revalorizarea dreptul proprietății pe care îl erijează drept gardian al mediului.²⁶

Așadar, în privința limitelor impuse dreptului de proprietate privată, și în domeniul protecției mediului avem de-a face cu două limite ale exercițiului acestui drept – privarea de proprietate pentru cauză de utilitate publică și reglementarea exercitării acestui drept în conformitate cu interesul general – și cu o limitare jurisprudențială dată de „atingerea substanței dreptului”, altfel spus: „proprietarul nu este privat de dreptul său, limitarea privește exercițiul atributelor proprietății; chiar dacă este vorba despre asigurarea realizării unui interes general, nu trebuie să se ajungă la golirea de conținut a dreptului proprietarului bunului”.²⁷

2.5. Proprietatea privată - gardian al mediului

Înmulțirea și amploarea fără precedent a atentatelor suferite de mediu, în special din cauza dezvoltării sociale și industriale, au determinat o critică a dreptului proprietății, apreciat ca „dreptul de a distruge”. Sunt autori care identifică „sursa culturală a poluării” în dreptul proprietății căci, „proprietatea se termină în distrugere”.²⁸

De câteva decenii, teoreticienii neoliberali fac eforturi să demonstreze că proprietatea particulară deține o funcție ecologică și nu constituie, prin ea însăși, o sursă de degradare a mediului. Invocându-l pe Aristotel care, după ei, presimțise deja legătura dintre dreptul de

²⁵ A se vedea, Legea fondului funciar nr. 18/1991 cu modificările și completările ulterioare.

²⁶ Agathe van Lang, *op.cit.*, p. 173.

²⁷ Corneliu Bărsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, Editura All Beck, București, 2005, p. 1003.

²⁸ Michel Serres, *Le contrat nature*, Flammarion, 1992, apud Agathe van Lang, *op.cit.*, p. 168.

proprietate și calitatea mediului când observa ca „ceea ce este comun în numărul cel mai mare face obiectul grijilor celor mai puțin atractive. Omul are cel mai mult grijă de ceea ce-i aparține și are tendința să neglijeze ceea ce are în comun” (Politică, cartea III, cap. 3) acești autori încearcă o reabilitare a rolului proprietății private în conservarea mediului.²⁹ Pornind de la lucrările economiștilor se apreciază că însușirea bunurilor de mediu constituie un optim.

Astfel, proprietatea privată este rapid promovată drept „gardian al naturii”, pe baza ideii că proprietarul particular având interes să-și vadă prosperând patrimoniul, caută să îi continue calitatea pentru că reprezintă o valoare de transmis.³⁰

Din acest moment în fața atentatelor suferite de natură s-ar impune o singură soluție: mediul trebuie privatizat. Mediul nu va fi niciodată destul de bine protejat decât într-o societate în care „fiecare arbore și fiecare animal ar avea un proprietar, și deci un apărător”.³¹

Aceste opinii exprimă două tendințe: protecția publică a mediului în numele interesului general și însușirea privată a resurselor de mediu.

Ele au în comun *reducerea mediului la un obiect de drept*, expresie a unui curent de gândire antropocentric dar, cata vreme natura este redusă la rangul de obiect, ne aflăm într-un impas ecologic.

Și în literatura română de specialitate este susținută concepția care fundamentează cointeresarea în protecția mediului, pe conștiința de proprietar, subliniindu-se totodată marele său neajuns: „ea acordă prioritate absolută conștiinței de proprietar, fără să aibă în vedere alte elemente care afectează protecția mediului”.³²

În ceea ce ne privește reținem că proprietatea este un drept real care-i conferă titularului aptitudinea de a trage dintr-un anumit bun toate foloasele juridice pe care acesta poate să le ofere. Proprietatea privată, ține de un patrimoniu privat, ocrotește un interes particular aflat în conflict permanent cu interesul general. În raport cu natura, proprietatea privată înseamnă însușire, transformare, exploatare. În raport cu protecția naturii, proprietatea privată înseamnă mai multe obligații, interdicții, limitări. Toate acestea vizează aceleași atribute ale dreptului de proprietate al căror exercițiu este circumscris interesului general. În mod cert, protecția mediului a schimbat viața omenirii amenințată cu distrugerea grație modului de viață dus până acum. Dar, protecția mediului nu înseamnă un atentat la însăși esența proprietății ci o reînnoire a raporturilor dintre om și natură ce ar permite într-un final o altă eliberare a acestuia, de această dată din corsetul proprietății private și din conflictul fără ieșire ce-l opune interesului general.

Protecția mediului înseamnă combaterea cauzelor, surselor poluării ori ignorarea de către proprietari a caracteristicilor, importanței anumitor bunuri (naturii) pentru generațiile prezente și viitoare este o sursă de degradare a mediului.

3. Concluzii

A trata subiectul reconcilierii dintre proprietate și mediu în condițiile actuale ale unei evidente consolidări a dreptului de proprietate privată a însemnat o reală provocare. În acest context am pornit de la ideea că proprietatea, ca drept sacru și inviolabil, asigură titularului său stăpânirea absolută și exclusivă a unui lucru. Întrucât, resursele naturale și orice alte elemente ale mediului se degradează continuu se impune o gestionare rațională care, la randul său, presupune limitări, interdicții, obligații noi în sarcina titularilor dreptului de proprietate privată. Proprietatea particulară devine astfel grevată de servituți iar, în unele situații, este afectată în existența ei. În acest context, am abordat cu titlu exemplificativ reglementări de mediu prin care sunt instituite

²⁹ MM. M. Falque, *Introduction générale à la Conférence Droits de propriété et environnement*, Dalloz, „Thèmes et commentaires”, 1998 și G. Bramoullé, *L'appropriation des biens environnementaux*, în *Droit et environnement*, PU d'Aix-Marseille, 1995, apud Agathe van Lang, *op.cit.*, p. 173.

³⁰ J. de Malafosse, *Proprietatea, gardian al naturii*, *Mel Flour*, Paris, Repertoire Defresnois, 1979, p. 335.

³¹ Agathe van Lang, *op.cit.*, p. 175.

³² Ernest Lupan, *Tratat de dreptul protecției mediului*, Editura C.H.Beck, București, 2009, p. 52-54.

servituți de interes public, este reglementat dreptului de preempțiune sau exproprierea pentru cauză de utilitate publică. Deși necesare, aceste măsuri trebuie să țină cont de principiul proporționalității. Dar, limitată sau nu, îngrădită sau nu, poate proprietatea privată să reprezinte un gardian al mediului? Cum am văzut, doctrina și-a atins atenția și asupra acestui aspect. O astfel de abordare trebuie să țină cont în primul rând de însăși noțiunea de mediu, dar și de ceea ce înseamnă poluarea mediului și care sunt implicațiile acesteia. Lucrarea exprimă ideea conform căreia proprietarul particular trebuie să conștientizeze că tocmai diferențele ce separă omul de natură traduc perfect nevoia actuală de reînnoire a relațiilor om-natură. Vorbim astăzi de o proprietate circumstanțiată și evolutivă. Sub presiunea dezvoltărilor economice și sociale, concepția asupra proprietății a evoluat și ea, accentuându-se funcția socială pe care este chemată să o îndeplinească. Dar, cât este realitate sau care este realitatea. Credem că cercetările viitoare trebuie să aprofundeze aceasta temă căci multe aspecte asteaptă să fie clarificate. Tema ridică probleme sensibile deoarece proprietatea privată a cunoscut, chiar în ultimii ani, în plan intern și internațional, multiple transformări și numeroase îngrădiri astfel că, aproape instinctiv, se manifestă o împotrivire la ideea de „civilizare” până la urmă a proprietății în contextul cerințelor protecției mediului.

4. Referințe bibliografice:

Cărți:

- [1] Baias, Flavius A.; Dumitrache, Bogdan, și Nicolae Marian, *Regimul juridic al imobilelor preluate abuziv, Legea nr. 10/2001 comentată și adnotată*, vol. I, Editura ROSETTI, București, 2001.
- [2] Bârsan, Corneliu, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, Editura All Beck, București, 2005.
- [3] Crăciunean, Laura – Maria, *Limitele dreptului de proprietate privată imobiliară*, Editura Wolters Kluwer, București, 2009.
- [4] Dușu, Mircea, *Tratat de dreptul mediului*, Ediția 3, Editura C.H. Beck, București, 2007.
- [5] Hanga, Vladimir, și Bocsan Mircea Dan, *Curs de drept privat roman*, Ediția a II – a, Editura Universul Juridic, București, 2006
- [6] Kiss, Al., și Shelton D., *Traité de droit européen de l'environnement*, Edition Frison – Roche, Paris, 1995.
- [7] Kiss, Al., și Beurier J-P., *Droit international de l'environnement*, 2-e edition, editions Pedone, Paris, 2004.
- [8] Klemm, C. de; Martin, G.; Prieur, M., și Untermaier, J., Les qualifications des éléments de l'environnement, în *L'écologie et la loi, le statut juridique de l'environnement*, A. Kiss (dir.), L'Harmattan, 1989.
- [9] Lang, Agathe Van, *Droit de l'environnement*, Thémis droit, PUF, Paris, 2002.
- [10] Linné, C., *L'équilibre de la nature*, Vrin, 1972.
- [11] Lupan, Ernest, *Tratat de dreptul protecției mediului*, Editura C.H.Beck, București, 2009.
- [12] Maiorescu, Toma George, *Îmbălânzirea fiarei din om sau Ecosofia*, Ediția a III – a revăzută și completată, Editura Lumina Lex, București, 2002.
- [13] Malafosse, J. de, Proprietatea, gardian al naturii, *Mel Flour*, Paris, Repertoire Defresnois, 1979.
- [14] Molcuț, Emil, *Drept privat roman*. Ediție revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2004.
- [15] Sériaux, A., La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir, în *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PU d'Aix –Marseille, 1995.

GENERAL CONSIDERATIONS REGARDING RIGHT OVER OWN BODY WITH REFERENCES TO THE NEW CIVIL CODE

RAMONA DUMINICĂ*
ANDREEA DRĂGHICI**

Abstract

Deep changes generated by the progress of biology and medical science result in new challenges posed to law: the reconsideration of the relation between man and his own body and of the legal protection of the human body. Therefore, this article aims at establishing the nature of the right that human beings have over their own bodies by referring to the legislation in force, to the opinions expressed at doctrine level, but also to solutions proposed in the field by the New Civil Code. For a long period of time, the law used to refer to the human body in an indirect manner only, when the acquiring or the loss of its legal personality was under discussion. Artificial human reproduction, organ transplant, trade of the right to image are only a few aspects that impose the clarification of the legal contents of the right belonging to natural persons over their own body as a necessity for legal science.

Key words: *the right belonging to natural persons over their own body, the rights of personality, the legal protection of the human body, the legislative framework in the field, the right over one's own body in the New Civil Code.*

Introduction

The right over one's own body remains very recent and controversial topic on a doctrinal and jurisprudential level, especially given the legislative lack in this field. Although special importance has been given to the human body since antiquity, it was much later that the law became interested in assuring its protection.

Initially, legal norms made reference to the human body only as a support for the legal personality. The bond between the human's living body and his personality is undeniable, because only a human born alive is endowed with a legal personality, which disappears once that person is dead. This is one of the reasons that have determined the assimilation of the body by the person.

The progress of medical science and the possibility of abuses arising therefrom have continuously raised the problem of legally protecting the human body.

New concepts outlined on a doctrinal level consider the person as a union between body and soul, to which life is added.

The possibility of extracting organs, tissues and cells, artificial human reproduction, the commercializing of the right to one's own image, compensation for moral damages and others impose the redefining of the bond between humans and their biological support and the clarifying of the nature of the right humans have over their own bodies.

1. Assessments on the Rights of Personality

Usually, the term *personality* (pl. *personalities*, Fr. *la personnalité*, Ger. *die Persönlichkeit*), implies "a set of mental qualities of an individual" "which are specific to each person". This concept is used to signify other things: to designate a person with special abilities active in a certain field, a state leader, a social group, which have decisively influenced the course of events through their activities.

* Assistant Ph.D. Candidate, Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Pitesti (e-mail: duminica.ramona@yahoo.com).

** Lecturer, Ph.D., Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Pitesti (e-mail: andidraghici@yahoo.com).

From a legal perspective, the notion of rights of personality refers to those rights exercised on certain attributes inherent to humans, and which belong to every person since birth. As set down by doctrine¹, the personality these rights refer to is not merely reduced to the technical notion of legal personality, in the sense of being a matter of law. It aims to signify much more, namely the human person in its entirety, its biological, mental and social realities.

For the first time, the concept of rights of personality was used by the German legal system, where these rights are expressly regulated by the law. As a principle, the German Civil Code contains regulations, according to which anybody that affects the life, the body, the health and liberty of another, is made to compensate for injuries caused (art. 823 BGB). Starting from these provisions, jurisprudence and literature have sanctioned the right to respect life, physical integrity and freedom of movement, and the Federal Court of Justice has also authorized a general right of personality, using the first and second articles in the Federal Constitution, which refer to human dignity and personality development, as a starting point.

In attempting to define the notion of rights of personality, a large number of doctrinaires² have started from the definition of subjective rights and their limitations due to civil liberties.

Thus, the subjective civil right allows the active subject, within the limits of the civil legal norms, the right to a certain conduct and it also demands of the passive subject a corresponding conduct, and, if necessary, it calls on the state to use its coercive force³.

At the same time, it has been justifiably stated that subjective rights are a legitimate restriction of another person's liberty, a restriction set by legal norm in favour of the subject that thus benefits from a reserved domain, in which to exercise his prerogatives⁴.

In general terms, freedom consists in doing what you want or, as a well-known author once put it "not to do what you do not want"⁵.

Thus, besides rights, there are also some liberties acknowledged by Civil Law. These are not genuine subjective rights; in some way they are faculties or virtualities, because they do not have a specific, determined objective. Mostly, they are established by an express provision of the law. However, as civil liberties and the rights of personality share many of their features, they cannot be separate, and thus they are united – as doctrine shows – within the category of personality rights⁶.

An analysis done from this point of view concludes that the rights of personality are a particular application of subjective civil rights.

Indeed, between the two categories of rights there is a connection spanning from general to particular. Therefore, we assess that the rights of personality belong to the category of subjective non-patrimonial right, as they protect values that cannot be estimated in money. Life, dignity, honour, image, privacy do not have pecuniary value. In an attempt to define it, it was specified that the rights of personality are "subjective civil rights without any material side, subject to the principle of availability." Personality rights are thus "civil liberties".

As far as we can see, we consider the rights of personality as prerogatives without a patrimonial character, indispensable to man, his biological existence and the formation of his personality on a psychological and social level. These prerogatives can be defended by means of the law.

¹ O. Ungureanu and C. Juguștru, *Drept Civil. Persoanele*, Ediția 2nd, (București: Ed. Hamangiu, 2007), 40.

² To see: P. Kayser, "Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques", *Revue trimestrielle de droit civil*, vol. XXIX (1971) : 448-454 ; Gh. Mihai, H. Popescu, *Introducere în teoria drepturilor personalității*, (București: Ed. Academiei Române, 1992) 55-64.

³ G. Boroi, *Drept Civil. Partea generală. Persoanele*, (București: Ed. Hamangiu, 2008), 76.

⁴ Jacques Ghestin and Gilles Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, (1977), 141.

⁵ G. Cornu, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12th, (Paris : L.G.D.J. Montcrestien, 2005), 185.

⁶ O. Ungureanu and C. Juguștru, *Drept Civil. Persoanele*, Ediția 2nd, (București: Ed. Hamangiu, 2007), 41.

Regarding the legal nature of these rights, they are personal rights without patrimonial character, and consequently the rights of personality cannot be considered as material goods. Classic French doctrine sees it in the same manner and often employs the phrase “extra-patrimonial rights” to point out the fact that they do not form part of a person’s patrimony, knowing that this is formed by “all patrimonial rights and the patrimonial obligations belonging to a person”⁷.

Therefore, the rights of personality have the following legal characteristics: they cannot be ceded, transmitted or seized, nor can they be exercised through a representative, however they are indefeasible and can be opposed *erga omnes*.

Because they cannot be ceded, these rights cannot form, by convention, the object of a cession or of a permanent surrender.

Because they are non-transmittable, they disappear once a person is dead and do not as a principle revert to the heirs.

Also, they cannot be seized, because they are not economic good, and therefore these rights are excluded from the Circuit Civil.

Because they are bound to a person, the rights of personality can only be exercised directly, and not through other people.

These rights cannot be annulled or obtained by another, no matter when the holder decides to exercise them.

Last but not least, the rights of personality belong to the category of absolute rights, opposable to all entities of law, without the necessity to carry out any publicity formalities, which means that all persons, as an undetermined passive subject, have the general and contrary obligation to abstain from any action or deed that could harm the active subject, meaning they have the obligation to do nothing that could deny or disrupt a person from exercising his or her rights. It is worth mentioning that German doctrine upholds the idea that absolute rights “do not form legal connections, rather it creates a latent state of legal ability, meaning one of prerogatives safeguarded by absolute rights, and of legal duty, meaning that any other person must not prevent the subject of absolute rights from fulfilling his or her prerogatives”. Therefore, the legal relation comes into existence only when the passive subject is individualized, prejudicing the absolute right. We have justly shown that individualizing the passive subject, in the way before mentioned, determines a legal relation that involves relative rights but not absolute ones.⁸

The aforementioned characteristics are actually principles, some have exceptions as well. If a person makes agreements for a valuable consideration, the publication of details pertaining to that person’s private life or using that person’s image or voice for commercial purposes is allowed. These agreements are legally valid, especially when it regards the right to privacy, the right to a name, a voice or an image.

Thus, we are witnessing the appearance of a tendency to change rights without a patrimonial characteristic into a part of a person’s patrimony.

No Romanian or foreign doctrine has come to an agreement as to what rights belong to the category of the rights of personality.

As a rule, the criteria used to classify rights lacking patrimonial value are also used to determine the rights of personality.

We consider relevant the following classification proposed by doctrine, which uses as a criterion the three sides of the human structure – man as a bio-psycho-social being – and which categorises the rights of personality in the following categories: the right of personality that regards the human as a bio-psycho entity (the right to life, the right to physical and psychic integrity, the

⁷ L. Pop and L. M. Harosa, *Drept civil. Drepturile reale principale* (București: Ed. Universul Juridic, 2006), 130.

⁸ E. Lupan and I. Sabău-Pop, *Tratat de drept civil român, vol 1, Partea generală* (București: Ed. C.H. Beck, 2006), 65.

right to avail oneself of own body, and more recently the right to one's own voice); the rights personality regarding humans as the subject of emotional states (the right to dignity and honour, the right to a reputation, the right to respect the feelings of affection in the case of the death of a close one); right referring to the protection of humans as social beings (in a subdivision, we have rights belonging to the physical person: the right to a name, the right to a home, the right to privacy, the right to an image, the right to intellectual creation – the side lacking a patrimonial feature, and the right that define the legal person: right to its name, to its headquarters, to its own logo).

Practically, it is impossible to compile an inventory of all the rights of personality, the list always remains open. In this respect, French doctrinaires consider that we face an actual inflation of personality rights.⁹

The rights of personality have only recently appeared in the Romanian legal field and therefore do not form part of a whole and coherent protective legal system. Different rules dedicated to protecting these rights are spread among various legislative acts.

Encroaching upon another person's rights is a civil offence; therefore the offender is made to account for it according to articles 998, 999 of the Civil Code, which regulates civil responsibility. Also, because the rights of personality are personal but not patrimonial, they are also protected by the provisions of article 54 from the decree of 31/ 1954, which says: "The person whose right to a name or pseudonym, to a title, to honour, to a reputation, to the authorship of scientific, artistic or literary work, to invent or any other right of no patrimonial value, was infringed upon, will be able to petition the court for the cessation of the action that infringes upon the aforementioned rights". In case the offender does not honour the court's decision, it can oblige him to pay a fine, in the interest of the state, for every day of delay.

The measures the court of law takes can aim to confiscate and destroy the published materials, whereby the said right was encroached upon, to withdraw from circulation the works that caused moral harm, to ensure the right to reply, to publish the judge's sentence. Separately from these measures, the court can order the offender to pay compensation for the moral harm caused the injured party. There are also the rights of personality that enjoy a special protection, for example, in the case of physical integrity.

An important legislative act in this field is the law nr. 95/2006, concerning the process of reforming the health system.

The one of the categories of regulations of the said law refers to the necessity to obtain the patient's approval beforehand every time he or she would be subjected to preventative, diagnostic procedures or treatment, that present a potential risk to him or her. In case the patient is unable to express his or her consent, it can be given by his or her legal representative or close relative.

In another category of provisions inserted in the aforementioned law refers to the extraction of human organ, tissues and cells meant for transplant.¹⁰

2. Thoughts on the Nature of One's Right to One's Own Body

As we have just shown, it is impossible to compile a complete list of rights of personality, although we can specify, by analysing their evolution from a historical perspective, that the first values to come to the attention of the law were privacy, image, person and man's possibility to avail himself of his own body. Although, the lawmakers intervened in this field relatively late, and so for a long period of time, in the absence of other concrete regulations, doctrine and jurisprudence have tried to find suitable answers for problems raised.

As follows, we will try to establish the nature of the human right to its own body, considering that this right has been and remains an object of controversy.

⁹ To see: X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité* (Paris : Librairie Générale de Droit et la Jurisprudence, 2004), 123.

¹⁰ To see: E. Chelaru, *Dreptul civil. Persoanele* (București: Ed. C.H. Beck, 2008), 18-23.

Great importance has been given to the human body ever since ancient times. For instance, the ancient Greeks depicted it both in their works and their sports. Much later, Christianity emphasized and exalted the importance of the soul. Even though, it was since this time that the human body was considered a part of the human person, the law would only truly protect it after about two millennia.¹¹

Initially, legal norms made reference to the human body only indirectly in the case of the birth and death of the physical person, and what was of interest, was the loss or gain of the legal personality. Actually, it is a well known fact that the existence of the physical person, seen as an entity of law, is conditioned by his biological existence. From this perspective, the living human body is seen as a support for the legal personality. The relation existing between the living body of a human and its legal personality is uncontested, because only a human born alive is endowed with a legal personality, and this ceases after death. This is one of the reasons for assimilating the body by the person. Although, the changes in society and especially medical progress have led to profound changes, and the law has to reanalyse the authority humans have over their own bodies, and specifically to assure the means of protecting it. As doctrine appreciates, “the present time is the moment for emancipating the body and, if harmony between the body and mind is achieved, then one of man’s oldest dreams would be fulfilled”.¹²

Artificial human reproduction, cosmetic plastic surgery, the possibility of harvesting organs, tissues and cells, the commercialization of the right to one’s image, the compensation given for moral damages etc. impose the clarification of the right humans have over their own bodies.

New concepts formed on a doctrinal level regard the person as a union between body and soul, to which life is added. Nevertheless, it has been proved that human life is more than the bodily side and any attempt to reduce this to mere organic life implies a reification of the person.¹³

The exercising of a right to use over certain rights linked to the person, in many cases by commercialization of them or the right of a person itself, have given rise to a process of drawing the position of the physical person closer to that of objects, which has been called “the reification of the person”.¹⁴

Thus, doctrinaires try to redefine the relation between a person and his body and to establish the nature of his right over his biologic support.

In literature, two fundamental opposing concepts have appeared: one that emphasizes the “having” and the other that focuses on the “being”.

According to this view, founded on the analysis of the provisions in the French Civil Code (volume I, title I, chapter II “Du respect du corps humain”) it has been said that the person, the lawmaker has in mind when referring to the human body, is not a legal entity, rather a human as a biological being, born and alive. The possibility of this dissociation, between the entity of right and its body, which is only a support, is considered a crucial argument to qualify the human body as an object. A person’s rights over his own body would be acknowledged, even though it is regarded as the object of these rights. The effect would be that the “human things (les choses humaines) are appropriated without difficulty and can, in consequence, be seen as goods”.¹⁵ Thus, a person has authority over his body, characteristic to the right of property, which permits him to exclude another party and to reserve the uses of his own body.

By analysing this view, it is shown that property firstly represents the power to forbid, and this manifests here in principle as the power of inviolability of the human body, so that by

¹¹ O. Ungureanu and C. Juguaru, *Drept Civil. Persoanele*, Ediția 2nd (București: Ed. Hamangiu, 2007), 20.

¹² Fr. Terré and D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités* (Daloz, 1996), 15.

¹³ To see: D. Terre, *Les questions morales du droit* (Paris: Ed. Presses Universitaires de France, 2007), 66.

¹⁴ Ph. Malaurie and L. Aynes, *Droit civil. Les personnes. Les incapacités*, 5th edition (Paris: Ed. Cujas, 1992), 22.

¹⁵ F. Zenati-Castaing and Th. Revet, *Manuel de droit de personnes* (Paris: Ed. Presses Universitaires de France, 2006), 231-239.

breaching physical integrity, it is subjected to the will of the person in question. “The ownership of the body offers every person control over its corporal uses, by respecting the restrictions imposed by the law. The principle of free use of the body by the subject would express the idea whereby everyone can retain all the uses of their body (usus, fructus, abusus). In essence, the human body would be the object of the right of property, so much so that everyone has the possibility to avail themselves of their body, freely, materially and legally.”¹⁶

The doctrinaires justifiably reject this opinion, the theories referring to the supposed right over the human body that abusively bring into discussion the notion of patrimony, without taking into account the fact that this matter is about “being” and not about “having”. The human bodies are not things but the persons themselves.

It has been correctly shown that to acknowledge an individual’s right to property over his own body implies the validating of every act of using it, this would mean to mistake the subject for the object. “If humans are considered objects, if we accept this, if we cease to think of them as persons to be respected, then there is no more hope, and the end of hope is the end of civilization.”¹⁷

The opinion of the majority, to which we adhere, considers the right over one’s own body as a right of personality, one of the fundamental rights of humans. Though, it has been mentioned that every time we discuss the qualification of the relation between the person and its body, we do not speak about any subjective civil right, but in reality we are faced with a liberty, expressing an aspect of psychological liberty.¹⁸

Doctrinaires appreciate that “respect for the human body first of all regards the human person and then the body itself. This respect is due whether for it is towards a healthy or an ailing body. The person is not first of all soul, will, judgement and consent. It is specifically flesh and will. The body is the support necessary base of the person. In fact, the body exists even before the will is formed and it remains even if the will is failing. The body requires protection when the will cannot help it (in the case of very young children or the mentally debilitated). One can say: the body is the person by definition”.¹⁹

Last but not least, we must distinguish between the human body, seen in its entirety, its parts (organs, tissues) and what it produces (blood, mother’s milk, etc). Thus, even when these parts are estranged from it and take on the characteristic of things, these cannot form the objective of a patrimonial right and as such cannot be considered as goods, so remaining, even in this situation, of no patrimonial value as one’s right to one’s own body.

Therefore, taking into consideration the extra-patrimonial character of the human body both in its entirety as well as concerning the organs and tissues that make it up, we assess that it remains outside economic trade, which corresponds to the legal nature of the rights of personality.

3. Between the Right to One’s Own Body and the Right to life

At present, the Romanian Constitution contains a series of regulations concerning the rights of personality in general and the right to man’s own body, especially.

Thus, in art.1 paragraph 3 of the Constitution, it is provided that “Romania is a free state, democratic and social, wherein human dignity, (...) the free development of the human personality (...) are supreme values (...)” and in art. 22 it is stipulated “(1) The right to life, the right to physical and psychic integrity of a person are guaranteed”. Furthermore, art. 26 says that “(1) The public authorities respect and protect a person’s intimacy, both familial and private. (2) The physical person has the right to avail itself of it if it does not infringe upon the rights and freedom of others, upon public order and good morals.”

¹⁶ S. Cercel, “Considerations upon one’s right over his own body”, *Revista de Științe Juridice* nr. 3, (2009): 8.

¹⁷ Ph. Malaurie and L. Aynes, *Droit civil. Les personnes. Les incapacités*, 5th edition (Paris: Ed. Cujas, 1992), 23.

¹⁸ To see: J. Carbonnier, *Droit civil. Les personnes*, 21th edition (PUF, 2000), 25.

¹⁹ O. Ungureanu and C. Juguștru, *Drept Civil. Persoanele*, Ediția 2nd (București: Ed. Hamangiu, 2007), 23.

All these are fundamental rights, between which unbreakable ties form even if they are distinctly regulated.

As regard to a person's right to avail itself of it, the doctrinaires have pointed out that these constitute one of the most natural, unalienable and indefeasible rights of humanity. Known also as a person's right to avail oneself of the of one's body or of the bodily freedom, this right has been contested for a very long time out of religious, moral and common law reasons.

According to this view, a person's right to avail oneself of one's own family is an old feminist claim, tightly connected to sexual freedom and the prevention of the risk of maternity. To this right other were added in time, such as the right to use contraception, the right to abort, the right to donate organs or tissues meant for transplants or other medical procedures and genetic engineering.²⁰

The right of a natural person over their own body involves two main aspects: on one side only the person that has their actual being, their physical integrity and freedom, and on the other, by exercising this right, a person must not encroach upon the rights of others, the public order nor upon good morals. Therefore, the natural liberty of humans over their own bodies entails a series of limitations imposed by the law.

At the basis of the natural person's right to their own body is the right to life. The impossibility of precisely establishing the limits of these two rights can lead to conflicts between them. For example, one such conflict arose between the possibility to abort as part of the human right over their own body and the human embryo's right to live.

The right to life, although it represents the sine qua non condition to the exercise of other rights, is not well established. Doctrine²¹ assesses that this aspect is due to the lack of a legal definition of the notion of "life", while such a definition is not wholly accepted in international documents.

Thus, the Universal Declaration of Human Rights states in art. 3: "any living thing has the right to life, to freedom and to the security of its person". In the International Covenant on Civil and Political Rights the same is stated, in similar words, in art. 6: "Every human being has the inherent right to life. This shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life". We therefore notice that in these documents no definition of "life" as a notion is found, but only the right to life is declared, hesitating to clarify the concept itself.

There is also a question of acknowledging the human embryo's right to life. The legal standing of the human embryo²² has and will continue to create many bitter controversies in philosophy, religion, science and law.

Philosophical and religious views are extremely diverse. Many religions have taken totally different positions towards the situation of the human embryo. Thus, Islam has a more relaxed view than that of the Catholic Church. Research done on the human embryo is allowed as long as it precedes the moment when it gains its soul, on the 40th day after fertilization.

The Mosaic faith's position is determined by the fact that neither the Bible, nor the Talmud specifies that real human beings exist since the moment of fertilization, but they attain this position once they develop more. Therefore, outside of the womb, the human embryo has no legal standing.

The Catholic Church considers that a human being exists since the moment of fertilization, and that the embryo is a human with the right to be respected and develop until the pregnancy reaches its term. No distinction between embryos in vivo and in vitro is accepted. All research

²⁰ I. Muraru and Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. 1 (București: Ed. C.H. Beck, 2003), 185-188.

²¹ Mona-Maria Pivniceru and Florin Dorian Dăscălescu, "Limita inferioară a dreptului la viață: între protecția fătului uman, dreptul la avort și pregresul științelor biomedicale", *Revista Română de Bioetică*, vol. 1, nr. 4, (2003).

²² To see: R. Duminiță, "Statutul juridic al embrionului uman", in the *Annales Universitatis Apulensis, Seria Juresprudentia*, nr. 13, (Alba-Iulia, 2010).

carried out on them is condemned.²³

On a philosophical level, there are two important trends: the utilitarian view and the Kantian view. The utilitarian opinion, shared by Anglo-Saxon countries, is that the end, specifically the countless lives saved thanks to the results of scientific and medical research done on the embryo, is justified. The other view, the Kantian one, states that all studies carried out on the embryo shall not be wholly condemned, rather they should only be limited in order to the potential human being represented by the embryo.

Overwhelmed by the multitude of different opinions, the legal sciences are trying to establish the legal standing of the embryo. At the centre of the controversy is the “potential” of the embryo to become a human person. This potential of the human being is nothing more than the possibility that requires confirming, and thus the law can deny the embryo any legal standing, consequently it can be considered a simple laboratory item. Given the fact that the embryo’s standing cannot be mistaken for that of a human, the law has created “a legal person distinct from the person”.²⁴

In order to obtain a legal standing, it is required that a person be able to have rights, which he can exercise. The distinction between a “person” and a “legal person” becomes clearer in the case of the embryo. As this is just a potential human being, it cannot have or exercise its rights. During the pregnancy, the embryo forms part of another body, the mother’s to be exact. Therefore, it is not endowed with its own legal personality, although in some cases the law acknowledges some of its rights.²⁵

This statement is not contradicted by the *infans conceptus pro nato habetur quoties de commode ejus agitur* (a child conceived is considered born whenever his interests are in question) rule. To apply this rule, two conditions need to be met simultaneously: the child must be born alive and the matter should involve its rights. In this way, the fact that, by law, the mother is permitted to terminate the pregnancy within the first months without any particular reason, is justified. If the lawmaker appreciated that the embryo was a person, then we would be dealing with a homicide. Therefore, the absence of any legal protection of the embryo can be attributed to the legal provisions concerning pregnancy terminations.

The option to terminate is a part of a person’s prerogative to consent to have surgical procedures performed on their body. That is why, the man, who took part in conceiving the embryo, cannot prevent the termination, even if he invokes the protecting of a personal interest or pretends to be acting on behalf of the unborn child.

On the other hand, one cannot deny the fact that the embryo carried by the mother is in fact a person to be, and therefore its life is protected in the later months of pregnancy. Termination is only permitted then if the pregnancy puts the mother’s life or health in danger. Current doctrine suggests a new analysis: even if the unborn child is not endowed with a legal personality, it can receive minimal protection as potential human, and in virtue of this title it has the right to physical integrity. The abortion when justified by the absolute imperative of women’s freedom and protection in case of illness would be an exception.²⁶

As we can see, the debate about the limits of these two rights, the right to one’s own body and the right to life, is still open with only express provisions in a document that have actual legal relevance.

4. The Provisions of the New Civil Code in the Field

While trying to answer the issues that appeared as a result of society evolving and medical science progressing, the New Civil Code, in volume 1 “On persons”, seeks to recognize, protect and defend the civil rights and liberties of any person and to create a general, modern and unified framework.

The provisions referring to the rights of personality in general and the right to one’s own body are found in Chapter II “Respecting Human beings and all their Inherent Rights”, structured

²³ C. Voicu, *Teoria generală a dreptului* (București: Ed. Universul Juridic, 2006), 287.

²⁴ Sophie Bricca and Laurence Henry, *Introduction au Droit* (Paris: Ed. L.G.D.J., 2003), 83.

²⁵ Ph. Malaurie and L. Aynes, *Droit civil. Les personnes. Les incapacités*, 5th edition (Paris: Ed. Cujas, 1999), 29.

²⁶ A. Batteur, *Droit des personnes, de la famille et des incapacités* (Paris: L.G.D.J., 2007), 56.

into four sections: “Common Provisions” (art. 58-60), “A Person’s Rights to Life, Health and Physical Integrity” (art. 61-69), “Respect for Privacy and the Dignity of Human Persons” (art. 70-77), “The Respect Due to the Person and After Its Death” (art. 78-81).

Thus, the rights of personality are regulated by art. 58, which says: “(1) All persons have the right to life, health, physical and psychic integrity, honour and a reputation, as well to respecting privacy. (2) These rights cannot be ceded.”

Separately, in article 59 the characteristics are enumerated: “all persons have the right to a name, a home, a residence, as well as to a certain civil position, obtained within the law”. Finally, in article 60 (The right to avail of oneself) says: “The physical person has the right to avail himself of his own person if it does not contravene the rights and liberties of others, public order or good moral”.

Answering the need for regulations in the field, the New Civil Code sanctions (in the second section) procedures the inherent rights of the human being, the inviolability of the human body, the study of genetic features, the conditions, in which therapeutic and scientific research procedures are performed on an adult person or on a minor, the harvesting of living matter and its transplant into living humans. It also prohibits eugenic practices and genetic alterations. In article 66, the extra-patrimonial characteristic of the human body, both as a whole and as the organs and tissues it is made of, is acknowledged: “All actions that aim to give the human body, its elements or products a patrimonial value, are completely void, with the exception of particular cases expressly stipulated by law.”

Last but not least, in article 69 the means of defending these rights are specified in this section: “At the request of an interested person, the court can take all necessary measures to prevent or interrupt any unlawful encroachment on the integrity of the human body as well as to seek compensation for material and emotional harm, within the conditions of the articles 252-256.”

In the third section, “Respect for Privacy and the Dignity of Human Persons”, we find the regulation of the right to free speech, privacy, dignity, one’s own image, establishing in article 75 the limitations to these rights: (1) “Any breach permitted by law or international agreements or covenants concerning the rights of man, to which Romania is a party, is not an encroachment of the rights mentioned in this section.” (2) “The exercising of constitutional rights and liberties in good faith and respecting the international covenants and agreements, which Romania adhered to is not an offence against the rights stipulated in this section”.

Lastly, the fourth section, “The Respect Due to the Person and After His Death” is dedicated to the respect of a deceased person, their body and their will. We notice that thus the legal protection of the human body extends even after death. Also, according to article 79 the memory of a deceased person will be protected as the living person’s image and reputation are.

We assess that some elements of the right to one’s own body exist even after death by establishing the obligation to respect the wishes made by the deceased while still alive concerning their funeral arrangements, the destination of the body after death, the possibility of harvesting organs, tissues and cells. Article 80 stipulates “Any person can choose the way in which their body is to be treated after death (...)”. Finally, article 81 says “it is stipulated that the harvesting of human organs, tissues and cells, for therapeutic or scientific reasons, from deceased persons should be performed within the conditions of the law, with the written approval given by the person while alive, or in its absence the preliminary, written approval of the spouse, the parents or the descendants, or as a last resort, of the collateral relatives (to the fourth degree, included) of the deceased.”

Conclusions

From analyzing the evolution of the rights of personality we observe that the lawmaker’s intervention in the field of rights over one’s own body appeared relatively late, so much that for a long time, in the absence of concrete regulations, doctrine and jurisprudence have tried to find the answers to raised issues.

Initially, legal norms refer to the human body only indirectly in the case of the birth and death of a physical person and what is of interest is the acquiring or the loss of the legal personality. Progress in the field of medicine and biology have imposed the redefining of the relation between the human and his body and the establishing of the nature of his right over his biological support.

The opinion of the majority expressed in doctrine considers the right over one's own body as rights of personality, which are inderogable and cannot be ceded, transmitted, seized or exercised through a representative and can only be opposed *erga omnes*.

Therefore, taking into consideration the extra-patrimonial characteristic of the human body both as a whole and as the organs and tissues it is made of, we ascertain that the body exists outside of commercial trade, and this corresponds to the legal nature of the rights of personality. All these aspects of doctrine were adopted and sanctioned in the New Civil Code that tries to respond to the need for regulations in this field.

Bibliography

1. Bateur, A. *Droit des personnes, de la famille et des incapacités*. Paris: L.G.D.J., 2007.
2. Boroi, Gabriel. *Drept Civil. Partea generală. Persoanele*. București: Ed. Hamangiu, 2008.
3. Bricca, Sophie and Laurence Henry, *Introduction au Droit*. Paris: Ed. L.G.D.J., 2003.
4. Carbonnier, J. *Droit civil. Les personnes*. 21th edition, PUF, 2000.
5. Cercel, S. "Considerations upon one's right over his own body". *Revista de Științe Juridice* nr. 3, (2009): 8.
6. Chelaru, Eugen. *Dreptul civil. Persoanele*. București: Ed. C.H. Beck, 2008.
7. Cornu, G. *Droit civil. Introductios. Les personnes. Les biens*. 12th. Paris: L.G.D.J. Montcrestien, 2005.
8. Duminiță, R. "Statutul juridic al embrionului uman". *Annales Universitatis Apulensis, Seria Juresprudentia*, nr. 13, (Alba-Iulia, 2010).
9. Ghestin, Jacques, and Gilles Goubeaux. *Traité de droit civil. Introduction générale*. 1977.
10. Kayser, P. "Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques", *Revue trimestrielle de droit civil*, vol. XXIX (1971) : 448-454.
11. Lupan, E. and I. Sabău-Pop. *Tratat de drept civil român, vol 1, Partea generală*. București: Ed. C.H. Beck, 2006.
12. Malaurie, Ph. and L. Aynes. *Droit civil. Les personnes. Les incapacités*, 5th edition. Paris: Ed. Cujas, 1999.
13. Mihai, Gh. and H. Popescu. *Introducere în teoria drepturilor personalității*. București: Ed. Academiei Române, 1992.
14. Muraru, I. and Elena Simina Tănăsescu. *Drept constituțional și instituții politice*. București: Ed. C.H. Beck, 2003.
15. Pivniceru, Mona-Maria and Florin Dorian Dăscălescu. "Limita inferioară a dreptului la viață: între protecția fătului uman, dreptul la avort și pregresul științelor biomedicale", *Revista Română de Bioetică*, vol. 1, nr. 4, (2003).
16. Pradel, X. *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*. Paris: Librairie Générale de Droit et la Jurisprudence, 2004.
17. Pop, L. and L. M. Harosa. *Drept civil. Drepturile reale principale*. București: Ed. Universul Juridic, 2006.
18. Terré, Fr. and D. Fenouillet. *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*. Dalloz, 1996.
19. Terre, D. *Les questions morales du droit*. Paris: Ed. Presses Universitaires de France, 2007.
20. Ungureanu, O. and C. Jugastru. *Drept Civil. Persoanele*. București: Ed. Hamangiu, 2007.
21. Voicu, C. *Teoria generală a dreptului*. București: Ed. Universul Juridic, 2006.
22. Zenati-Castaing F. and Th. Revet. *Manuel de droit de personnes*. Paris: Ed. Presses Universitaires de France, 2006.

APRECIERI GENERALE PRIVIND DREPTUL OMULUI ASUPRA PROPRIULUI CORP CU REFERIRI LA NOUL COD CIVIL

RAMONA DUMINICĂ*
ANDREEA DRĂGHICI**

Abstract

Schimbările profunde generate de progresul biologiei și științelor medicale pun în prezent dreptul în fața unor noi provocări: reconsiderarea raportului dintre om și propriul corp și protecția juridică a corpului uman. Astfel, prezentul articol urmărește să stabilească natura dreptului pe care individul uman îl are asupra propriului corp prin raportare la legislația în vigoare, la opiniile exprimate la nivel doctrinar, dar și la soluțiile propuse în domeniu de Noul Cod Civil. O perioadă îndelungată de timp, dreptul făcea referire la corpul uman numai indirect atunci când se discuta dobândirea sau pierderea personalității sale juridice. Reproducerea umană artificială, transplantul de organe, comercializarea dreptului la imagine sunt doar câteva aspecte care impun ca necesitate pentru științele juridice clarificarea conținutului juridic al dreptului persoanei fizice asupra corpului său.

Cuvinte cheie: *dreptul omului asupra propriului corp, drepturile personalității, protecția juridică a corpului uman, cadrul legislativ în materie, dreptul asupra propriului corp în Noul Cod Civil*

Introducere

Dreptul omului asupra propriului corp rămâne un subiect de maximă actualitate și mai ales formează încă obiect de controversă la nivel doctrinar și jurisprudențial, având în vedere carențele legislative din acest domeniu. Deși corpului uman încă din antichitate i s-a acordat o importanță deosebită, totuși mult mai târziu dreptul va fi interesat de asigurarea protecției acestuia.

Inițial, normele juridice făceau referire la corpul uman doar din perspectiva considerării lui ca suport al personalității juridice. Legătura care există între corpul viu al omului și personalitatea sa juridică este de netăgăduit deoarece numai omul născut viu este dotat cu personalitate juridică, iar personalitatea juridică încetează o dată cu moartea sa. Acesta este unul din motivele care au determinat asimilarea corpului cu persoana.

Progresul științelor medicale și posibilitatea apariției unor abuzuri au ridicat din ce în ce mai mult problema protecției juridice a corpului uman.

Noile concepții conturate la nivel doctrinar consideră persoana drept o uniune între suflet și corp căreia i se adaugă viața.

Posibilitatea prelevării de organe, țesuturi și celule reproducerea umană artificială, comercializarea dreptului la imagine, repararea daunelor morale prin acordarea unei sume de bani ș.a. impun redefinirea legăturii dintre om și suportul său biologic și clarificarea naturii dreptului pe care omul îl are asupra propriului corp.

1. Precieri privind drepturile personalității

De regulă, termenul de *personalitate* (pl. personalități; fr. *personnalite*, germ. *Personaliät*), presupune „ansamblul trăsăturilor psihice ale unui individ”, „ceea ce este propriu, specific fiecărei persoane”. Conceptul este utilizat și cu alte înțelesuri: pentru a se desemna o persoană cu aptitudini deosebite într-un anumit domeniu; pentru desemnarea conducătorului unui stat, al unui grup social,

* Assistant Ph.D. Candidate, Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Pitesti (e-mail: duminica.ramona@yahoo.com).

** Lecturer, Ph.D., Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Pitesti (e-mail: andidraghici@yahoo.com).

care prin activitatea desfășurată influențează decisiv desfășurarea evenimentelor.

Din perspectivă juridică, noțiunea de drepturi ale personalității se referă la acele drepturi care se exercită asupra unor atribute inerente individului uman, care aparțin oricărei persoane din momentul nașterii acesteia. Așa cum se afirmă în doctrină¹, personalitatea la care trimit aceste drepturi nu se reduce la noțiunea tehnică de personalitate juridică, în sensul de a fi subiect de drept. Ea urmărește să exprime mai mult, și anume: persoana umană în totalitatea sa, în realitatea sa biologică, psihologică și socială.

Pentru prima oară, conceptul de drepturi ale personalității s-a utilizat în sistemul juridic german, unde acestea sunt reglementate expres de lege. Cu valoare de principiu, Codul civil german conține reglementări, conform cărora cel care aduce atingere vieții, corpului, sănătății și libertății altuia, este ținut să repare prejudiciul cauzat (art. 823 BGB). Pornind de la aceste dispoziții, jurisprudența și literatura de specialitate au consacrat dreptul la respectul vieții, al integrității fizice și al libertății de mișcare, iar Curtea federală de justiție, având ca punct de plecare art. 1 și 2 din Constituția federală referitoare la demnitatea umană și dezvoltarea personalității a consacrat un drept general al personalității.

În demersul definirii noțiunii de drepturi ale personalității, o mare parte a doctrinarilor² au plecat de la definiția drepturilor subiective și delimitarea acestora din urmă de libertățile civile.

Astfel, dreptul subiectiv civil este posibilitatea subiectului activ, în limitele normelor juridice civile, de a avea o anumită conduită și de a pretinde subiectului pasiv o conduită corespunzătoare, iar, în caz de nevoie de a solicita concursul forței coercitive a statului.³

În același timp, în mod întemeiat s-a afirmat că dreptul subiectiv este o restrângere legitimă a libertății celuilalt, stabilită prin norma juridică în favoarea subiectului care beneficiază astfel de un domeniu rezervat pentru a-și exercita prerogativele.⁴

Într-o exprimare generală, libertățile constau în a face ceea ce vrei sau, așa cum a afirmat un reputat autor „de a nu face ceea ce nu vrei.”⁵

Astfel, pe lângă drepturi există și unele libertăți consacrate de dreptul civil. Acestea nu sunt drepturi subiective veritabile; ele sunt într-un fel facultăți sau virtualități, deoarece nu au un obiect precis determinat. În mare parte ele nu sunt consacrate printr-o dispoziție expresă a legii. Dar întrucât aceste libertăți civile au multe caractere comune cu drepturile personalității, ele nu pot fi separate, de aceea ele se unesc – așa cum se arată în doctrină – în categoria drepturilor personalității.⁶

O analiză realizată dintr-o asemenea perspectivă generează concluzia potrivit căreia drepturile personalității sunt o aplicație particulară a drepturilor subiective civile.

Într-adevăr, între cele două categorii de drepturi există o relație de la general la particular. Ca atare, apreciem că drepturile personalității se regăsesc în categoria drepturilor subiective nepatrimoniale, întrucât protejează valori neevaluabile în bani. Viața, demnitatea, onoarea, imaginea, viața privată nu au valoare pecuniară. Într-o încercare de definire, s-a precizat, că drepturile personalității sunt „drepturi subiective civile fără expresie materială, supuse principiului disponibilității.” Drepturile personalității ar constitui astfel „libertăți civile”.

În ce ne privește, considerăm că drepturile personalității sunt prerogative cu caracter nepatrimonial strâns legate de om, indispensabile existenței sale biologice și realizării personalității sale, în plan psihologic și social și care pot fi apărate prin apelarea la justiție.

¹ O. Ungureanu și C. Jugastru, *Drept civil. Persoanele*, Ediția a-2-a (București: Ed. Hamangiu, 2007), 40.

² A se vedea: P. Kayser, „Les droits de la personnalite. Aspects theoriques et pratiques”, *Revue trimestrielle de droit civil*, vol. XXIX (1971): 448-454; Gh. Mihai, G. Popescu, *Introducere în teoria drepturilor personalității* (București: Ed. Academiei Române, 1992) 55-64.

³ G. Boroș, *Drept civil. Partea generală. Persoanele* (București: Ed. Hamangiu, 2008), 76.

⁴ Jacques Ghestin și Gilles Goubeaux, *Trate de droit civil. Introduction general* (1977), 141.

⁵ G. Cornu, *Droit civil. Introductions. Les personnes. Les biens*, ed. a XII-a (Paris: L.G.D.J. Montcrestien, 2005), 185.

⁶ O. Ungureanu și C. Jugastru, *Drept civil. Persoanele*, Ediția a-2-a (București: Ed. Hamangiu, 2007), 41.

Referitor la natura juridică a acestor drepturi, ele sunt drepturi personale nepatrimoniale, ceea ce atrage consecința că drepturile personalității nu pot fi considerate bunuri. În aceeași manieră se pronunță și doctrina clasică franceză care utilizează frecvent denumirea de „drepturi extrapatrimoniale” tocmai pentru a evidenția faptul că acestea nu fac parte din patrimoniul persoanei, știut fiind că acesta este alcătuit din “totalitatea sau universalitatea drepturilor patrimoniale și obligațiilor patrimoniale care aparțin unei persoane”.⁷

Prin urmare, drepturile personalității prezintă următoarele caractere juridice, fiind: incesibile, netransmisibile, insesizabile, nu pot fi exercitate prin reprezentant, imprescriptibile, opozabile erga omnes.

Prin incesibilitatea acestor drepturi se înțelege faptul că nu pot face obiectul prin convenție al unei cesiuni sau renunțări definitive.

Netransmisibilitatea presupune că la moartea persoanei aceste drepturi se sting și nu se transmit în principiu moștenitorilor.

De asemenea, ele sunt insesizabile tocmai pentru că nu constituie bunuri economice, de aceea se spune că aceste drepturi sunt scoase din circuitul civil.

Pentru că sunt strâns legate de persoană, drepturile personalității nu pot fi exercitate decât în mod direct, iar nu și prin intermediul altor persoane.

Indiferent de perioada pentru care titularul unui astfel de drept îl exercită sau nu, el nu se va stinge prin prescripție și nu va putea fi dobândit de o altă persoană.

Nu în ultimul rând, drepturile personalității fac parte din categoria drepturilor absolute, fiind opozabile față de orice subiect de drept, fără a fi necesară îndeplinirea unor formalități de publicitate, ceea ce înseamnă că toate celelalte persoane, în calitate de subiect pasiv nedeterminat, au obligația generală și negativă de a se abține de la orice act sau fapt care ar putea aduce atingere dreptului subiectului activ, adică au obligația de a nu face nimic de natură a încălca sau de a stânjeni exercitarea acestor drepturi. Merită menționat că în doctrina germană se susține și opinia potrivit căreia drepturile absolute „nu întemeiază raporturi juridice, ci instalează doar o stare latentă de “a putea” juridicește, adică de a înfăptui prerogativele apărute prin dreptul absolut și de “a trebui” juridicește, adică toate celelalte persoane trebuie să nu stânjenească îndeplinirea prerogativelor titularului dreptului absolut. Prin urmare, raportul juridic va lua naștere doar la momentul când subiectul pasiv se va individualiza, aducând atingere dreptului absolut. În mod corect, s-a arătat că individualizarea subiectului pasiv, în modalitatea amintită, determină o relație juridică în conținutul căreia intră drepturi relative, iar nu drepturi absolute.”⁸

Trăsăturile menționate mai sus au valoare de principii, unele din ele, cunoscând și excepții. Îndeosebi atunci când este vorba despre dreptul la respectarea vieții private, dreptul la nume, dreptul la voce și dreptul la imagine, se admite valabilitatea convențiilor cu titlu oneros prin care se permite publicarea unor detalii referitoare la viața privată a unei persoane ori folosirea imaginii sau vocii în scopuri comerciale. Astfel, asistăm în prezent la conturarea unei tendințe de patrimonializare a drepturilor nepatrimoniale.

Nu există încă nici în doctrina românească și nici în cea străină un acord unitar cu privire la drepturile care fac parte din categoria drepturilor personalității.

De regulă, criteriile utilizate pentru clasificarea drepturilor nepatrimoniale se folosesc și pentru delimitarea drepturilor personalității.

Considerăm relevantă următoarea clasificare propusă în doctrină ce are drept criteriu triada structurii umane - omul ca ființă bio-psiho-socială – și care distinge împarte drepturile personalității în următoarele categorii: drepturi ale personalității care vizează ființa umană ca entitate bio-psihică (dreptul la viață, dreptul la integritate fizică și psihică, dreptul de a dispune

⁷ L. Pop și L. M. Harosa, *Drept civil. Drepturile reale principale* (București: Ed. Universul Juridic, 2006), 130.

⁸ E. Lupan și I. Sabău-Pop, *Tratat de drept civil român*, vol. 1, *Partea generală* (București: Ed. C.H. Beck, 2006), 65.

asupra propriului corp, iar mai recent dreptul la propria voce); drepturi ale personalității care privesc omul ca subiect al stărilor emoționale sau afective (dreptul la onoare, dreptul la reputație, demnitate, dreptul la respectarea sentimentelor de afecțiune în cazul morții unei ființe apropiate); drepturi referitoare la protejerea omului ca ființă socială (într-o subdiviziune, vorbim de drepturi care aparțin persoanei fizice: dreptul la nume, dreptul la domiciliu, dreptul la respectarea vieții private, dreptul la imagine, drepturile de creație intelectuală - latura nepatrimonială și drepturi care definesc persoana juridică: dreptul la denumire, dreptul la sediu, dreptul la propria firmă, emblemă).

Practic, este imposibil de realizat un inventar al tuturor drepturilor personalității, lista rămânând întotdeauna deschisă. În acest sens, doctrinarii francezii apreciază că ne confruntăm cu o adevărată inflație a drepturilor personalității.⁹

Intrate destul de recent în peisajul juridic românesc, drepturile personalității nu se bucură momentan de un sistem juridic unitar și coerent de protecție, reglementări disparate consacrate acestei protecții fiind răspândite la nivelul diverselor acte normative.

Însă, încălcarea drepturilor altei persoane constituie delict civil, astfel că răspunderea autorului va fi atrasă în baza art. 998-999 C. Civ. care reglementează răspunderea civilă delictuală. De asemenea, pentru că drepturile personalității sunt drepturi personale nepatrimoniale, ele sunt protejate și prin dispozițiile art. 54 din Decretul 31/1954, potrivit căruia: „Persoana care a suferit o atingere în dreptul său la nume ori la pseudonim, la denumire, la onoare, la reputație, în dreptul său personal nepatrimonial de autor al unei opere științifice, artistice ori literale, de inventator sau în orice alt drept personal nepatrimonial, va putea cere instanței judecătorești încetarea săvârșirii faptei care aduce atingere drepturilor mai sus arătate”. În cazul în care autorul faptei nu execută cele stabilite de instanță, aceasta îl va putea obliga să plătească, în folosul statului o amendă pentru fiecare zi de întârziere.

Măsurile pe care le poate lua instanța pot viza confiscarea și distrugerea materialelor publicate, prin care a fost vătămat dreptul respectiv, retragerea din circulație a operelor care au cauzat un prejudiciu moral, asigurarea exercitării dreptului la replică, publicarea hotărârii judecătorești de condamnare. Distinct de aceste măsuri, instanța îl va putea obliga pe făptuitor și la plata unor despăgubiri pentru repararea prejudiciilor morale pe care i le-a cauzat victimei. Există însă și drepturi ale personalității care se bucură de un regim special de protecție, așa cum este, spre exemplu, cazul dreptului la integritate fizică.

Un act normativ important pentru acest domeniu este reprezentat de Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății.

O primă categorie de reglementări ale legii amintite se referă la necesitatea obținerii acordului prealabil al pacientului ori de câte ori aceasta ar urma să fie supus la metode de prevenție, diagnostic și tratament, cu potențial risc pentru el. În cazul în care pacientul este în imposibilitate de a-și exprima consimțământul, acesta va fi dat de reprezentantul său legal sau de ruda cea mai apropiată.

O altă categorie de dispoziții inserate în legea menționată mai sus fac referire la prelevarea de organe, celule, țesuturi de origine umană, în vederea transplantului.¹⁰

2. Reflecții privind natura dreptului omului asupra propriului său corp

Așa cum arătam și mai sus, este imposibil de realizat o enumerare limitativă a drepturilor personalității, totuși putem să precizăm, analizând din perspectivă istorică evoluția acestora, că primele valori ce au intrat în atenția dreptului au fost viața privată, imaginea persoanei și posibilitatea omului de a dispune de propriul său corp. Totuși, intervenția legiuitorului în materie a

⁹ A se vedea: X. Pradel, *Le prejudice dans le droit civil de la responsabilite* (Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 2004), 123.

¹⁰ A se vedea: E. Chelaru, *Drept civil. Persoanele* (București: Ed. C.H. Beck, 2008), 18-23.

intervenit relativ târziu, astfel că o bună parte din timp, în lipsa unor reglementări concrete, doctrina și jurisprudența au fost cele care au încercat să găsească răspunsuri pentru problemele ridicate.

În cele ce urmează vom încerca să stabilim natura dreptului omului de a dispune de propriul său corp, având în vedere că acest drept a constituit și rămâne încă obiect de controversă.

Încă din antichitate corpului uman i s-a acordat o mare importanță. Bunăoară, civilizația greacă l-a înfățișat atât în opere artistice cât mai ales în exercițiul fizic. Mai târziu creștinismul a subliniat și exaltat importanța sufletului. Chiar dacă, începând din această epocă, corpul uman a fost considerat o componentă a persoanei umane, dreptul se va ocupa cu adevărat de ocrotirea lui abia după două milenii.¹¹

Inițial, normele juridice se refereau la corpul uman numai indirect în cazul nașterii și morții persoanei fizice, iar ceea ce interesa era dobândirea sau pierderea personalității juridice. Într-adevăr, este bine cunoscut faptul că existența persoanei fizice, privită ca subiect de drept, este condiționată de existența sa biologică. Din această perspectivă, corpul omului viu este considerat a fi suportul personalității juridice. Raportul care există între corpul viu al omului și personalitatea sa juridică este de necontestat pentru că numai omul născut viu este dotat cu personalitate juridică, iar personalitatea juridică încetează la moartea sa. Acesta este unul din motivele care au determinat asimilarea corpului cu persoana. Însă, evoluția vieții sociale, dar mai ales progresele medicale au determinat transformări profunde, iar dreptul trebuie să reanalizeze puterea pe care omul o are asupra propriului său corp și mai ales să consacre mijloacele de protecție a acestuia. După cum se apreciază în doctrină, „timpul prezent este timpul emancipării corpului și, dacă se va ajunge la armonia corpului cu sufletul, atunci s-ar realiza unul din cele mai vechi visuri ale omului.”¹²

Reproducerea umană artificială, „modificarea omului” prin chirurgie, posibilitatea prelevării de organe, țesuturi și celule, comercializarea dreptului la imagine, repararea daunelor morale prin acordarea unei sume de bani ș.a. impun clarificarea dreptului pe care omul îl are asupra propriului corp.

Noile concepții conturate la nivel doctrinar văd în persoană o uniune între suflet și corp, căreia i se adaugă viața. Însă, s-a arătat că viața umană este mai mult decât corporalitatea și orice reducere a acesteia la viața organică implică o reificare a persoanei.¹³

Exercitarea unui drept de dispoziție asupra unor drepturi atașate persoanei, în multe cazuri prin comercializarea acestora sau chiar a persoanei însăși a dat naștere unui proces care poate apropia poziția persoanei fizice de cea a unor lucruri și care a fost denumit „reificarea persoanei.”¹⁴

Astfel, în prezent doctrinarii încearcă să redefinească raportul dintre persoană și corpul său și să stabilească natura dreptului acesteia asupra suportului său biologic.

În literatura de specialitate s-au conturat două concepții fundamentale opuse: cea care pune accentul pe „a avea” și cea pentru care esențial este „a fi”.

Potriviți unei opinii, fundamentată pe analiza prevederilor Codului civil francez (cartea 1, titlul 1, capitolul II „Du respect du corps humain”) s-a spus că persoana despre care tratează legiuitorul atunci când se referă la corpul uman nu este subiectul de drept, ci omul ca ființă corporală, născută și vie. Posibilitatea realizării acestei disocieri, între subiectul de drept și corpul acestuia, care-i este doar suportul, este considerată un argument decisiv pentru a-i da corpului uman calificarea de lucru. Persoanei i s-ar recunoaște drepturi asupra propriului corp, care este astfel privit ca obiectul acestor drepturi. Efectul ar fi acela că „lucrurile umane (les choses humaines) sunt apropiabile fără dificultate și pot fi, prin consecință, privite ca bunuri.”¹⁵ Astfel,

¹¹ O. Ungureanu și C. Juguștru, *Drept civil. Persoanele*, Ediția a-2-a (București: Ed. Hamangiu, 2007), 21.

¹² Fr. Terré și D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités* (Daloz, 1996), 15.

¹³ A se vedea: D. Terre, *Les questions morales du droit* (Paris: Ed. Presses Universitaires de France, 2007), 66.

¹⁴ Ph. Malaurie și L. Aynes, *Droit civil. Les personnes. Les incapacités*, ed. a V-a (Paris: Ed. Cujas, 1999), 22.

¹⁵ F. Zenati – Castaing and Th. Revet, *Manuel de droit de personnes* (Paris: Ed. Presses Universitaires de France, 2006), 231-239.

persoana are asupra propriului corp o putere, caracteristică dreptului de proprietate, care îi permite să excludă pe altul și să-și rezerve utilitățile propriului corp.

Analizând această opinie, se arată că proprietatea este, în primul rând, putere de a interzice, și aceasta se va manifesta aici, de principiu, în puterea de inviolabilitate a corpului uman, așa încât atingerea integrității fizice este supusă voinței persoanei în cauză. „Proprietatea corpului va oferi fiecăruia stăpânirea utilităților sale corporale, cu respectarea restricțiilor impuse de lege. Principiul liberei utilizări a corpului de către subiect ar exprima ideea potrivit căreia fiecare poate să rețină din corpul său toate utilitățile (usus, fructus, abusus). În esență, corpul uman ar fi obiectul unui drept de proprietate, astfel încât fiecare are posibilitatea de a dispune liber, material și juridic, de corpul său.”¹⁶

În mod justificat, majoritatea doctrinarilor resping această opinie, teoriile referitoare la pretinsul drept de proprietate asupra corpului uman aducând în discuție în mod abuziv noțiunea de patrimoniu, fără a ține cont de faptul că în această materie este vorba despre „a fi”, iar nu despre „a avea”. Corpul uman nu este un lucru, este persoana însăși.

În mod corect s-a arătat că a recunoaște individului un drept de proprietate asupra corpului său ar presupune recunoașterea valabilității oricărui act de dispoziție exercitat cu privire la acesta, ar însemna să confundăm subiectul cu obiectul. „Dacă omul este considerat un lucru, dacă acceptăm ca el să fie considerat un lucru, dacă încetăm să credem că el este un om care trebuie respectat, nu mai există nicio speranță, iar sfârșitul speranței este sfârșitul civilizației.”¹⁷

Opinia majoritară, la care aderăm și noi, consideră dreptul omului asupra propriului său corp ca fiind un drept al personalității, unul din drepturile primordiale ale omului. Însă, s-a precizat că atunci când punem în discuție calificarea raportului dintre persoană și corpul său, nu putem vorbi despre un drept subiectiv civil oarecare, ci suntem în realitate în fața unei libertăți, exprimând un aspect al libertății fizice.¹⁸

Doctrinarii apreciază că “respectul corpului uman vizează în primul rând persoana umană și apoi corpul însuși. Acest respect este datorat indiferent dacă este vorba despre un corp sănătos sau de unul cu o sănătate precară. Persoana nu este mai întâi spirit, voință, judecată, consimțământ. Specific ei este de a fi, în mod inseparabil, carne și voință. Suportul necesar persoanei este corpul care este de bază. În adevăr, corpul există înainte ca voința să se consolideze și el rămâne chiar dacă voința s-ar altera. El, corpul, cere protecție atunci când voința nu-l ajută să se apere (este cazul copilului de vârstă fragedă sau al debililor mintali). Se poate spune: corpul este persoana prin destinație.”¹⁹

Nu în ultimul rând trebuie să distingem între corpul omului, privit în ansamblul său, elementele acestuia (organe, țesuturi) și produsele corpului uman (sânge, lapte de mamă ș.a.). Astfel, chiar și atunci când aceste elemente ale corpului sunt dispersate de acesta, dobândind caracter de „lucru”, totuși acestea nu pot forma obiectul unui drept patrimonial și ca atare nu pot fi considerate bunuri, păstrându-se astfel și în această situație caracterul nepatrimonial al dreptului omului asupra propriului său corp.

Prin urmare, având în vedere caracterul extrapatrimonial al corpului uman atât în ansamblul său cât și în ceea ce privește organele și țesuturile ce îl alcătuiesc, apreciem că acesta se află în afara comerțului, ceea ce corespunde naturii juridice a drepturilor personalității.

3. Între dreptul asupra propriul corp și dreptul la viață

În prezent, Constituția României conține o serie de reglementări care privesc drepturile personalității în general și dreptul omului asupra propriului său corp în special.

¹⁶ S. Cercel, „Considerații privind dreptul asupra propriului corp”, *Revista de Științe Juridice nr. 3*, (2009): 8.

¹⁷ Ph. Malaurie and L. Aynes, *Droit civil. Les personnes. Les incapacités*, ed. a V-a (Paris: Ed. Cujas, 1999), 23.

¹⁸ A se vedea: J. Carbonnier, *Droit civil. Les personnes*, 21-e edition (PUF, 2000), 25.

¹⁹ O. Ungureanu și C. Juguștru, *Drept civil. Persoanele*, Ediția a-2-a (București: Ed. Hamangiu, 2007), 23.

Astfel, în art. 1 alin. 3 din Constituție se dispune că „România este stat de drept, democratic și social, în care demnitatea omului, (...) libera dezvoltare a personalității umane (...) reprezintă valori supreme (...)”, iar în art. 22 se prevede că „(1) Dreptul la viață, dreptul la integritate fizică și psihică ale persoanei sunt garantate.” În continuare, art. 26 arată că „(1) Autoritățile publice respectă și ocrotesc viața intimă, familială și privată (2) Persoana fizică are dreptul să dispună de ea însăși dacă nu încalcă drepturile și libertățile altora, ordinea publică și bunele moravuri.”

Toate acestea sunt drepturi fundamentale între care se stabilesc legături indisolubile chiar dacă sunt reglementate distinct.

În ce privește dreptul persoanei de a dispune de ea însăși, doctrinarii au subliniat că acesta constituie unul din cele mai naturale, inalienabile și imprescriptibile drepturi ale omului. Cunoscut și sub titulatura de dreptul persoanei de a dispune de corpul său sau de libertate corporală, acest drept a fost contestat o mare perioadă de timp din motive religioase, morale sau cutumiare.

Potrivit unei opinii, dreptul persoanei de a dispune liber de corpul său este o veche revendicare feministă strâns legată de libertatea sexuală cu evitarea riscului maternității. În conținutul acestui drept, în timp, s-au regăsit dreptul de a folosi anticoncepționale, dreptul de avort, dreptul de a dona organe sau țesuturi pentru transplant sau alte experiențe medicale și de inginerie genetică.²⁰

Dreptul persoanei de a dispune de ea însăși implică două principale aspecte: pe de-o parte numai persoana poate dispune de ființa sa, de integritatea sa fizică și de libertatea sa, iar pe de altă parte, prin exercitarea acestui drept, persoana nu trebuie să aducă atingere drepturilor altora, ordinii publice sau bunelor moravuri. Prin urmare, libertatea naturală a omului asupra propriului corp prezintă o serie de limitări aduse prin lege.

La baza dreptului persoanei de a dispune de ea însăși stă dreptul la viață. Imposibilitatea stabilirii exacte a limitelor celor două drepturi poate genera apariția unor conflicte între acestea. De exemplu, un astfel de conflict apare între posibilitatea de a avorta ca o componentă a dreptului omului asupra propriului său corp și dreptul la viață al embrionului uman.

Dreptul la viață, deși reprezintă condiția *sine qua non* pentru exercitarea celorlalte drepturi, nu se bucură totuși de existența unor granițe bine delimitate. În doctrină²¹ se apreciază că acest aspect se datorează lipsei unei definiții juridice a noțiunii de „viață”, nefiind încă acceptată în mod unitar o asemenea definiție în documentele internaționale.

Astfel, în Declarația Universală a Drepturilor Omului se arată în articolul 3: „orice ființă are dreptul la viață, la libertate și la securitatea persoanei sale”. Într-o exprimare similară, Pactul Internațional privitor la drepturile civile și politice precizează în articolul 6: „dreptul la viață este inerent persoanei umane. Acest drept trebuie să fie protejat de lege. Nimeni nu poate fi privat în mod arbitrar de viața sa”. Prin urmare, se observă că în aceste documente nu se regăsește o definiție a noțiunii de „viață”, ci doar se enunță dreptul la viață, ezitându-se în clarificarea exactă a conceptului.

Se ridică problema dacă se recunoaște sau nu embrionului uman dreptul la viață. Situația juridică a embrionului uman²² a provocat și continuă să provoace puternice dispute în filozofie, religie, știință și drept.

Părerile filosofice și religioase sunt extrem de diverse. Religiiile au adoptat poziții total diferite față de statutul embrionului uman. Astfel, poziția Islamului este mai relaxată decât cea a

²⁰ I. Muraru și Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. 1 (București: Ed. C.H. Beck, 2003), 185-188.

²¹ Mona-Maria Pivniceru, Florin Dorian Dăscălescu, “Limita inferioară a dreptului la viață: între protecția fetusului uman, dreptul la avort și progresul științelor biomedicale”, în *Revista Română de Bioetică*, vol. 1, nr. 4, (2003).

²² A se vedea: R. Duminiță, “Statutul juridic al embrionului uman”, în *Annales Universitatis Apulensis, Seria Jurisprudentia*, nr. 13/2010, (Alba-Iulia, 2010).

Bisericii Catolice. Cercetările asupra embrionului uman sunt acceptate în măsura în care ele preced momentul în care embrionul capătă un suflet, respectiv a 40-a zi de la fecundație.

Poziția evreilor este determinată de faptul că nici Biblia și nici Talmudul nu stabilesc că statul întreg al ființei umane există în momentul fecundării, acesta dobândindu-se abia după o dezvoltare după o fecundare. Drept urmare, în afara uterului, embrionul nu are un statut juridic.

Biserica Catolică consideră că ființa umană există din momentul fecundării, iar embrionul este considerat o ființă umană care are dreptul de a fi respectată și care trebuie să se dezvolte și să ajungă la termen. Nu este acceptată nici o distincție între embrionii in vivo și in vitro. Cercetările asupra embrionului uman trebuie să fie condamnate.²³

La nivel filozofic, opiniile se regăsesc în două mari curente: curentul utilitarist și curentul kantian. Curentul utilitarist, întâlnit în țările anglo-saxone, consideră că finalitatea, respectiv salvarea de vieți prin utilizarea rezultatelor cercetărilor științifice și medicale, justifică cercetările efectuate asupra embrionului. Pe de altă parte, curentul kantian afirmă că studiile realizate asupra embrionului nu trebuie condamnate în masă, ele trebuie doar limitate pentru a respecta potențiala ființă umană prezentă în embrion.

Bulversate de multitudinea de păreri diferite, științele juridice încearcă să stabilească statutul juridic al embrionului, în centrul controverselor, găsindu-se „potențialitatea” embrionului de a deveni o ființă umană. „Potențialitatea” ființei umane nu reprezintă decât o posibilitate care trebuie confirmată, astfel embrionului uman i se poate nega statutul juridic și, pe cale de consecință, va fi considerat un simplu obiect de laborator. Dat fiind faptul că statutul embrionului nu poate fi confundat cu statutul juridic al omului, dreptul a creat „un om juridic diferit de om.”²⁴

Dobândirea statutului juridic cere ca ființa umană să fie aptă de a fi titulara unor drepturi pe care să le exercite. Diferența dintre „om” și „om juridic” se accentuează în privința embrionului, deoarece acesta nu este decât o potențială ființă umană, neputându-i-se recunoaște capacitatea de a fi titular de drepturi pe care să le exercite. Pe durata gestației, embrionul este parte a altui corp, mai exact parte a corpului mamei. Prin urmare, el nu este dotat cu o personalitate juridică distinctă de cea a mamei, deși în anumite situații legea îi recunoaște unele drepturi.²⁵

Această afirmație nu este contrazisă de regula *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodi ejus agitur* (copilul conceput se consideră născut de câte ori este vorba de interesele lui). Pentru a opera această regulă este necesar să fie îndeplinite cumulativ două condiții: copilul să se nască viu și să fie vorba despre drepturile sale. Astfel se justifică și faptul că legislația permite mamei, ca în primele luni de viață ale embrionului să-l distrugă fără a motiva într-un anumit mod acest gest. Dacă legiuitorul aprecia că embrionul este o persoană atunci ne aflăm în prezența unei omucideri. Prin urmare, lipsa de protecție juridică a embrionului se regăsește în dispozițiile legale referitoare la întreruperea voluntară a sarcinii.

Posibilitatea de a avorta reprezintă o componentă a prerogativei recunoscute persoanei de a consimți la intervenții chirurgicale asupra propriului corp. De aceea, nici bărbatul cu care embrionul a fost conceput nu are posibilitatea să se opună avortului, chiar dacă invocă protejarea unui interes propriu sau pretinde că acționează în interesul copilului nenăscut.

Pe de altă parte nu se poate nega faptul că embrionul purtat de mamă constituie o persoană în devenire, tocmai de aceea viața sa este apărută în lunile avansate de sarcină, avortul, fiind permis numai atunci când starea de sănătate sau chiar viața mamei sunt puse în pericol. În doctrina actuală s-a propus o nouă analiză: copilul nenăscut chiar dacă nu este dotat cu personalitate juridică, poate face obiectul unei protecții minime, în calitate de ființă umană potențială, beneficiind cu acest titlu de un drept la integritate fizică. Avortul, justificat de un imperativ absolut, cel al libertății și protecției femeii în stare de suferință, ar constitui doar o excepție.²⁶

²³ C. Voicu, *Teoria generală a dreptului* (București: Ed. Universul Juridic, 2006), 287.

²⁴ Sophie Bricca și Laurence Henry, *Introduction au Droit* (Paris: Ed. L.G.D.J., 2003), 83.

²⁵ Ph. Malaurie și L. Aynes, *Droit civil. Les personnes. Les incapacités*, ed. a-V-a (Paris: Ed. Cujas, 1999), 29.

²⁶ A. Batteur, *Droit de personnes, de la famille et de incapacités* (Paris: L.G.D.J., 2007), 56.

După cum se poate observa dezbateră cu privire la limitele celor două drepturi: dreptul asupra propriului corp și dreptul la viață rămâne încă deschisă, impunându-se prevederi exprese într-un document care să se bucure de o forță juridică reală.

4. Dispozițiile Noului Cod civil în materie

Încercând să dea răspuns unor probleme ivite în practică în materia persoanelor ca urmare a evoluției societății și a progresului științelor medicale, Noul Cod civil urmărește prin Cartea I intitulată „Despre persoane” recunoașterea, ocrotirea și apărarea drepturilor și libertăților civile ale persoanei și crearea unui cadru legal general, modern și unitar.

Dispozițiile referitoare la drepturile personalității în general și la dreptul omului asupra propriului corp în special le regăsim în Capitolul II „Respectul ființei umane și al drepturilor ei inerente” care este structurat în patru secțiuni: „Dispoziții comune” (art. 58-60), „Drepturile la viață, la sănătate și la integritate ale persoanei fizice” (art. 61-69), „Respectul vieții private și al demnității persoanei umane” (art. 70-77), „Respectul datorat persoanei și după decesul său” (art. 78-81).

Astfel, drepturile personalității sunt reglementate prin art. 58 care prevede: „(1) Orice persoană are dreptul la viață, la sănătate, la integritate fizică și psihică, la onoare și reputație, precum și la respectarea vieții sale private. (2) Aceste drepturi sunt incesibile”.

Separat, prin art. 59 sunt enumerate atributele de identificare: „orice persoană are dreptul la nume, la domiciliu, la reședință, precum și la o anumită stare civilă dobândite în conditiile legii”. În fine, art. 60 (Dreptul de a dispune de sine însuși) prevede: „Persoana fizică are dreptul să dispună de sine însuși dacă nu încalcă drepturile și libertățile altora, ordinea publică sau bunele moravuri.”

Răspunzând nevoii de reglementare în materie, Noul Cod civil consacră în Secțiunea a-II-a: garantarea drepturilor inerente ființei umane, interzicerea practicii eugenice și a intervențiilor asupra caracterelor genetice, inviolabilitatea corpului uman, examenul caracteristicilor genetice, condițiile realizării intervențiilor în scop terapeutic sau în scop de cercetare științifică asupra unei persoane majore și asupra unui minor, prelevarea și transplantul de la persoanele în viață. De asemenea, se consacră expres prin art. 66 caracterul extrapatrimonial al corpului uman atât în ansamblul său cât și în ceea ce privește organele, țesuturile ce îl compun și produsele acestuia: „Orice acte care au ca obiect conferirea unei valori patrimoniale corpului uman, elementelor sau produselor sale, sunt lovite de nulitate absolută, cu excepția cazurilor expres prevăzute de lege.”

Nu în ultimul rând, prin art. 69 este precizată și modalitatea de apărare a drepturilor consacrate în această secțiune: „La cererea persoanei interesate, instanța poate lua toate măsurile necesare pentru a împiedica sau a face să înceteze orice atingere ilicită adusă integrității corpului uman precum și pentru a dispune repararea, în condițiile prevăzute la art. 252-256, a daunelor materiale și morale suferite.”

În Secțiunea a III-a, „Respectul vieții private și al demnității persoanei umane” regăsim reglementarea dreptului la liberă exprimare, dreptul la viață privată, dreptul la demnitate, dreptul la propria imagine, stabilindu-se prin art. 75 și limitele acestor drepturi: (1) „Nu constituie o încălcare a drepturilor prevăzute în această secțiune atingerile care sunt permise de lege sau de convențiile și pactele internaționale privitoare la drepturile omului la care România este parte.” (2) „Exercitarea drepturilor și libertăților constituționale cu bună-credință și cu respectarea pactelor și convențiilor internaționale la care România este parte nu constituie o încălcare a drepturilor prevăzute în prezenta secțiune.”

În fine, în Secțiunea a IV-a „Respectul datorat persoanei și după decesul său” se consacră respectul memoriei persoanei decedate, al corpului acesteia și al voinței sale. Se observă că se prelungește astfel protecția juridică a corpului uman și dincolo de moarte. De asemenea, potrivit art. 79 memoria persoanei decedate se va bucura de protecție asemenea imaginii și reputației persoanei aflate în viață.

Apreciem că elemente ale dreptului omului asupra propriului corp subzistă și după deces prin consacrarea obligației de respectare a voinței manifestate în timpul vieții cu privire la felul propriilor funeralii, la destinația propriului corp după deces, la posibilitatea prelevării de organe, țesuturi și celule. Art. 80 precizează „Orice persoană poate determina felul propriilor funeralii și poate dispune cu privire la corpul său după moarte (...)” În final, prin art. 81 „se prevede că prelevarea de organe, țesuturi și celule umane, în scop terapeutic sau științific, de la persoanele decedate se efectuează numai în condițiile prevăzute de lege, cu acordul scris dat în timpul vieții, al persoanei decedate sau, în lipsa acestuia, cu acordul scris, prealabil și expres dat, în ordine de soțul supraviețuitor, de părinți, de descendenți ori, în sfârșit, de rudele în linie colaterală până la al patrulea grad inclusiv.”

Concluzii

Din analiza evoluției drepturilor personalității se observă că intervenția legiuitorului în materia dreptului omului asupra propriului său corp a intervenit destul de târziu, astfel că o bună parte din timp, în lipsa unor reglementări concrete, doctrina și jurisprudența au fost cele care au încercat să găsească răspunsuri pentru problemele ridicate.

Inițial, normele juridice se refereau la corpul uman numai indirect în cazul nașterii și morții persoanei fizice, iar ceea ce interesa era dobândirea sau pierderea personalității juridice. Progresele realizate în domeniul medical și al biologiei au impus redefinirea raportului dintre om și corpul său și stabilirea naturii dreptului acestuia asupra suportului său biologic.

Opinia majoritară exprimată în doctrină este în sensul considerării dreptului omului asupra propriului său corp ca un drept al personalității, incesibil, netransmisibil, insesizabil, ce nu poate fi exercitat prin reprezentant, imprescriptibil și *opozabil erga omnes*.

Prin urmare, având în vedere caracterul extrapatrimonial al corpului uman atât în ansamblul său cât și în ceea ce privește organele și țesuturile ce îl alcătuiesc, se apreciază că acesta se află în afara comerțului, ceea ce corespunde naturii juridice a drepturilor personalității. Aceste aspecte evidențiate în doctrină au fost preluate și consacrate de dispozițiile Noului Cod civil care încearcă astfel să răspundă nevoii de reglementare din acest domeniu.

Bibliografie

1. Batteur, A. *Droit des personnes, de la famille et des incapacités*. Paris: L.G.D.J., 2007.
2. Boroi, Gabriel. *Drept Civil. Partea generală. Persoanele*. București: Ed. Hamangiu, 2008.
3. Bricca, Sophie and Laurence Henry, *Introduction au Droit*. Paris: Ed. L.G.D.J., 2003.
4. Carbonnier, J. *Droit civil. Les personnes*. 21th edition, PUF, 2000.
5. Cercel, S. “Considerations upon one's right over his own body”. *Revista de Științe Juridice* nr. 3, (2009): 8.
6. Chelaru, Eugen. *Dreptul civil. Persoanele*. București: Ed. C.H. Beck, 2008.
7. Cornu, G. *Droit civil. Introductios. Les personnes. Les biens*. Paris: L.G.D.J. Montcrestien, 2005.
8. Duminiță, R. ”Statutul juridic al embrionului uman”. *Annales Universitatis Apulensis, Seria Juresprudentia*, nr. 13, (Alba-Iulia, 2010).
9. Ghestin, Jacques, and Gilles Goubeaux. *Traité de droit civil. Introduction générale*. 1977.
10. Kayser, P. “Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques”, *Revue trimestrielle de droit civil*, vol. XXIX (1971) : 448-454.
11. Lupan, E. and I. Sabău-Pop. *Tratat de drept civil român, vol 1, Partea generală*. București: Ed. C.H. Beck, 2006.
12. Malaurie, Ph. and L. Aynes. *Droit civil. Les personnes. Les incapacités*. Paris: Ed. Cujas, 1999.
13. Mihai, Gh. and H. Popescu. *Introducere în teoria drepturilor personalității*. București: Ed. Academiei Române, 1992.

14. Muraru, I. and Elena Simina Tănăsescu. *Drept constituțional și instituții politice*. București: Ed. C.H. Beck, 2003.
15. Pivniceru, Mona-Maria and Florin Dorian Dăscălescu. "Limita inferioară a dreptului la viață: între protecția fătusului uman, dreptul la avort și progresul științelor biomedicale", *Revista Română de Bioetică*, vol. 1, nr. 4, (2003).
16. Pradel, X. *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*. Paris: Librairie Générale de Droit et la Jurisprudence, 2004.
17. Pop, L. and L. M. Harosa. *Drept civil. Drepturile reale principale*. București: Ed. Universul Juridic, 2006.
18. Terré, Fr. and D. Fenouillet. *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*. Dalloz, 1996.
19. Terre, D. *Les questions morales du droit*. Paris: Ed. Presses Universitaires de France, 2007.
20. Ungureanu, O. and C. Jugastru. *Drept Civil. Persoanele*. București: Ed. Hamangiu, 2007.
21. Voicu, C. *Teoria generală a dreptului*. București: Ed. Universul Juridic, 2006.
22. Zenati-Castaing F. and Th. Revet. *Manuel de droit de personnes*. Paris: Ed. Presses Universitaires de France, 2006.

INSOLVENCY PREDICTION AND PREVENTION LAW NO. 381/2009 ON THE AD-HOC MANDATE AND PREVENTIVE COMPOSITION VS. LAW NO. 85/2006 ON THE INSOLVENCY PROCEDURE

DANIELA MOGOȘ¹

Abstract

In the past years, the economical and legislative scene has shown signs of adherence to European practices. Thus, the enactment of Law no. 381/2009 on preventive composition and ad-hoc mandate has created the legal framework for the prediction and prevention of insolvency.

Neither the preventive composition nor the ad-hoc mandate are applicable in the debtor's insolvency, but on the contrary, in the solvency of the debtor facing some managerial and economic difficulties.

While Law no. 85/2006 provides the debtor's inability to pay, Law no. 381/2009 is intended to prevent a future state of insolvency that could arise from "the decrease of managerial and economic sustainability".

Within the actual context, an increasing number of companies have chosen to declare their insolvency and thus, to enter under the court protection. However, the declaration of insolvency is not always the optimum solution for a trader but it is the only "loophole", used both by creditors and debtors, until Law no. 381/2009 is enforced.

The confidential procedure of ad-hoc mandate and preventive composition to a certain extent – in a moment – in the existence of the business establishment – of managerial and economic difficulty but still able to pay, could be the alternative to a future state of insolvency. And all these with the approval of creditors.

Although it raises a series of questions, it seems that a part of the participants in the actual economic life has expected it with a lot of interest, as the first request for the opening of preventive composition procedure was registered with the Commercial Court in Brasov just the day when Law 381/2009 was enforced.

It is interesting to see which of the two laws, one on the prevention of insolvency and the other intended for already declared insolvency, has a higher efficiency in the reports between creditors and debtors.

It is also important not to lose sight of a parallel analysis of these laws from the point of view of effects on economic recovery of companies, the applicability rate as well as on the purpose of each law, both from the creditors and debtors point of view.

Key words: composition, insolvency, ad-hoc mandate, debtor, creditor

1. Introduction

Common aspects of ad-hoc mandate and preventive composition

Although Law no. 381/2009² follows the pattern of Law no. 85/2006³ regarding insolvency proceedings, significant differences exist between the two laws.

The enforcement of Law no. 85/2006 requires certain admissibility conditions of the first application, as the insolvency proceedings are intended for both creditors and debtors, with the only difference regarding the obligation of the debtor under insolvency proceedings to refer to the court.

The insolvency procedure is an exclusively judicial and public procedure that aims at covering the liabilities of the debtor under insolvency, by means of a collective procedure.⁴

¹ Lawyer – Bucharest Bar

² Issued in the Official Gazette no. 870 of 14.12.2009

³ Issued in the Official Gazette no. 359 of 21.04.2006

⁴ Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. Comentarii pe articole. Ed. a 2-a. (Law no. 85/2006 on insolvency proceedings. Comments per articles) Publishing House Hamangiu 2008. Stanciu D. Cârpenaru, Vasile Nemeș, Mihai Adrian Hotca, page 28

In opposition to the insolvency procedure, Law no. 381/2009 promotes two methods intended to meet (achieve) the purpose of the law that is the rescue of the company in difficulty. These are the ad-hoc mandate and the preventive composition.

1.1. Admissibility conditions

From the ground up, it is necessary to specify that only one distressed legal person debtor may have the capacity to pursue the proceedings, under the procedure provided by Law no. 381/2009.

While the insolvency procedure is intended both to debtors and creditors, Law no. 381/2009 is exclusively intended to the debtor.

It is specifically due to the preventive feature of the proceedings set up by the composition and ad-hoc mandate law why it is intended to debtors that are unable to pay according to an admissibility condition of Law no. 85/2006.

Resorting to the preventive composition proceedings or to the ad-hoc mandate proceedings involves a company whose managerial and economic sustainability is decreasing.

The prevention feature is actually underlined by the lawmaker, indicating that the purpose of the law is to rescue the distressed company.

The distress affecting the company subject to the preventive composition proceedings or to the ad-hoc mandate proceedings must be managerial or economic.

The definitions of managerial sustainability and economic sustainability could be understood together as a cost-effective, coherent and effective functional system, having the features of several basic factors, being at the same time the basic system, mechanism in supporting and in the existence of a company.

At first sight with the terms brought by the Romanian lawmaker by means of law no. 381/2009, we may rightfully approach a restrictive interpretation, distinguishing an oversight.

As I was saying *stricto sensu*, the decreasing managerial and economic sustainability potential can be seen as an increasingly major unbalance, due to a scarce, guilty management.

Managers' responsibility could be engaged in such a situation because they must give account of by reason of their authorization.

But, *latu sensu*, the decreasing dynamics of managerial and economic sustainability can be seen as an unbalance without being able to invoke the fault of the company managers.

Thus, it is possible to score down a decrease of the managerial sustainability due to external factors, to human resources deficit on a certain activity segment such as: lack of qualified or specialized personnel in a certain field, new elements on the internal economic market placing the managers of a company on a barren, unknown field, creating a short time numbness or a paralysis of the capacity to manage the activity.

Moreover, a decreasing dynamics of the economic sustainability could also represent the feed-back of a transition period in the shareholding structure or in the management of a company as well as of certain legislative loopholes or voidness, for certain economic sectors.

We can mention, as an example, without detailing, the difficulties faced during the trade activities, as a result of the blockage arisen within the Trade Register Office until the adoption of the GEO no. 116/2009 on the application of measures regarding the activity of registration with the trade register, enforced on January 14th 2010.⁵

Thus, until the adoption of GEO no. 116/2009, trade operations were greatly delayed and impaired in certain situations due to the absence of managers' mandate, the temporary incapacity to open working points, headquarters and other changes dependent on the registration with the trade register.

⁵ Issued in the Official Gazette no. 926 of 30.12.2009

Under these conditions, economic sustainability will follow a decreasing path, according to the management vector dynamics.

Economic sustainability can also be negatively influenced by external factors that cannot be controlled by the company managers.

Thus, the profitability chart of a company can show a decrease under the economic and political conditions at some point, the decrease of trends on a certain activity sector, sabotages of internal or external agents.

We cannot omit the situation when a company owns accrued receivables from the debtor business partners, this creating an unbalance state of the economic activity.

All these elements, without being exhaustively presented, lead to a decreasing dynamics of the managerial and economic sustainability dynamics, but without creating an immediate insolvency state.

According to Law no. 381/2009, the decreasing dynamics depends however on the period previous to the insolvency state registration. This involves for the company to be “able to meet its due obligations”.

Thus, we point out the prevention function of the law and its enforcement in order to prevent a further insolvency state.

It is due to the preventive feature of Law no. 381/2009 that an insolvency state of the company is excluded, which, according to Law 85/2006, would mean the inability to pay and the cessation of payments towards creditors.

2. Participants in the procedures stipulated by Law 381/2009 on the application of the preventive composition and the ad-hoc mandate.

According to Law no. 381/2009, participants in the preventive composition proceedings are the debtor on one hand and, on the other hand, the bodies enforcing the proceedings stipulated by the law.

2.1. The debtor and the creditor

The debtor participates in the proceedings by means of his legal or conventional representatives. He is the only one that has the capacity to pursue the proceedings, thus being able to draw up an application for opening the ad-hoc mandate or preventive composition proceedings, if he is distressed or he meets or he is able to meet his obligations and he does not range within one of the situations under art. 13 of Law no. 318/2009, in comparison with the insolvency procedure stipulated by Law no. 85/2006, where both the debtor and the creditor have the capacity to pursue the proceedings.

For creditors, art. 4 of Law no. 382/2009 provides that they participate individually in the procedure, to the extent allowed by the rights related to their receivable as well as collectively, under the conditions of this law, by means of the meeting of creditors and of the creditors' representative.

2.2. Bodies enforcing the proceedings under Law no. 381/2009

The bodies that enforce the proceedings stipulated by this law are the courts, by means of the syndic judge or, as the case may be, the court president, respectively the conciliator.

Within the ad-hoc mandate proceedings, the court president is responsible for the applications and the ad-hoc mandatory is one of the insolvency practitioners, he is assigned by the court and he will act as mediator of negotiations between the debtor and the creditor within the proceedings, for the purpose of the law.

For the preventive composition, the syndic judge is responsible for the measures that were enacted, the designation of the conciliator and for giving forth the ratification of preventive composition. It is also required to assign an insolvency practitioner to be the composition conciliator within the proceedings.

As opposed to the insolvency proceedings, where the syndic judge is exclusively responsible, within the ad-hoc mandate and preventive composition proceedings, either the court president or the syndic judge is responsible, depending on the proceedings chosen by the debtor.

3. Proceedings intended for the company rescue

Law no. 381/2009 on the introduction of preventive composition and the ad-hoc mandate stipulates two proceedings at the distressed debtor disposal in order to proceed with its activity, to hold down the jobs and to cover the receivables by means of amiable proceedings of receivable renegotiation or their conditions or by means of a preventive composition with creditors' approval.

These are the ad-hoc mandate and the preventive composition and the debtor has the freedom to choose and to decide, after effectively analysing his situation, which of the two procedures could provide the expected result.

The initiation of one of the two proceedings does not depend on the other, as they represent two separate ways and if one of them is entirely covered, the access to the other procedure is not further restricted.

3.1. Ad-hoc mandate

3.1.1. Prior specifications. Legal nature.

The designation provided by the lawmaker to these proceedings can apparently send us to the mandate regulated by civil or commercial law.

In fact, it is not possible to consider a genuine mandate; thus, it does not mean that it represents a mandate contract.

In order for the civil or commercial mandate to arise in a valid way, there are no special conditions regarding the parties but it is only required for the principal to be able to conclude himself the document whose fulfilment charges the principal and the principal must have full practice capacity.

Thus, the principal's capacity is assessed depending on the nature of the act to be concluded by the principal.⁶

Within the ad-hoc mandate proceedings, parties can only be on one hand, the distressed debtor condition and on the other hand the insolvency practitioner quality.

The contract of mandate is an *intuitu personae*⁷ contract, thus concluded in respect of the principal capacity, which is an irrelevant aspect within the ad-hoc mandate where the only capacity of the principal is that of insolvency practitioner.

Under the object of the contract of mandate, the principal authorizes the agent to conclude legal acts on his behalf.⁸

The insolvency practitioner within the ad-hoc mandate proceeding does not appear as debtor agent because the measures suggested are met by the debtor principal in person. Moreover, the agent does not conclude legal documents but he performs intermediation, agency actions between the debtor and the creditor.

The ad-hoc mandate can neither be created tacitly nor be nude such as the contract of mandate regulated by the common law, as the ad-hoc agent is always paid.

From all the above mentioned aspects, it results that the ad-hoc mandate proceedings represent a waiver from common law and that it cannot be considered a mandate although it borrows this name.

⁶ Francisc Deak, *Tratat de drept civil, Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic Ediția a III a – 2001, pag.318.

⁷ Corneliu Turianu, *Curs de Drept Civil-Contracte Speciale*, Ed. Universitară, pag. 227.

⁸ Stanciu Cârpenaru, Liviu Stănculescu, Vasile Nemeș, *Contracte Civile și Comerciale*, Editura Hamangiu 2009, pag. 178.

3.1.2. The ad-hoc mandate proceedings

The ad-hoc mandate is a confidential procedure, initiated upon the debtor's request by means of which an ad-hoc agent designated by the court negotiates with the creditors in view of reaching an agreement between one or more of the same and the debtor, in order to overcome the difficulty the latter's company is facing at that time.

Confidentiality is specific to these proceedings, it is mandatory for all persons and institutions involved and it is valid along all its duration.

For confidentiality reasons, the procedure runs within the court chambers.

The request is filed at the office of the court president and it is recorded in a special book. The request must include a detailed explanation for the necessity of appointing an ad-hoc agent.

After receiving the request, the president of the court enacts the call-up of the debtor and the suggested ad-hoc agent, within 5 days, by means of procedural agent.

After hearing the debtor, if the debtor's company difficulty is ascertained to be severe and if the suggested ad-hoc agent meets the law conditions in order to exercise this capacity, the court president designates the suggested ad-hoc agent, through concluding statement.

At the same time, at the debtor's suggestion and with the approval of the ad-hoc agent, the court president will establish the ad-hoc agent fee as a fixed fee or as a monthly fee that might be further modified, at the ad-hoc agent request, under the conditions of art. 11 of Law no. 381/2009.

In view of meeting the mandate object, the ad-hoc agent will have the possibility to suggest abatements, rescheduling or partial reductions of debts, the continuation or termination of contracts in progress, staff cuts as well as any other measures he considers necessary.

The maximum term for fulfilling the ad-hoc mandate is of 90 days after the appointment.

If the agent does not reach an agreement between the debtor and one or more creditors for the purpose of overcoming the distress impairing the debtor company, to rescue it, to save the jobs and to cover the receivables against the debtor, the ad-hoc mandate will be terminated automatically.

According to the provisions of art. 12, the ad-hoc mandate can be terminated in one of the following situations:

- through unilateral termination of the mandate by the debtor or the ad-hoc agent;
- through the fulfilment of the ad-hoc mandate object.

At the request of the debtor or the ad-hoc agent, the court president will also find the termination of the ad-hoc mandate, through irrevocable closure.

The capacity of the court president within this procedure is strictly limited to the aspects emphasized within the law, that is:

- he decides the call-up of the debtor and of the ad-hoc agent;
- he hears the debtor into the court chamber;
- if the judge finds that the company's difficulties are severe and that the nominee ad-hoc agent meets the conditions of the law for exercising this capacity, the court president assigns the nominee ad-hoc agent, through irrevocable closure;
- he sets the fee of the ad-hoc agent as a fixed fee or a monthly fee;
- he finds the termination of the ad-hoc mandate at the request of the debtor or of the ad-hoc agent, through irrevocable closure.

The intermediation role of the ad-hoc agent ends at the fulfilment of the mandate object that is when the debtor and the creditor or creditors reach an agreement.

Thus, neither the ad-hoc agent nor the judge are responsible for supervising the fulfilment of obligations undertaken though the agreement or the penalty for the non-performance of the debtor's obligations. Law no. 381/2009 does not provide penalties for the debtor regarding the non-performance of the agreement concluded after the ad-hoc mandate.

We consider that the agreement concluded upon the ad-hoc mandate can take shape in a document with contract value and rules regarding obligations will be applied in the event of culpable or fortuitous non-performance.

If we consider the method of forming the agreement, we could consider that this is a transaction contract.

The purpose and the conditions under which the agreement is created entitle us not to qualify the resulted agreement as a transaction.

Thus, transaction is defined by art. 1704 Civil Law as a contract by means of which the parties conclude an initiated process or they prevent a process that can arise by means of mutual concessions. The transaction can be extrajudicial or judicial.

In order to achieve an extrajudicial transaction, this must be completed in order to prevent a process, through mutual concessions.

For judicial transaction, the parties involved in the process conclude a transaction through mutual concessions, for the purpose of termination of the process and the court, taking into account the parties' agreement (transaction) pronounces an expedient closure under the conditions of art. 82 and 272 of Code of civil procedure.⁹

The agreement reached upon the ad-hoc mandate aims at rescuing the distressed company, thus not having the characteristic of the extrajudicial transaction.

It is not possible to consider a judicial transaction because the judge's capacity is limited, without pronouncing an expedient decision and the parties agreement does not depend on complying with the court control.

3.2. Preventive composition

3.2.1. Prior specifications. Legal nature.

According to art. 3 letter d), preventive composition is an agreement entered into between the debtor on one hand and the creditors holding at least two thirds of the value of accepted receivables on the other hand.

The contract is concluded by means of the creditors' acceptance vote and it takes shape within the preventive composition project, subject to creditors' approval.

The voting, materialized through the vote over the composition offer, is mainly performed by mail, according to art. 24 paragraph (1). The parties intermediated by the conciliator are not impaired to organize one or more collective or individual negotiation meetings but neither party is restricted from going through such a stage, as art. 23 paragraph (1) has an instructive feature.

The law indicates the contract termination situations as follows: nullity, resolution, achieving the composition object or the impossibility to achieve this.

Signatory creditors can request cancellation within maximum 15 days after the composition registration with the trade register. If absolute nullity reasons are invoked, the right to request the nullity ratification is infeasible and it belongs to each person.

Resolution can be requested by the creditors meeting when determining the severe inobservance by the debtor of the obligations undertaken through the composition.

According to Law no. 381/2009, the severe inobservance of obligations undertaken by the debtor through preventive composition consists of actions as: discrimination of certain creditors in favour of other creditors, assets concealment or outsourcing during the preventive composition, payments made without giving consideration for or under ruinous conditions.

When meeting its objective, the composition is terminated after the syndic judge finds a closure certifying the contract object fulfilment.

3.2.2. The preventive composition procedure.

The procedure is commenced by the debtor by means of a petition filed with the Court, whereby the debtor proposes a provisional conciliator for among the insolvency practitioners to be appointed by the court.

⁹ Fl. Baias, Unele considerații referitoare la tranzacție, în RDR nr. 9-12, 1989, pag. 23; a se vedea și s.civ. decizia nr. 637/1991, în Deciziile CSJ 1990-1992, pag. 278-281

The syndic judge appoints the provisional conciliator through concluding statement.

Together with the debtor, the conciliator sets out the list of creditors and the preventive composition offer, within 30 days after the appointment.

The preventive composition offer to be also notified to creditors by the conciliator will also consist of the preventive composition project and the debtor's statement regarding the financial distress as well as the list of known creditors, including those whose receivables are fully or partially challenged, mentioning the amount and the guarantees accepted by the debtor.

According to art. 21 paragraph (1), the preventive composition project must detail: the analytic account of liabilities and assets of debtor, certified by a certified accountant or, as the case may be, audited by a statutory auditor, the causes of the financial distress and the measures taken by the debtor for its fulfilment until the submission of the preventive composition offer such as the financial and accounting progress on the following 6 months as well as a recovery plan.

The recovery plan provides measures regarding the reorganisation of debtor's activity, methods by means of which the debtor tries to overcome the financial distress, the forecasted percent of receivables meeting that cannot be less than 50%, as a result of the implementation of suggested recovery measures.

It is not required for the recovery plan to provide measures regarding all the above mentioned aspects but it is mandatory to include at least one measure.

The reorganization of debtor's activity can consist of restructuring the debtor's management, modifying the functional structure, staff cuts etc.

Methods used by the debtor in order to outcome the distress can consist of increasing the share capital, bond issue or other bank loans, setting up or winding-up subsidiaries or working points, assets selling, guarantees but any effective measures can be implemented.

The receivables satisfaction percent as a result of implementation of suggested recovery measures can also be performed by suggesting measured to be added, as well: extension or rescheduling receivable payments, full or partial discharge of receivables or only the interests or delay penalties, compensations, novations through debtor change.

For due fiscal obligations, suggestions regarding extensions, discharge, rescheduling and partial reductions can only be performed with the observance of legal provisions concerning state aid; in this case, the express consent of the National Agency for Fiscal Administration is required to be expressed within 30 days; or, the consent is presumed.

Within the preventive composition project referred to creditors' approval, the debtor also suggests the confirmation of the provisory conciliator as well as his remuneration for the period subsequent to the composition conclusion.

The deadline for satisfying the receivables established by composition cannot exceed 18 months after the conclusion of the preventive composition but it can be extended with 6 months if the creditors agree.

The project is then referred to creditors' approval. They vote the composition project mainly by mail but meetings between parties can also take place for the negotiation purpose, without exceeding a period of 30 days.

All creditors' votes that are in any way conditioned must be considered negative votes against the composition project.

Preventive composition is considered approved by creditors if the votes of creditors representing the majority of two thirds of the value of accepted and unquestioned receivables are gathered and the receivables nature does not have any value.

The following vote categories will not be taken into account:

- the votes of legal person creditor related up to the 4th degree with at least one of the shareholders/associates/dormant partners and/or managers of the debtor;
- the votes of the legal person creditor within which the debtor and/or one of his shareholders/associates/dormant partners and managers or relatives up to the 4th degree have the

capacity of shareholders/associates/dormant partners and managers;

- the votes of creditors who or whose shareholders/associates/dormant partners and managers received the final sentence for fraudulent bankruptcy, breach of trust, fraud, embezzlement, false testimony, forgery or offences stipulated by Law no. 21/1996, reissued, with further amendments, during the last 5 years previous to opening the procedure stipulated by this law;

- the votes of the creditor whose fiscal record contains facts, according to the Government Ordinance no. 75/2001, reissued, with further amendments and additions.

If the required majority is not gathered, the debtor is entitled to submit a new preventive composition offer but only after at least 30 days.

After the approval of composition by creditors, according to art. 24 paragraph (5), the conciliator requests to the syndic judge to find the preventive composition.

He finds the preventive composition through closure pronounced in the court chamber after hearing the conciliator. The preventive composition ratification request can be exclusively rejected for legality reasons.

Preventive composition approved by creditors and determined by the syndic judge must be notified to the creditors by means of the conciliator and must be mentioned at the trade register.

Communication of the syndic judge decision ascertaining the composition triggers *de jure* suspension of enforcement proceedings initiated by individual creditors who signed the preventive composition agreement and the statute of limitation related to initiation of enforcement proceedings for receivables held by the creditors who signed the preventive composition agreement against the debtor and interest, penalties and other expenses related to receivables held by the creditors who signed the preventive composition agreement against the debtor.

In order to become opposable to non-signatory creditors including the unidentified or challenged creditors, the preventive composition agreement may be ratified by the syndic judge upon the conciliator's request.

Creditors that have not signed are restricted from acting against the debtor only after the preventive composition ratification while until the ratification they are free to recover their receivables in any way admitted by law. No insolvency proceedings may be initiated against the debtor after ratification.

Not all debtors benefit from the ratification of the preventive compositions but only those who cumulatively meet all conditions under art. 28 paragraph (2):

- a) the debtor's company is in financial difficulty;
- b) the value of the challenged receivables does not exceed 20% of the total receivables;
- c) the preventive composition has been approved by the creditors holding at least 80% of all receivables against this company.

The proceedings termination takes places under the conditions indicated within the section describing the legal nature of preventive composition.

4. The objective of Law no. 381/2009. Effectiveness and finality.

4.1. Objective.

As we have already mentioned in previous sections, the main purpose of law no. 381/2009 is to rescue companies in difficulty, according to art. 2 of this law.

If the debtor determines that he is impaired by a managerial and economic difficulty, without being able to impute him the fault, he may benefit from the advantages of Law no. 381/2009.

Until the enforcement of the law on preventive composition and ad-hoc mandate, the only regulation in this field was Law 85/2006 on insolvency procedure.

Debtors in distress were not protected by law and the insolvency procedure was only applied in two situations, at his request.

Thus, the insolvency procedure could be referred to optionally by debtors if the insolvency state was imminent [art. 27 paragraph (2)], but the submission of the request for the purpose of

opening the insolvency procedure was becoming an obligation under insolvency state; if the request was not submitted filed 30 days after the insolvency state occurrence, thus forming the simple bankruptcy offence, according to art. 27, paragraph (1) of Law no. 85/2006.

In such a situation, the constant legal practice and statistics show that only 2% of the requests regarding insolvency procedure resulted in the legal reorganization of the company under insolvency procedure.¹⁰

Along with the adoption of Law no. 381/2009, the debtor has the possibility to avoid the insolvency state by means of its preview since the managerial and economic sustainability has begin to decrease and the application of specific procedures.

4.2. Effectiveness and finality.

By referring to the preventive composition procedure or to ad-hoc mandate procedure, the debtor's good faith can mainly be underlined, as he tries to rescue of the company with the creditors' approval, based on a recovery plan.

Good-faith is pointed out by the acknowledgement of managerial and economic difficulties before becoming unable to pay, thus prejudicing creditors and others.

The prediction of the insolvency state and its prevention by means of the preventive composition or the ad-hoc mandate have a series of advantages:

4.2.1. Debtor's advantages

Law 381/2009 has given to debtors the chance to hedge against a possible insolvency state in order to rescue their companies.

The opening of the preventive composition or ad-hoc mandate procedure exempts the debtor from the inconveniences and the effects of insolvency.

First of all, one must underline that the main advantage is the chance to recover with the approval and support of creditors.

Than, one must consider that procedures under Law no. 381/2009 are not or slightly legalized.

Thus, the ad-hoc mandate procedure is confidential and the preventive composition is partially judicial. Thus, the disagreeable consequences of opening the insolvency procedure which is a public, judicial procedure are avoided.

After opening the insolvency procedure, the company has minimum chances to recover taking into account the disagreeable consequences and the impact on potential contractors with a company under insolvency.

A debtor against whom the insolvency procedure was opened will be registered within the Insolvency Bulletin, with the Trade Register and according to the new amendments of Law no. 85/2006 they are obliged to post their insolvency state on their webpage.

Undeniably, one of the advantages Law no. 381/2009 offers to the debtor is the chance to rescue the company by means of almost confidential procedures, free of rigours and consequences of Law no. 85/2006.

Communication of the syndic judge decision ascertaining the composition triggers *de jure* suspension of enforcement proceedings initiated by individual creditors who signed the preventive composition, the interests, penalties and other expenses related to receivables held by the creditors who signed the preventive composition.

At request, by means of composition ratification, the right of creditors that did not signed the preventive composition to request the opening of insolvency procedure against the debtor on the entire period of the preventive composition is also suspended.

¹⁰ Ghe. Piperea – O noua realitate juridică, www.jurice.ro, January 21st 2010

4.2.2. Creditors' advantages

It is true that the approval by the creditor of the recovery plan suggested by the debtor that could lead to certain concession such as payment rescheduling, penalties writing off also involves a certain degree of discipline and managerial culture. But beyond these aspects, the approval followed by looking forward to the debtor recovery involves a series of undeniable advantages for the creditor.

First of all, the preventive composition proceedings needs a much shorter period compared to the insolvency period.

As the insolvency period can last years after its opening, the maximum performance terms of the two procedures regulated by Law no 381/2009 are of 3 months for the ad-hoc mandate and maximum 2 years for preventive composition.

From the point of view of receivables recovery, several remarks must be made first regarding the insolvency procedure.

For the judicial reorganization procedure, from the point of view of the vote regarding the reorganization plan as well as the assignment of funds resulted from reorganization, creditors are classified and their claim will be satisfied according to the preference. The same happens in case of bankruptcy, when the imperative provisions of art. 123 under Law no. 85/2006 stipulate the order of receivables payment.

Every time, simple creditors are disadvantaged and the chances to recover receivables are low most of the time.

Going back to the procedures regulated by Law no. 381/2009 and to the advantages provided by this, within the preventive composition for example, all creditors participate in the negotiations, regardless of the nature of receivables. Receivables recovery is performed according to the preventive composition project, as Law no. 381/2009 does not provide a preferential order to this effect.

4.2.3. Other advantages

The employees - an important aspect of this new preventive procedure is keeping the jobs.

For rescuing the distressed company, not only the activity is continued, following a recovery and creditors' claim covering plan but the staff required to operate can also be maintained.

This is a positive aspect for the national economy, whose unemployment rate is currently increasing.

5. Conclusions

In conclusion, by means of the prediction of the insolvency state of the debtor and the adoption of prevention procedure, benefits are created for all parties involved in the existence of a company.

Moreover, managers' diligence through monitoring the path of the managerial and economic sustainability potential and the duly identification of the decrease will possibly lead to the company rescue, avoiding insolvency.

It would be inequitable for a diligent manager to be penalized by means of insolvency followed by bankruptcy, thus losing his company, for reasons that cannot be reproached with him.

Law no. 381/2009 could be a real recovery chance offered to good faith debtors whose activity has been unbalanced by the influence of aleatory, unpredictable and even fortuitous factors.

All these, subject to the debtors' good faith, to the legal relationships discipline and to acquiring knowledge in the Romanian business environment, the European practice spirit.

Add to this the fact the reliability and rigour shown by one hand by the bodies involved in these procedures in enforcing the law and, on the other hand, by the parties of the ad-hoc mandate

and of the preventive composition, with the observance of law and agreements they have concluded after the application of procedures provided by Law no. 381/2009.

6. De lege ferenda

As we have already seen, Law no. 381/2009 enables many readings.

De lege ferenda, additions are required in order not to enable abuses from debtors, reading and arbitrary enforcement.

Maybe an additional guarantee for creditors in order to encourage them to accept these procedures, by means of sanctions, other than those specific for mandatory relationships resulted from the acceptance of the preventive composition project or the agreement within the ad-hoc mandate would be watched with interest.

Bibliography

1. Law no. 381/2009 on preventive composition and ad-hoc mandate - Issued in the Official Gazette no. 870 of 14.12.2009

2. Law no. 85/2006 on insolvency proceedings - Issued in the Official Gazette no. 359 of 21.04.2006

3. Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. Comentarii pe articole. Ed. a 2-a. (Law no. 85/2006 on insolvency proceedings. Comments per articles) Publishing House Hamangiu 2008. Stanciu D. Cârpenaru, Vasile Nemeș, Mihai Adrian Hotca, page 28

4. GEO no. 116/2009 on the application of measures regarding the activity of registration with the trade register,- Issued in the Official Gazette no. 926 of 30.12.2009

5. Francisc Deak, *Tratat de drept civil, Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic Ediția a III a – 2001, pag.318.

6. Corneliu Turianu, *Curs de Drept Civil-Contracte Speciale*, Ed. Universitară, pag. 227.

7. Stanciu Cârpenaru, Liviu Stănciulescu, Vasile Nemeș, *Contracte Civile și Comerciale*, Editura Hamangiu 2009, pag. 178

8. Fl. Baias, Unele considerații referitoare la tranzacție, în RDR nr. 9-12, 1989, pag. 23;a se vedea și s.civ. decizia nr. 637/1991, în Deciziile CSJ 1990-1992, pag. 278-281

9. Ghe. Piperea – O noua realitate juridică, www.juridice.ro, January 21st 2010

PREFIGURAREA ȘI PREVENIREA INSOLVENȚEI LEGEA NR. 381/2009 PRIVIND INTRODUCEREA CONCORDATULUI PREVENTIV ȘI A MANDATULUI AD-HOC VS. LEGEA NR. 85/2006 PRIVIND PROCEDURA INSOLVENȚEI

DANIELA MOGOȘ¹

Abstract

În ultimii ani, în peisajul economic și legislativ se întrevăd tendințe de raliere la practicile europene.

Astfel, adoptarea Legii nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv și a mandatului ad-hoc, a creat cadrul legal pentru prefigurarea și prevenirea insolvenței.

Atât concordatul preventiv cât și mandatul ad-hoc își găsesc aplicabilitatea nu în starea de insolvență a debitorului ci, din contră, în solvabilitatea debitorului care însă, întâmpină unele dificultăți de ordin managerial și economic.

Dacă Legea nr. 85/2006 presupune intrarea debitorului în incapacitate de a efectua plăți, Legea nr. 381/2009 este menită a preîntâmpina o viitoare stare de insolvență, ce ar putea interveni ca urmare a „scăderii viabilității manageriale și economice”.

În contextul economic actual, tot mai multe societăți comerciale au preferat să-și declare propria insolvență și în felul acesta, a intra sub protecția tribunalului. Totuși, nu întotdeauna declararea stării de insolvență este soluția optimă pentru un comerciant dar singura „portită” uzitată deopotrivă atât de creditor cât și de debitor, până la apariția Legii nr. 381/2009.

Procedura confidențială a mandatului ad-hoc și într-o anumită măsură și a concordatului preventiv, într-un moment - în existența întreprinderii economice - de dificultate managerială și economică dar încă solvabilă, ar putea fi alternativă la o stare de insolvență viitoare. Și toate acestea cu acordul creditorilor.

Deși ridică o serie de întrebări, se pare că de o parte din participanții la viața economică actuală a fost așteptată cu interes, prima cerere de deschidere a procedurii concordatului preventiv înregistrându-se la Tribunalul Comercial Brașov chiar în ziua intrării în vigoare a Legii 381/2009.

Este interesant de observat, care dintre cele două legi, una de prevenție a insolvenței, cealaltă destinată insolvenței deja instalată, are o mai mare eficiență în raporturile dintre creditori și debitori.

De asemenea, nu poate fi neglijată o analiză în oglindă a legilor în discuție pe planul efectelor în redresarea economică a întreprinderilor, a ponderii de aplicabilitate, precum și finalitatea urmărită de fiecare dintre cele două norme atât din perspectiva intereselor creditorilor cât și a debitorilor.

Cuvinte cheie: concordat, insolvență, mandat ad-hoc, debitor, creditor

1. Introducere

Aspecte comune mandatului ad-hoc și concordatului preventiv

Deși în anumite aspecte Legea nr. 381/2009² urmează modelul Legii nr. 85/2006³ privind procedura insolvenței, există totuși diferențe semnificative între cele două.

Pentru aplicarea Legii nr. 85/2006 trebuie întrunite anumite condiții de admisibilitate a cererii introductive, procedura insolvenței fiind destinată deopotrivă creditorilor și debitorilor, cu singura diferență că se instituie obligativitatea pentru debitorul aflat în insolvență de a se adresa tribunalului.

Procedura insolvenței este o procedură exclusiv judiciară și publică, urmărind acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență prin instituirea unei proceduri colective.⁴

¹ Avocat Baroul București

² Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 870 din 14/12/2009

³ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 359 din 21/04/2006

⁴ Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. Comentarii pe articole. Ed. a 2-a. Editura Hamangiu 2008. Stanciu D. Cărpănuș, Vasile Nemeș, Mihai Adrian Hotca, pag. 28

În opoziție cu procedura insolvenței, Legea nr. 381/2009 instituie două modalități destinate împlinirii (realizării) scopului legii anume, salvagardarea întreprinderii aflate în dificultate. Acestea sunt mandatul ad-hoc și concordatul preventiv.

1.1. Condiții de admisibilitate

Încă de la început, trebuie precizat că în procedura prevăzută de Legea nr. 381/2009, calitate procesuală activă nu poate avea decât un debitor persoană juridică, aflat în dificultate.

Dacă procedura insovenței este dedicată deopotrivă debitorilor și creditorilor, Legea nr. 381/2009 este exclusiv destinată debitorului.

Tocmai datorită caracterului preventiv al procedurii instituită de Legea concordatului și a mandatului ad-hoc, acesta se adresează debitorilor care nu se află în incapacitate de plată așa cum impune ca o condiție de admisibilitate Legea nr. 85/2006.

Recurgerea la procedura concordatului preventiv sau a mandatului ad-hoc, presupune o întreprindere al cărei potențial de viabilitate managerială și economică ce se află într-o dinamică descrescătoare.

Funcția de prevenție este relevantă chiar de către legiuitor, arătând că scopul legii este salvagardarea întreprinderii aflate în dificultate.

Dificultatea în care se află întreprinderea supusă procedurii concordatului preventiv sau a mandatului ad-hoc, este necesar a fi de natură managerială și economică.

Definirea termenilor de viabilitate managerială și viabilitate economică ar putea fi interpretați împreună ca reprezentând un sistem funcțional rentabil, coerent și eficient având însușirile unor factori esențiali, fiind totodată sistemul, mecanismul de bază, în susținerea și existența unei întreprinderi.

La o prim contact cu noii termeni introduși de legiuitorul român, prin legea nr. 381/2009, pe bună dreptate am putea aborda o interpretare restrictivă a acestora, remarcând o inadvertență.

Așa cum spuneam, *stricto sensu*, potențial de viabilitate managerială și economică aflată într-o dinamică descrescătoare poate fi interpretat ca un dezechilibru major în continuă creștere, datorat unei managerieri deficitare, culpabile.

Răspunderea managerilor ar putea fi angajată într-o atare situație, întrucât în virtutea mandatului ce le-a fost conferit, aceștia sunt ținuți a da socoteală.

Lato sensu însă, dinamica descrescătoare a viabilității manageriale și economice poate fi interpretată ca un dezechilibru, fără însă a fi cu puțință a se invoca vreo culpă a managerilor întreprinderii.

Astfel, o scădere a viabilității manageriale ar putea fi înregistrată datorită unor factori externi, a unui deficit de resurse umane pe un anumit segment de activitate cum ar fi: lipsa personalului calificat sau specializat într-un anumit domeniu, elemente de noutate pe piața economică internă ce plasează managerii unei societăți pe un teren arid, necunoscut, creând o amortiție chiar de scurtă durată sau o paralizare a capacității de gestionare a activității.

De asemenea, o dinamică descrescătoare a viabilității economice ar putea constitui feed back-ul unei perioade de tranziție în structura acționariatului sau în administrarea unei întreprinderi, precum și a unor lacune sau viduri legislative, pentru anumite sectoare economice.

Putem aminti, cu titlu de exemplu, fără a intra în amănunte, dificultățile întâmpinate în derularea activităților comerciale, ca urmare a blocajului intervenit la Oficiul Registrul Comerțului până la adoptarea OUG nr. 116/2009 privind instituirea unor măsuri privind activitatea de înregistrare în registrul comerțului, ce a intrat în vigoare la data de 14 ianuarie 2010.⁵

Astfel, până la adoptarea OUG nr. 116/2009 operațiunile comerciale au fost cu mult întârziate și îngreunate în anumite cazuri prin lipsa mandatului administratorilor, imposibilitatea temporară de deschidere a punctelor de lucru, sedii și alte modificări condiționate de înregistrarea în registrul comerțului.

⁵ Publicată în Monitorul Oficial nr. 926 din 30.12.2009

În aceste condiții, viabilitatea economică va avea o traiectorie descrescătoare urmând dinamica vectorului management.

Viabilitatea economică însă poate fi influențată negativ și de factori externi, ce nu pot fi controlați de managerii întreprinderii.

Astfel, graficul rentabilității unei întreprinderi poate indica o scădere în contextul economico-politic existent la un moment dat, scăderea rand-urilor pe un anumit sector de activitate, sabotaje ale unor agenți interni ori externi.

Desigur, nu putem a nu aminti și de situația în care o întreprindere deține creanțe neîncasate de la partenerii de afaceri debitori, ceea ce crează o stare de dezechilibru a activității economice.

Toate aceste elemente, fără a fi relevate aici exhaustiv așa cum am văzut, conduc la o înregistrare descrescătoare a dinamicii viabilității manageriale și economice fără însă a crea o stare de insolvență imediată.

În sensul Legii nr. 381/2009, dinamica descrescătoare este totuși condiționată de perioada premergătoare înregistrării stării de insolvență. Aceasta presupune ca întreprinderea să fie „capabilă să-și execute obligațiile exigibile”.

Relevăm așadar, funcția de prevenție a legii și aplicarea ei pentru a preîntâmpina o viitoare stare de insolvență.

Tocmai datorită caracterului preventiv al Legii nr. 381/2009 este exclusă o stare de insolvență a întreprinderii, ceea ce ar reprezenta în accepțiunea Legii nr. 85/2006, intrarea în incapacitate de plată și încetarea plăților către creditorii.

2. Participanții la procedurile prevăzute de Legea 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv și a mandatului ad-hoc.

Potivită Legii nr. 381/2009, participanții la procedura concordatului preventiv sunt pe de o parte debitorul și creditorul iar pe de altă parte, organele care aplică procedurile prevăzute de legea în discuție.

2.1. Debitorul și creditorul

Debitorul participă la procedură prin reprezentanții săi legali sau convenționali. Acesta fiind singurul care are calitate procesuală activă, putând formula o cerere de deschidere a procedurii mandatului ad-hoc sau a concordatului preventiv, dacă se află în dificultate dar care își execută sau este capabil să își execute obligațiile și nu se află în vreuna din situațiile prevăzute la art. 13 din Legea nr. 318/2009, comparativ cu procedura insolvenței prevăzută de Legea nr. 85/2006, în care calitate procesuală procesuală activă au deopotrivă atât debitorul cât și creditorul.

În privința creditorilor, Legea nr. 382/2009 prevede la art. 4, că aceștia participă la procedură în mod individual, în măsura permisă de drepturile aferente creanței lor, precum și în mod colectiv, în condițiile prezentei legi, prin adunarea creditorilor și reprezentantul creditorilor.

2.2. Organele care aplică procedurile prevăzute de Legea nr. 381/2009

Organele care aplică procedurile prevăzute de prezenta lege, sunt instanțele judecătorești, prin judecătorul-sindic sau, după caz, președintele tribunalului, mandatarul ad-hoc, respectiv conciliatorul.

În procedura mandatului ad-hoc, cererile sunt de competența președintelui tribunalului iar mandatarul ad-hoc, face parte din practicienii în insolvență, este desemnat de instanță și va avea rolul de mijlocitor, de intermediar în sensul legii, al negocierilor dintre debitor și creditor în cadrul procedurii.

În cazul concordatului preventiv, măsurile dispuse, numirea conciliatorului și pronunțarea hotărârii de constatare a concordatului preventiv, sunt de competența judecătorului-sindic. Și de data aceasta, este desemnat un practician în insolvență care în această procedură va fi conciliatorul concordatului.

Trebuie remarcat că spre deosebire de procedura insolvenței, unde competent este exclusiv judecătorul sindic, în carul procedurilor mandatului ad-hoc și a concordatului preventiv, competența îi revine fie președintelui tribunalului, fie judecătorului-sindic, în funcție de procedura aleasă de debitor.

3. Procedurile destinate salvagăării întreprinderii

Legea nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv și mandatului ad-hoc, prevede două proceduri aflate la îndemâna debitorului aflate în dificultate, în vederea continuării activității acestuia, a păstrării locurilor de muncă și a acoperirii creanțelor, prin proceduri amiabile de renegociere a creanțelor sau a condițiilor acestora ori prin încheierea unui concordat preventiv cu acordul creditorilor.

Acestea sunt mandatul ad-hoc și concordatul preventiv, debitorul având libertatea de a alege, precum și de a decide, în urma analizării în concret a situației în care se află, care dintre cele două proceduri ar putea da rezultatul scontat.

Declanșarea uneia dintre cele două proceduri, nu este condiționată de parcurgerea alteia, ele reprezentând două căi separate, și fără ca parcurgerea în întregime a uneia dintre acestea să restricționeze în viitor accesul la cealaltă procedură.

3.1. Mandatul ad-hoc

3.1.1. Precizări prealabile. Natura juridică.

Denumirea dată de legiuitor acestei proceduri ne poate trimite în aparență la mandatul reglementat de dreptul civil sau comercial.

În realitate, nu se poate pune problema unui veritabil mandat; așadar, nu se poate înțelege că reprezintă un contract de mandat.

Pentru că mandatul civil sau comercial să ia naștere în mod valabil, nu se cere vreo condiție specială privind părțile, ci doar ca mandatul să fie capabil de a contracta el însuși actul de a cărui îndeplinire îl însărcinează pe mandatar iar mandatarul să aibă capacitate deplină de exercițiu.

Așadar, capacitatea mandantului se apreciază în funcție de natura actului care urmează să fie încheiat de mandatar.⁶

În procedura mandatului ad-hoc, părțile nu pot fi decât circumstanțiate, anume, pe deoparte calitatea de debitor aflat în dificultate și pe de altă parte calitatea de practician în insolvență.

Contractul de mandat este un contract intuitu personae⁷, așadar încheiat în considerentul calității mandatarului, aspect irelevant în cadrul mandatului ad-hoc, unde singura calitate în persoana mandatarului fiind aceea de practician în insolvență.

Sub aspectul obiectului contractului de mandat, mandantul împuternicește pe mandatar să-l reprezinte la încheierea de acte juridice în numele ei.⁸

Și de data aceasta în cadrul procedurii mandatului ad-hoc practicianul în insolvență nu apare ca un mandatar al debitorului, întrucât măsurile propuse sunt aduse la îndeplinire de însuși debitorul mandant. Mai mult, mandatarul nu încheie acte juridice, ci face fapte de intermediere, de mijlocire, dintre debitor și creditor.

Mandatul ad-hoc nu poate lua naștere în mod tacit, nici nu poate fi cu titlu gratuit așa cum prin natura sa este contractul de mandat reglementat de dreptul comun în materie, mandatarul ad-hoc fiind întotdeauna remunerat.

Din toate aspectele relevate anterior, se desprinde concluzia că procedura mandatului ad-hoc, este o derogare de la dreptul comun și cu toate că împrumută denumirea, nu poate fi calificat mandat.

⁶ Francisc Deak, *Tratat de drept civil, Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic Ediția a III a – 2001, pag.318.

⁷ Corneliu Turianu, *Curs de Drept Civil-Contracte Speciale*, Ed. Universitară, pag. 227.

⁸ Stanciu Cârpenaru, Liviu Stănculescu, Vasile Nemeș, *Contracte Civile și Comerciale*, Editura Hamangiu 2009, pag. 178.

3.1.2. Procedura mandatului ad-hoc

Mandatul ad-hoc este o procedură confidențială, declanșată la cererea debitorului, prin care un mandatar ad-hoc, desemnat de instanță, negociază cu creditorii în scopul realizării unei înțelegeri între unul sau mai mulți dintre aceștia și debitor în vederea depășirii stării de dificultate în care se află întreprinderea acestuia din urmă.

Confidențialitatea este specifică acestei proceduri, este obligatorie pentru toate persoanele și instituțiile care iau parte sau sunt implicate în aceasta și se menține pe toată durata sa.

Tocmai în considerentul confidențialității, aceasta se desfășoară în camera de consiliu.

Cererea este depusă la cabinetul președintelui tribunalului și se înregistrează într-un registru special. Cererea trebuie să cuprindă o motivare în detaliu a necesității numirii unui mandatar ad-hoc.

După primirea cererii, președintele tribunalului dispune convocarea, în termen de 5 zile, prin agent procedural, a debitorului și a mandatului ad-hoc propus.

După ascultarea debitorului, dacă se constată că dificultățile întreprinderii debitorului sunt serioase, iar mandatarul ad-hoc propus întrunește condițiile legii pentru exercitarea acestei calități, președintele tribunalului desemnează, prin încheiere irevocabilă, mandatarul ad-hoc propus.

Totodată, președintele tribunalului va stabili la propunerea debitorului și cu acordul mandatului ad-hoc, onorariul mandatului ad-hoc sub forma unui onorariu fix sau a unui onorariu lunar, acesta putând fi modificat ulterior, la cererea mandatului ad-hoc, cu acordul debitorului, în condițiile art. 11 din Legea nr. 381/2009.

În scopul realizării obiectului mandatului, mandatarul ad-hoc va putea propune ștergeri, reeșalonări sau reduceri parțiale de datorii, continuarea sau încetarea unor contracte în curs, reduceri de personal, precum și orice alte măsuri consideră a fi necesare.

Termenul maxim pentru îndeplinirea mandatului ad-hoc, este de de 90 de zile de la desemnare.

Dacă în acest termen mandatarul nu a reușit să obțină o înțelegere între debitor și unul sau mai mulți creditori ai săi, în vederea depășirii stării de dificultate în care se află întreprinderea debitorului, a salvării acesteia, a păstrării locurilor de muncă și a acoperirii creanțelor asupra debitorului, mandatul ad-hoc va înceta de drept.

Mandatul ad-hoc poate înceta așa cum prevăd dispozițiile art.12, în următoarele situații:

- prin denunțarea unilaterală a mandatului de către debitor sau de către mandatarul ad-hoc;
- prin îndeplinirea obiectului mandatului ad-hoc.

De asemenea, la cererea debitorului sau a mandatului ad-hoc, președintele tribunalului va constata încetarea mandatului ad-hoc, prin încheiere irevocabilă

Competența președintelui tribunalului, în cadrul acestei proceduri, se limitează strict la aspectele reliefate în lege și anume:

- dispune convocarea debitorului și a mandatului ad-hoc propus;
- ascultă în camera de consiliu debitorul;
- în cazul în care judecătorul constată că dificultățile întreprinderii acestuia sunt serioase și că mandatarul ad-hoc propus întrunește condițiile legii pentru exercitarea acestei calități, președintele tribunalului desemnează, prin încheiere irevocabilă, mandatarul ad-hoc propus;
- stabilește onorariul mandatului ad-hoc sub forma unui onorariu fix sau a unui onorariu lunar;
- constată încetarea mandatului ad-hoc, la cererea debitorului sau a mandatului ad-hoc, prin încheiere irevocabilă.

Rolul de intermediar al mandatului ad-hoc, după cum am văzut, se încheie odata cu îndeplinirea obiectului mandatului, respectiv cu ajungerea la o înțelegere între debitor și creditor sau creditori.

Astfel, nici mandatului ad-hoc, nici judecătorului nu îi revine competența supravegherii îndeplinirii obligațiilor asumate prin înțelegere sau sancționarea neîndeplinirii obligațiilor

debitorului. Nici Legea nr. 381/2009, nu prevede vreo sancțiune pentru debitor, cu privire la neîndeplinirea înțelegerii încheiate în urma mandatului ad-hoc.

În tăcerea legii, considerăm că înțelegerea încheiată în urma mandatului ad-hoc, se poate materializa într-un înscris cu valoare de contract iar pentru neîndeplinirea culpabilă sau fortuită a acesteia, se vor aplica regulile în materie de obligații.

După modul de formare a înțelegerii, aparent am putea considera că ne aflăm în prezența unui contract de tranzacție.

Ceea ce ne îndreptățește totuși să nu calificăm înțelegerea rezultată ca fiind o tranzacție, este scopul și condițiile în care aceasta ia naștere în acest caz.

Astfel, tranzacția este definită de art. 1704 C. Civ. ca fiind un contract prin care părțile termină un proces început sau preîntâmpină un proces ce se poate naște, prin concesi reciprocă. Tranzacția poate fi extrajudiciară sau judiciară.

Pentru a fi în prezența unei tranzacții extrajudiciare, este necesar ca aceasta să fie încheiată în scopul preîntâmpinării unui proces, prin concesi reciprocă.

În situația tranzacției judiciare, părțile aflate în proces, încheie o tranzacție prin concesi reciprocă, în vederea terminării procesului, instanța în acest caz, luând act de învoiala părților (tranzacția) pronunță o încheiere de expedient în condițiile art. 82 și 272 C.proc.civ.⁹

Înțelegerea la care se ajunge în urma mandatului ad-hoc, are scopul de a salvarda întreprinderea aflată în dificultate, astfel neavând ca caracterul unei tranzacții extrajudiciare.

O tranzacție judiciară nu poate fi considerată, competența judecătorului așa cum am văzut, fiind limitată, nepronunțând în acest caz o hotărâre de expedient, mai mult decât atât, învoiala părților nu este condiționată de supunerea controlului judecătoresc.

3.2. Concordatul preventiv

3.2.1. Precizări prealabile. Natura juridică.

Concordatul preventiv, așa cum este definit de art.3 lit d) este un contract încheiat între debitor, pe de o parte și creditorii care dețin cel puțin două treimi din valoarea creanțelor acceptate și necontestate pe de altă parte.

Contractul se încheie prin votul de acceptare al creditorilor și este materializat în proiectul de concordat preventiv, supus aprobării creditorilor.

Manifestarea de voință, concretizată în votul asupra ofertei de concordat, se realizează în principal prin corespondență, așa cum prevede art. 24 alin (1). Nimic însă nu împiedică părțile mijlocite de conciliator să organizeze una sau mai multe ședințe colective ori individuale de negociere, însă niciuna din părți nu sunt ținute de a parcurge o astfel de etapă, art. 23 alin (1) având caracter dispozitiv.

Cazurile de încetare a contractului sunt prevăzute de lege ca fiind: nulitatea, rezoluțiunea, realizarea obiectului concordatului sau imposibilitatea realizării acestuia.

Anularea se poate cere de către creditorii semnari în maxim 15 zile de la data menționării concordatului în registrul comerțului. Dacă se invocă motive de nulitate absolută, dreptul de a cere constatarea nulității este imprescriptibil și aparține oricărei persoane.

Rezoluțiunea se poate cere de adunarea creditorilor concordatari, dacă se constată încălcarea gravă de către debitor a obligațiilor asumate prin concordat.

În înțelesul Legii nr. 381/2009, reprezintă încălcare gravă a obligațiilor asumate de debitor prin concordatul preventiv, acțiuni precum: favorizarea unuia sau mai multor creditori în dauna celorlalți, ascunderea sau externalizarea de active în perioada concordatului preventiv, efectuarea de plăți fără contraprestație sau în condiții ruinătoare.

⁹ Fl. Baias, Unele considerații referitoare la tranzacție, în RDR nr. 9-12, 1989, pag. 23; a se vedea și s.civ. decizia nr. 637/1991, în Deciziile CSJ 1990-1992, pag. 278-281

Concordatul la realizarea obiectului său, încetează prin pronunțarea de către judecătorul-sindic a unei încheieri prin care va constata realizarea obiectului contractului.

3.2.2. Procedura concordatului preventiv.

Cererea de deschidere a procedurii de concordat preventiv se depune de către debitor la tribunalul competent.

Prin cererea sa, debitorul propune un conciliator provizoriu, dintre practicienii în insolvență, autorizați conform legii.

Judecătorul-sindic numește conciliatorul provizoriu prin încheiere irevocabilă.

În termen de 30 de zile de la numirea sa, conciliatorul elaborează, împreună cu debitorul, lista creditorilor și oferta de concordat preventiv.

Oferta de concordat preventiv ce se va comunica și creditorilor prin grija conciliatorului, va cuprinde și proiectul de concordat preventiv, la care se vor anexa declarația debitorului privind starea de dificultate financiară în care se află, precum și lista creditorilor cunoscuți, inclusiv cei ale căror creanțe sunt contestate integral sau parțial, cu precizarea cuantumului și a garanțiilor acceptate de debitor.

Proiectul de concordat preventiv așa cum prevede art. 21 alin .(1), trebuie să prezinte, în mod detaliat: situația analitică a activului și a pasivului debitorului, certificată de un expert contabil sau, după caz, auditată de un auditor autorizat potrivit legii, cauzele stării de dificultate financiară și măsurile luate de debitor pentru depășirea acesteia până la depunerea ofertei de concordat preventiv precum, proiecția evoluției financiar-contabile pe următoarele 6 luni precum și un plan de redresare.

În planul de redresare, se prevăd măsuri cu privire la reorganizarea activității debitorului, modalitățile prin care debitorul înțelege să depășească starea de dificultate financiară, procentul preconizat de satisfacere a creanțelor, care nu poate fi mai mic de 50%, ca urmare a implementării măsurilor de redresare propuse.

Nu se cere ca planul de redresare să prevadă măsuri cu privire la toate aspectele amintite anterior, însă în mod obligatoriu trebuie să cuprindă cel puțin una dintre măsuri.

Reorganizarea activității debitorului, poate consta în restructurarea conducerii debitorului, modificarea structurii funcționale, reducerea personalului, etc.

Modalitățile prin care debitorul înțelege să depășească starea de dificultate pot consta în majorarea capitalului social, împrumutul bancar, obligațional sau de altă natură, înființarea sau desființarea unor sucursale sau puncte de lucru, vânzarea de active, constituirea de garanții, însă categoric poti fi implementate orice alte măsuri considerate eficiente.

Procentul preconizat de satisfacere a creanțelor, ca urmare a implementării măsurilor de redresare propuse se poate realiza și prin propunerea de măsuri ce vor veni în completare, precum: amânări sau reeșalonări la plata creanțelor, ștergerea în tot sau în parte a unor creanțe sau numai a dobânzilor ori a penalităților de întârziere, compensări, novații prin schimbare de debitor.

Pentru obligațiile fiscale de plată, propunerile de amânări, ștergeri, eșalonări, reeșalonări și reduceri parțiale se pot face numai cu respectarea prevederilor legale în materia ajutorului de stat; în această situație este nevoie de acordul expres al Agenției Naționale de Administrare Fiscală, care trebuie exprimat în termen de 30 de zile; în caz contrar, acordul se prezumă.

Tot în cadrul proiectului de concordat preventiv, supus aprobării creditorilor, debitorul propune și confirmarea conciliatorului provizoriu, precum și remunerația acestuia pentru perioada ulterioară datei încheierii concordatului.

Termenul limită pentru satisfacerea creanțelor stabilite prin concordat nu poate depăși 18 luni de la data încheierii concordatului preventiv, însă cu aprobarea creditorilor, acesta poate fi prelungit cu maxim 6 luni.

Proiectul astfel realizat, este supus aprobării creditorilor. Acești votează asupra proiectului de concordat în principal prin corepondență, însă pot avea loc și întrevederi între părți în vederea

negocierii, fără însă ca acestea să poată depăși o perioadă de 30 de zile.

Trebuie precizat, că orice vot al creditorilor, condiționat în vreun fel, trebuie considerat vot negativ asupra proiectului de concordat.

Concordatul preventiv se consideră aprobat de creditorii dacă sunt întrunite voturile creditorilor care reprezintă majoritatea de două treimi din valoarea creanțelor acceptate și necontestate, fără a avea valoare natura creanțelor.

Nu vor putea însă fi luate în calcul următoarele categorii de voturi :

- voturile creditorului persoană juridică care are cel puțin unul dintre acționari/asociați/asociați comanditari sau administratori rudă ori afin până la gradul IV cu acționari/asociați/asociați comanditari și/sau administratori ai debitorului;

- voturile creditorului persoană juridică în cadrul căruia debitorul și/sau unul dintre acționari/asociați/asociați comanditari sau administratori ai acestuia ori rudele și afinii până la gradul IV ai acestora din urmă dețin calitatea de acționari/asociați/asociați comanditari și/sau administratori;

- voturile creditorului care sau ai cărui acționari/asociați/asociați comanditari sau administratori au fost condamnați definitiv pentru bancrută frauduloasă, gestiune frauduloasă, abuz de încredere, înșelăciune, delapidare, măturie mincinoasă, infracțiuni de fals ori infracțiuni prevăzute în Legea nr. 21/1996, republicată, cu modificările ulterioare, în ultimii 5 ani anteriori deschiderii procedurii prevăzute de prezenta lege;

- voturile creditorului care are înscrise fapte în cazierul fiscal, potrivit Ordonanței Guvernului nr. 75/2001, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

În situația în care majoritatea cerută nu se întrunește, debitorul are dreptul să facă o nouă ofertă de concordat preventiv dar numai după trecerea a minimum 30 de zile.

După aprobarea concordatului de către creditorii potrivit art. 24 alin. (5), conciliatorul solicită judecătorului-sindic să constate concordatul preventiv.

Acesta constată concordatul preventiv prin încheiere pronunțată în camera de consiliu, de urgență și cu precădere, după ascultarea conciliatorului. Cererea de constatare a concordatului preventiv poate fi respinsă exclusiv pentru motive de legalitate.

Concordatul preventiv, aprobat de creditorii și constatat de judecătorul-sindic prin încheiere, trebuie comunicat creditorilor, prin intermediul conciliatorului, și menționat în registrul comerțului.

De la data comunicării hotărârii de constatare a concordatului preventiv se suspendă de drept urmărirea individuală ale creditorilor semnatari asupra debitorului și curgerea prescripției dreptului de a cere executarea silită a creanțelor acestora contra debitorului, curgerea dobânzilor și a penalităților.

Pentru a face opozabil concordatul preventiv creditorilor nesemnatari, inclusiv creditorilor necunoscuți sau contestați, conciliatorul poate cere judecătorului-sindic omologarea concordatului.

Doar de la data omologării concordatului, creditorii nesemnatari sunt ținute a face acte de executare în contra debitorului, până la omologare însă, aceștia au libertatea de a-și recupera creanțele în orice mod admis de lege.

De asemenea, după omologare, nu se poate deschide procedura insolvenței față de debitor.

Însă, de omologarea concordatului nu beneficiază toți debitorii cărora li s-a constatat concordatul preventiv, ci doar cei care îndeplinesc cumulativ condițiile cerute de art. 28 alin (2):

a) întreprinderea debitorului este în stare de dificultate financiară;

b) valoarea creanțelor contestate și/sau în litigiu nu depășește 20% din masa credală;

c) concordatul preventiv a fost aprobat de creditorii care reprezintă cel puțin 80% din valoarea totală a creanțelor.

Încetarea procedurii are loc în condițiile reliefate în secțiunea destinată naturii juridice a concordatului preventiv.

4. Obiectivul urmărit de Legea nr. 381/2009. Eficiență și finalitate.

4.1. Obiectivul urmărit.

După cum am mai amintit, în cele ce preced prezentul capitol, principalul scop al apariției Legii nr. 381/2009 este acela al salvagădării întreprinderii aflate în dificultate, așa cum arată de altfel și art. 2 al legii în discuție.

Constatarea de către debitor, că se află în dificultate managerială și economică, fără a i se putea imputa propria culpă, oferă posibilitatea de a beneficia de avantajele Legii nr. 381/2009.

Până la intrarea în vigoare a legii concordatului preventiv și a mandatului ad-hoc, singura reglementare în materie, era Legea 85/2006 privind procedura insolvenței.

Debitorii aflați în dificultate, nu se aflau sub protecția legii, iar procedura insolvenței, nu era aplicabilă decât în două situații la cererea acestuia.

Astfel, puteau recurge la procedura insolvenței facultativ, debitorii în cazul cărora apariția stării de insolvență era iminentă [art. 27 alin.(2)], însă introducerea cererii în vederea deschiderii procedurii insolvenței, devenea o obligație pentru acesta, în cazul în care se afla în stare de insolvență; neintroducerea cererii în termen de 30 de zile de la apariția stării de insolvență, constituind infractiunea de bancruta simplă, așa cum prevede art. 27 alin. (1) din Legea nr. 85/2006.

În atare situație, practica judiciară constantă și statisticile, relevă că doar 2% din cererile privind procedura insolvenței au avut ca finalitate reorganizarea judiciară a societății aflate în insolvență.¹⁰

Odată cu adoptarea Legii nr. 381/2009, debitorul are posibilitatea evitării stării de insolvență prin previzualizarea acesteia încă de la înregistrarea unei tendințe descrescătoare a potențialului de viabilitate managerială și economică și aplicarea procedurilor specifice.

4.2. Eficiență și finalitate.

Prin recurgerea la procedura concordatului preventiv sau a mandatului ad-hoc, se poate releva în principal buna-credință a debitorului care, urmând un plan de redresare, încearcă salvagădarea întreprinderii cu acordul creditorilor.

Buna-credință este relevată chiar din recunoașterea dificultăților manageriale și economice, înainte de a intra în incapacitate de plată, prejudiciind astfel creditorii și nu numai.

Prefigurarea stării de insolvență și prevenirea acesteia prin recurgerea la concordatul preventiv sau mandatul ad-hoc, prezintă o serie de avantaje:

4.2.1. Avantajele debitorului

Legea 381/2009, a creat pentru debitori șansa de a se pune la adăpost din calea unei posibile stări de insolvență, în scopul salvagădării întreprinderii sale.

Deschiderea procedurii concordatului preventiv sau a mandatului ad-hoc, scutește debitorul de inconvenientele și urmările insolvenței.

Înainte de orice, trebuie reliefat că un principal avantaj îl constituie șansa de redresare cu acordul și totodată sprijinul creditorilor .

Apoi, trebuie avut în vedere că procedurile prevăzute de Legea nr. 381/2009 sunt deloc sau puțin judiciarizate.

Astfel, procedura mandatului ad-hoc este confidențială iar concordatul preventiv este parțial judiciară. Se evită în acest mod, consecințele neplăcute ale deschiderii procedurii insolvenței care este o procedură publică, judiciară.

Odată cu deschiderea procedurii insolvenței, șansele ca societatea să se redreseze, sunt minime având în vedere consecințele nefaste și impactul asupra potențialilor contractanți cu o societate aflată în insolvență.

¹⁰ Ghe. Piperea – O noua realitate juridică, www.jurice.ro, 21 ianuarie 2010

Un debitor împotriva căruia s-a deschis procedura insolvenței, va apărea înscris în Buletinul Insolvenței, în Registrul Comerțului, iar potrivit noilor modificări aduse Legii nr. 85/2006, acestora le revine obligația să menționeze pe site-ul sau pe pagina de internet proprie, starea de insolvență în care se află.

Incontestabil, unul dintre avantajele conferite debitorului de Legea nr 381/2009 este șansa de salvagardare a întreprinderii prin procedurile aproape confidențiale, ferit de rigorile și consecințele Legii nr. 85/2006.

De la data aplicării concordatului preventiv, se suspendă de drept urmărirea creditorilor semnatari asupra debitorului, curgerea dobânzilor, penalităților, precum și curgerea prescripției dreptului de a cere executarea silită.

La cerere, prin omologarea concordatului, se suspendă și dreptul creditorilor nesemnatari ai concordatului preventiv, de a cere deschiderea procedurii insolvenței contra debitorului pe întreaga perioadă de derulare a concordatului preventiv.

4.2.2. Avantajele creditorilor

Este adevărat că acceptarea de către creditor a planului de redresare propus de debitor din care ar putea rezulta anumite concesiuni precum reeșalonarea plăților, renunțarea la penalități, implică și un anumit grad de disciplină și cultură managerială. Însă, trecând peste aceste aspecte, acceptarea urmată de așteptarea redresării debitorului, prezintă o serie de avantaje incontestabile pentru creditor.

Înainte de toate, procedura concordatului preventiv ca perioadă de desfășurare, este mult mai scurtă comparativ cu procedura insolvenței.

De vreme ce odată deschisă procedura insolvenței poate dura ani de zile, termenele maxime de derulare a celor două proceduri reglementate de Legea nr 381/2009 sunt de 3 luni pentru mandatul ad-hoc și de maxim 2 ani în cazul concordatului preventiv.

Sub aspectul șanselor de recuperare a creanțelor, este necesar a fi făcute mai întâi de toate câteva precizări în legătură cu procedura insolvenței.

În cadrul procedurii de reorganizare judiciară, din perspectiva votului asupra planului de reorganizare, cât și la distribuirea fondurilor rezultate în urma reorganizării, creditorii sunt împărțiți pe mai multe clase iar creanța lor va fi satisfăcută în ordinea de preferință. Același lucru se întâmplă și în cazul falimentului, când dispozițiile imperative ale art. 123 din Legea nr. 85/2006 impun ordinea plății creanțelor.

De fiecare dată, creditorii chirografari fiind dezavantajați, șansele de recuperare a creanțelor fiind scăzute în numeroase cazuri.

Întorcându-ne la procedurile reglementate de Legea nr. 381/2009 și la avantajele conferite de acestea, în cadrul concordatului preventiv de exemplu, la negocieri participă toți creditorii, indiferent de natura creanțelor deținute. Recuperarea creanțelor se face potrivit proiectului de concordat preventiv, Legea nr. 381/2009, neinstituind o ordine de preferință în acest sens.

4.2.3. Alte avantaje

Salariații – un aspect important în procedura preventivă nou introdusă, este păstrarea locurilor de muncă.

În scopul salvagărdării întreprinderii aflate în dificultate, nu numai că se continuă activitatea, urmând un plan de redresare și de acoperire a creanțelor creditorilor, însă se poate menține și personalul necesar desfășurării activității.

Acesta reprezintă un plus pentru economia națională, a cărei rată a șomajului se află într-o continuă creștere în prezent.

5. Concluzii

În concluzie, prin prefigurarea stării de insolvență a debitorului și alierea la o procedură de prevenție a acesteia, se crează beneficii tuturor părților implicate în viața și existența unei întreprinderi.

Mai mult, diligența managerilor prin monitorizarea traiectoriei potențialului de viabilitate managerială și economică și identificarea la timp a scăderii înregistrate pe această linie, va avea ca posibil rezultat salvagardarea întreprinderii, evitându-se insolvența.

Ar fi inechitabil ca un manager diligent, să fie sancționat cu insolvența urmată de faliment, așadar pierderea afacerii, pentru aspecte neimputabile lui.

Legea nr. 381/2009, ar putea fi o reală șansă de redresare, acordată debitorilor de bună-credință, a căror activitate a fost dezechilibrată de influența unor factori aleatori, imprevizibili, chiar fortuiți.

Toate acestea, sub rezerva bunei-credințe a debitorilor, a disciplinei raporturilor juridice și a cultivării în mediul de afaceri român, a spiritului practicilor europene.

La toate acestea se poate adauga seriozitatea și rigurozitatea de care vor da dovadă pe de o parte organele implicate în aceste proceduri în aplicarea legii, iar pe de altă parte, părțile mandatului ad-hoc și a concordatului, în respectarea legii și acordurilor la care au ajuns în urma aplicării procedurilor prevăzute de Legea nr. 381/2009.

6. De lege ferenda

Legea nr. 381/2009 după cum am vazut, lasă loc multor interpretări.

De lege ferenda, se impune completarea acesteia pentru a nu se lăsa loc abuzurilor din partea debitorilor, interpretării și aplicării arbitrare.

Poate, o garanție în plus pentru creditorii în scopul stimulării acestora de a accepta aceste proceduri, prin sancțiuni, altele decât cele specifice raporturilor obligaționale născute în urma acceptării proiectului de concordat sau a înțelegerii din cadrul mandatului ad-hoc, ar fi primită cu interes.

Bibliografie

1. Legea nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv și a mandatului ad-hoc - Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 870 din 14/12/2009
2. Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței- Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 359 din 21/04/2006
3. OUG nr. 116/2009 privind instituirea unor masuri privind activitatea de înregistrare în registrul comerțului - Publicată în Monitorul Oficial nr. 926 din 30.12.2009
4. Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. Comentarii pe articole. Ed. a 2-a. Editura Hamangiu 2008. Stanciu D. Cârpenaru, Vasile Nemeș, Mihai Adrian Hotca, pag. 28
5. Francisc Deak, Tratat de drept civil, Contracte speciale, Ed. Universul Juridic Ediția a III a – 2001, pag.318.
6. Corneliu Turianu, Curs de Drept Civil-Contracte Speciale, Ed. Universitară, pag. 227.
7. Stanciu Cârpenaru, Liviu Stănculescu, Vasile Nemeș, Contracte Civile și Comerciale, Editura Hamangiu 2009, pag. 178.
8. Fl. Baias, Unele considerații referitoare la tranzacție, în RDR nr. 9-12, 1989, pag. 23;a se vedea și s.civ. decizia nr. 637/1991, în Deciziile CSJ 1990-1992, pag. 278-281
9. Ghe. Piperea – O noua realitate juridică, www.juridice.ro, 21 ianuarie 2010

THE EVOLUTION OF ELECTRONIC MONEY AT EUROPEAN LEVEL

MANUELA NIȚĂ*
ILIOARA GENOIU**

Abstract

Electronic money is a payment instrument and its usage at European level has led to the revision of the legal framework that governs it, taking also into consideration the new regulations on payments at European level. Adoption by the European Parliament of Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions, of 16 September 2009, determine the European Union Member States to modify their domestic legislation in order to allow the creation and development of a true single market for payment services. This is possible by resizing the notion of electronic money and by revising the rules to which electronic money institutions are subject so as to ensure a level playing field for all payment services providers.

Our study aims to conduct a theoretical and practical analysis of payments through electronic money, considering the regulations in the area, including the Payment Services Directive. We will also analyze the Romanian legislation and the measures taken or required to be taken in order to transpose this Directive into national law, considering that until April 30, 2011, Member States must adopt and publish the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive

Key words: e-money, payment services, credit institutions, prudential rule, payment

1. Introduction

Economy and European policy resizing in the context of world economy globalization process is indissolubly related to the development of modern and computerized trade that must be adapted to continuously changing needs and requirements of consumers and of participants to business relations.

Faced with these challenges, the Heads of State and of Governments reunited in March 2000 in the European Council of Lisbon adopted Lisbon Agenda (or the Strategy of Lisbon). The purpose of this strategy is to transform the European Union before 2010 into the most dynamic and competitive economy in the world, capable of sustainable economic growth and characterized by great social cohesion.

Information and telecommunications technology enables the automation of the entire process of payment, by providing electronic means of payment. The migration process to the provision of electronic and automated payment services is also known as the „electronification of payment”.

The electronification of payments takes place concurrently with the process of single internal market creation, this being possible in the context of free circulation of goods, persons, services and capital by abolishing internal borders with the European Union. Hence, good functioning of single market of payment services is of great importance.

Before 2007, the year of Payment Services Directive issuance, the markets of payment services of EU Member States were organized separately, according to national criteria and the legal framework of payment services was divided in 27 national legal systems.

* Lecturer, Ph.D. "Valahia" University of Târgoviște, Faculty of Legal, Social and Political Sciences, manuela_nita74@yahoo.com

** Lecturer, Ph.D. "Valahia" University of Târgoviște, Faculty of Legal, Social and Political Sciences, ilioaragenoiu20@yahoo.fr

In that moment, at Community level (the current European Union), common normative acts in this field were insufficient and major differences between legislative regulations of Member States could generate distortion of competition and confusion. These obstacles in the good functioning of single market determine consumers uncertainty regarding their rights and undermines their trust in the internal market.

Taking these aspects into account it was necessary to create a modern and coherent legal framework for payment services that guarantees equal competitive conditions for all payment systems. This legal framework must ensure the coordination of national regulations regarding prudential requirements, requirements of access on the market of new providers of payment services, of information requirements, as well as regarding the rights and obligations of payment services users and providers.

The increased number of operations performed through electronic money together with the trust users gained in this payment instrument has determined the interest of the European legislative body for continuous improvement of the legal framework related to electronic money. This improvement was brought through recent Directive no. 2009/110/CE of 16th September 2009, on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions.

The purpose of this study is that of analyzing the new configuration of electronic money, taking into account the evolution of this concept until now, as well as the requirements applicable to electronic money issuing institutions, as revised through the European Normative Act. The study is completed by the analysis of the measures taken by Romania in this field or that must be taken for transposing this Directive in internal law.

Taking into account the importance of the field presented, the subject chosen permanently represents the center of specialists interest (practitioners and doctrinarians), economist and jurists as well, that focus their research on payment services and legal regime of payment services providers in common law.

2. Content

2.1. European legislative framework regarding electronic money

The presentation of European legislative framework regarding electronic money cannot disregard the regulation of electronic commerce in general and of electronic payment in particular. Thus, a series of Directives were adopted for increasing trust in electronic commerce and promoting on-line provision of products and services¹:

➤The Directive on Electronic commerce (Directive no. 2000/31/CE of the European Parliament and of the Council of June 8th 2000 on some legal aspects regarding the services of information society, especially electronic commerce, in the Internal Market), with the purpose of ensuring “free circulation of information society services between Member States”. The Directive promotes free circulation of on-line services, through their supervision by Member States service operators, where they are performed (the principle of the country of origin). It also introduces some measures related to commercial communications and “electronic contracting” and provides recognition of legal validity of electronic contracts;

Directive no. 2000/31/EC, adopted shortly after Lisbon Council is in accordance with its objective. It removes barriers of on-line services that cross borders in Internal Market and provides legal certainty for citizens and companies.

The directive provides a flexible legal framework for electronic commerce and addresses only those elements that are not strictly necessary for ensuring correct functioning of internal market in the electronic commerce. It is sketched in a neutral manner from technology point of

¹ The legal framework regarding the electronic payment instruments is presented in the book of Manuela Niță, *Debt securities as payment instruments* (Bucharest: Juridical Unvers, 2010), 208-14

view, for avoiding constant adaptation of legal framework together with new technological development. It covers a wide variety of on-line services (the so-called “services of information society”), from on-line papers and specialized news services (like business or financial information), on-line sale of different products to the provision of on-line financial services. The directive is applied horizontally to all legal fields, modifying the provision of information society services, regardless of the fact that it refers to public, private or penal law. It also applies to electronic Business to Business and Business to Consumer commerce.

This directive was one of the few legal instruments that discussed a wide variety of legal aspects related to the development of electronic commerce and that provided a coherent set of legal rules for electronic commerce.

➤ Directive no. 2009/110/CE of September 16th 2009, on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions that abolishes the Directive on electronic money (Directive no 2000/46/CE). This directive also modifies the Directive no. 2005/60/CE regarding the prevention of financial system use for money laundering and financing terrorism and Directive no. 2006/48/CE regarding the access to the activity and the carrying out of activity by the credit institutions.

➤ The directive on electronic signature (Directive no. 1999/93/CE on a common framework for electronic signature) settles the conditions that are applied to electronic signature. The directive ensures the fact that all Member States accept legal validity of electronic signature and that all services related to electronic signature can be provided on EU market without national barriers.

➤ Directive no 2006/48/CE of 14 June 2006, relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions. The objective of this directive is to better tailor the requirements referring to risk and to promote risks' management by credit institutions. It provides in the same time the necessary framework for maintaining financial stability, maintaining confidence in financial institutions and consumer protection, as amended by Directive 2009/110/EC of 16 September 2009.

➤ Directive no 2007/64/EC of 13 november 2007 on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC. It provides the legal foundation for the creation of an EU-wide single market for payments. This directive aims at establishing a modern and comprehensive set of rules applicable to all payment services in the European Union. The target is to make cross-border payments as easy, efficient and secure as 'national' payments within a Member State. In the same time the Directive provides the necessary legal platform for the Single Euro Payments Area (SEPA).

2.2. The notion of electronic money

Instruments² which are using electronic money were created with the intention of being used as multifunctional means of payment, in contrast to most prepaid card schemes designed to meet predetermined needs and which can be used only in a limited way, either because they allow the holder electronic money to purchase goods or services only in the locations or issuer of electronic money or in a limited network of providers that have a direct commercial agreement with a professional issuer or because they can be used only to purchase a limited range of goods or services³. When such instruments with predetermined purpose become instruments with a general purpose, they are subject to the directive governing electronic money.

The level of usage of the electronic money in the European Union is summarised by the statistics of European Central Bank, in February 2010:

² In the specialized literature, we find the notion of "product" ie. Electronic wallet

³ Ie. Are not designed to make payments to a single supplier (such as phone cards), but to serve several categories of merchandisers;

Euro-denominated electronic money in circulation in the euro area

(EUR millions, not seasonally adjusted, end of period)

2007

	Jan	Feb	Mar	Apr	May	June	July	Aug	Sep	Oct	Nov	Dec
Hardware based ⁴	672	631	627	577	576	583	645	646	607	641	659	680
Software based ⁵	8	8	8	8	8	9	9	9	8	8	9	8

2008

	Jan	Feb	Mar	Apr	May	June	July	Aug	Sep	Oct	Nov	Dec
Hardware based	637	658	631	649	656	665	686	742	706	705	708	691
Software based	9	9	38	39	39	40	43	45	42	40	39	40

2009

	Jan	Feb	Mar	Apr	May	June	July	Aug	Sep	Oct	Nov	Dec
Hardware based	710	715	341	776	790	853	930	963	948	948	938	938
Software based	39	39	11	38	38	39	42	41	42	42	42	43

These tools should be viewed differently from category of access products, which typically allow consumers to use electronic communication means to access conventional payment services⁶.

Card-based instruments, known as the multifunctional prepaid cards, were intended to facilitate retail payments to merchants by providing a substitute for banknotes and coins.

Digital currency, sometimes called e-cash, is a virtual currency, mainly used for Internet payments⁷. The user transfers the currency cash into a virtual currency. As result of the commercial operations, the beneficiary receives from the bank real money in exchange for virtual money. Each electronic coin bears the digital signature of the bank and a serial number generated by the personal computer user. Bank does not know data about this serial number and therefore can not perform any payment with the digital money without the user's consent (the bank is simply a representative). Thus, the electronic money has an anonymous nature, like ordinary currency⁸.

Directive 2009/110/EC was incurred as a result of signals raised by the European Commission on the implementation of Directive 2000/46/EC which envisages that some of its provisions were constituted as an obstacle in creating the single market for payment services by electronic money.

⁴ Includes e-money products that provide customers with a portable electronic device, typically an integrated circuit card containing a microprocessor chip (e.g. prepaid cards).

⁵ Refers to e-money products that use specialised software on a personal computer and can typically be used to transfer the electronic value via telecommunication networks such as the Internet.

⁶ I.e. Using the Internet to make a payment by credit card or "online banking". See in this regard Dan Vasilache, *Electronic payment – an introduction* (Bucharest: Rosetti Educațional, 2004), 206-14

⁷ R. Postolache, M. Niță, „*The current trend of payment arrangements in the European Union. E-money*”, Volume of scientific session „Harmonization, convergence and inconsistencies in Romanian law”, Iași 2006:207-13

⁸ See in this regard, Ion Stoian and Emilia Dragne, *International Trade. Techniques, strategies, basic elements of electronic commerce* (Bucharest: Caraiman, 2001), 214

One of the critical points was considered the definition of electronic money⁹, appreciating that it is not sufficiently clear and technically neutral, in order to cover all situations where the payment service provider issues a pre-paid stored value in exchange for funds, which can be used for payment purposes because it is accepted by third persons as a payment.

It was also noted that the definition was not wide enough because of the fact that electronic money may be stored on a payment device in the possession of the holder of electronic money, or can be stored remotely on a server and managed by the holder of electronic money through a special account for electronic money. The concept of electronic money should be sufficiently clear to avoid hampering technological innovation and to cover not only all electronic money products currently available on the market, but also those products which could be developed in the future.

Based on these pertinent findings of the Commission, the European legislature insert in Directive no 2009/110/EC a new definition of "electronic money", which it means electronically, including magnetically, stored monetary value as represented by a claim on the issuer which is issued on receipt of funds for the purpose of making payment transactions as defined in point 5 of Article 4 of Directive 2007/64/EC, and which is accepted by a natural or legal person other than the electronic money issuer.

2.3. Electronic money issuer

With the objective of removing barriers to market entry and facilitating the taking up and pursuit of the business of electronic money issuance, the European legislature has opted for a resizing of the concept of electronic money issuer, by comparison with the concept specified in Directive no 2000/46/EC¹⁰.

Thus, the "electronic money institution" means a legal person that has been granted authorisation, respecting the requirements for the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions, to issue electronic money¹¹.

Electronic money may be issued by electronic money institutions, institutions that are regulated by Electronic Money Directive. Credit institutions governed by the Capital Requirements Directive (Directive 2006/49/EC¹²) may also issue electronic money under the Electronic Money Directive.

Payment Services Directive is the legal foundation for creating a single market for payments in the EU. According to this directive it was created a new category of payment service providers, namely "payment institutions". Payment institutions shall have a specific prudential regime, which is different from that of electronic money institutions and credit institutions. However, payment institutions are not allowed to issue electronic money.

According to article 1 of Directive no 2009/110/EC, in the category of electronic money issuer could be considered:

(a) credit institutions as defined in point 1 of Article 4 of Directive 2006/48/EC¹³ including, in accordance with national law, a branch thereof within the meaning of point 3 of Article 4 of that Directive, where such a branch is located within the Community and its head office is located

⁹ Directive no 2000/46/EC was defining the „electronic money” as a monetary value as represented by a claim on the issuer which is: stored on an electronic device; issued on receipt of funds of an amount not less in value than the monetary value issued; accepted as means of payment by undertakings other than the issuer.

¹⁰ Point 3 of article 1 of Directive no 2000/46/EC was specifying that "electronic money institution" shall mean an undertaking or any other legal person, other than a credit institution as defined in Article 1, point 1, first subparagraph (a) of Directive 2000/12/EC which issues means of payment in the form of electronic money

¹¹ See in this regard Răzvan Vartolomei, *The legal regime of cross-border payments within the European Union* (Bucharest: Juridical Univers, 2008), 118-91

¹² Directive 2006/49/EC on the capital adequacy of investment firms and credit institutions, with the role to recast Directive 93/6/EEC

¹³ 'credit institution' means an undertaking whose business is to receive deposits or other repayable funds from the public and to grant credits for its own account

outside the Community, in accordance with Article 38 of that Directive;

(b) electronic money institutions as defined in point 1 of Article 2 of this Directive including, in accordance with Article 8 of this Directive and national law, a branch thereof, where such a branch is located within the Community and its head office is located outside the Community;

(c) post office giro institutions which are entitled under national law to issue electronic money;

(d) the European Central Bank and national central banks when not acting in their capacity as monetary authority or other public authorities;

(e) Member States or their regional or local authorities when acting in their capacity as public authorities.

2.4 The prudential supervisory regime for electronic money institutions

In the context of which the expectations on the use of electronic money were very high and the practice has shown that electronic money is still far from delivering the full potential benefits expected from the adoption of Directive 2000/12/EC it was required to realize an analysis of the reasons that determined this decline.

Thus, the Commission conducted in 2005 an assessment of the application of the Electronic Money Directive, after which it was found that the current prudential requirements are excessive in relation to business risk. To correct these deficiencies and to align the regulation of electronic money to the regulations stipulated in Directive 2007/64/EC, the Commission considered that it was important to ensure a seamless consistency between the regime applicable for payment institutions and the regime applicable to electronic money institutions. In this regard, the requirement was to introduce an regime for initial capital combined with one for ongoing capital to ensure an adequate level of consumer protection and the sound and prudent operation of electronic money institutions.

Taking into consideration the proposals made to amend the directive by the Commission and given a favorable opinion of the European Economic and Social Committee, Directive 2009/110/EC stipulates in articles 4 and 5 the requirements regarding the initial capital and own funds.

Regarding the initial capital, electronic money institutions has to hold, at the time of authorisation, an initial capital, comprised of the items set out in Article 57(a) and (b) of Directive 2006/48/EC, of not less than EUR 350000¹⁴.

As regards own funds, the calculation sets vary by electronic money institution's activities (activities not related to the issuance of electronic money¹⁵ and the actual work activity of issuing electronic money¹⁶).

The provided measures in the Directive are aimed to ensure non-discriminatory conditions between electronic money institutions and credit institutions with regard to the issuance of electronic money to ensure fair competition for the same service among a wider range of institutions for the benefit of electronic money holders. This is achieved by balancing the less cumbersome features of the prudential supervisory regime applying to electronic money institutions against provisions that are more stringent than those applying to credit institutions, notably as regards the safeguarding of the funds of an electronic money holder. Given the crucial

¹⁴ Directive 2000/46/EC was stipulating that an electronic money institution shall have an initial capital of not less than EUR 1 million. In the proposal of the new directive, it was proposed an initial capital of not less 125 000 EUR.

¹⁵ Own funds are calculated in accordance with one of the three methods (A, B or C) set out in Article 8(1) and (2) of Directive 2007/64/EC. The appropriate method shall be determined by the competent authorities in accordance with national legislation.

¹⁶ The own funds of an electronic money institution for the activity of issuing electronic money shall amount to at least 2 % of the average outstanding electronic money.

importance of safeguarding, the competent authorities must be informed in advance of any material change, such as a change in the safeguarding method, a change in the credit institution where safeguarded funds are deposited, or a change in the insurance undertaking or credit institution which insured or guaranteed the safeguarded funds.

2.5. Redeemability of electronic money

Redemption obligation does not assume, by its nature, that the funds received in exchange for electronic money should be regarded as deposits or other repayable funds within the meaning of Directive 2006/48/EC.

Directive 2009/110/EC specifies in Article 11 that the holder of electronic money is entitled to redeem at any time and at par value, monetary value of electronic money held. Redemption may be free of cost or with fee according to the contract concluded between the issuer of electronic money and electronic money holder which has to provide a clear and detailed terms of redemption, including any fees associated. The holder of electronic money has to be informed about these conditions before concluding the contract or accepting the offer. According to the Directive (Article 11, point 4), redemption fee may be charged and established by contract only in the following cases:

- ◆ when redemption is requested prior to termination of the contract;
- ◆ the contract provides for a termination date and the holder of electronic money to terminate the contract before that date;
- ◆ when redemption is requested more than a year after the date of termination of the contract.

2.6. Regulation of electronic money in Romania

In order to implement into national law, Directive no. 2006/48/EC of the European Parliament and the Council of 14 June 2006 on the taking up and pursuit of credit institutions and Directive no. 2006/49/EC of the European Parliament and the Council of 14 June 2006 on the capital adequacy of investment firms and credit institutions, it was adopted by the Government Emergency Ordinance no. 99/2006¹⁷, regulating electronic money and electronic money institutions in Romanian law¹⁸.

Thus, in the point 16 of article 7 it is shown that electronic money is a monetary amount representing a claim on the issuer which meets the following conditions:

- a) is stored on an electronic medium;
- b) is issued on the exchange of receipt of funds whose value can not be less than the monetary value issued;
- c) is accepted as payment methods by entities other than the issuer.

This ordinance has undergone several changes, the latter of these being the Government Emergency Ordinance no. 25/2009¹⁹ prohibiting any legal entity which is not an authorized credit institution and any person or entity without legal personality to engage in an activity to attract deposits or other repayable funds from the public, in an activity of issuing electronic money or in an activity to attract and / or to manage of amount of money from contributions of members of groups of people, setup in order to build up collective funds and granting loans / borrowings from the accumulated amount of money for purchasing goods and/or services to their members.

It can be also considered as references the regulation provided by Emergency Ordinance no 113 / 2009²⁰ on payment services, aimed to transpose and implement Directive 2007/64/EC into

¹⁷ Published in the Official Monitor, Part I, nr.1027 of December 27, 2006

¹⁸ See in this regard R. Postolache, „Electronic money institutions. Identity elements”, *The 33th Annual Congress of the American Romanian Academy of Arts and Sciences (ARA)*, Proceedings, 2009.

¹⁹ Published in the Official Monitor, Part I, nr.179 of March 23, 2009

²⁰ Published in the Official Monitor, Part I, nr.685 of October 12, 2009

national legislation, and Regulation of National Bank of Romania no 21/2009 on payment institutions.

Taking into considerations the provisions of the Directive 2009/110/EC and the deadline of April 30, 2009 that the European legislature gives to Member States to transpose this Directive into national law, the Romanian Government (through the Ministry of Justice, Ministry of Finance and National Bank of Romania) has proposed the development of a draft of law amending and supplementing Government Emergency Ordinance no 99/2006 on credit institutions and capital adequacy, with subsequent amendments, aimed to implement the directive (proposed deadline for submission in the Government is December 2010).

Through this law, it will be achieved the harmonization between the national legislation regarding preventing and combating money laundering with the European community regulations and it will be reviewed the requirements for taking up, pursuit and prudential supervision of electronic money institutions.

3. Conclusions

Electronic money concept arose in trying to find a substitute for banknotes and coins (cash) in the context of a rapidly evolving economic environment and an information technology revolution.

However, electronic money is still far from delivering the full potential benefits expected at the time of the adoption of Directive 2000/46/EC on the taking up, pursuit of and prudential supervision of the business of electronic money institutions. This conclusion follows from the limited number of fully licensed electronic money institutions and from the low volume of electronic money issued, which shows that electronic money has not yet really considered as a credible alternative to cash in most of the Member States. The full potential of the electronic money market remains unexploited as it has not significantly contributed to stimulating consumer spending and economic growth. In August 2007, electronic money in circulation represents only 1 billion compared with 637 billion of cash in circulation. At the end of 2007 were declared 20 institutions and 127 entities under a waiver were reported.

At this moment, at the EU level the electronic money is increasingly used in transactions, and is only now starting in some Member States, to successfully replace other methods of payment for certain types of payments.

Faced with these difficulties, the European legislature has revised the Electronic Money Directive in order to enable the creation of new electronic money payment services, innovative and reliable, to ensure market access to new players and to foster real and effective competition between all market payers. All these measures seek to protect consumer and the involved companies' interests and in the same time the development of the European economy.

Directive 2009/110/EC is undeniable a real progress in the field of electronic payments. The proposed changes have been made based on evaluations and studies conducted in collaboration with Member States, involved institutions and the beneficiaries, holders of electronic money. This review can only have a positive effect on the market, especially in the context of the further review of this Directive (by 1st November 2012), aiming to analyze the implementation's results and to asses the impact of these changes.

4. References

Books:

- [1] Niță, Manuela, *Debt securities as payment instrument*. Bucharest: Juridical Univers, 2010.
- [2] Vasilache, Dan, *Electronic payments – an introduction*. Bucharest: Rosetti Educațional, 2004.
- [3] Stoian, Ion and Dragne, Emilia. *International Trade. Techniques, strategies, basic elements of electronic commerce*. Bucharest: Caraiman, 2001.

[4] Vartolomei, Răzvan, *The legal regime of cross-border payments within the European Union*. Bucharest: Juridical Univers, 2008.

Articles:

[1] Postolache, R. „Instituțiile Electronic money institutions. Identity elements”. *The 33th Annual Congress of the American Romanian Academy of Arts and Sciences (ARA)*, Proceedings, 2009.

[2] Postolache, R. and Niță, M., „The current trend of payment arrangements in the European Union. E-money ”, *Volume of scientific session „Harmonization, convergence and inconsistencies in Romanian law”*, Iași 2006:207-13

NEW TENDENCIES AGAINST AN OLD LEGAL BACKGROUND OR BRIEF OPINIONS ON THE BILL OF THE NEW ROMANIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE, IN TERMES OF POSITIVE OR NEGATIVE ELEMENTS

Andreea TABACU*
Amelia SINGH**
Sorina ȘERBAN-BARBU***

Abstract

The new Romanian Code of Civil Procedure, as proposed for discussion, is mainly focused on the theoretical dimension of civil procedures, attempting at the same time to be according to the European legal standards, by offering the compulsory guarantees of any equitable lawsuit and by clearly defining a series of legal notions, in order to avoid any sort of ambiguity and to make regulations as clearly, precise and coherent as possible, with the ultimate goal of unifying judicial practice.

The bill of the Code in question represents the result of protracted doctrinaire debates on theoretical aspects of civil procedures, which have often brought about interpretation problems for all the entities charged with law enforcement, but the same bill may be analyzed as a fundamental ground of civil procedures, in its restricted meaning, and thus the as the starting point of many subsequent developments.

The bill reflects the perspective of the commissions which elaborate legal codes, by comprising several normative acts which currently regulate in a separate manner a certain subject, by providing a lot of importance to the international civil process and by providing for the fundamental institutions of civil procedures – which constitute the common law for the other procedures and which used not to benefit from a clearly acknowledged legal regime.

The new things about the Code under scrutiny, which are to influence the unfolding of civil lawsuits positively, relate to fundamental legal principles, to the elucidation of some legal notions which may be subject to various interpretations and to the simplification of procedures.

On the other hand, the bill of the new Romanian Code of Civil Procedure also introduces ideas and notions taken from Western European countries, which, when combined with internal realities, do nothing but complicating even further the effective organization of the legal system and the concrete working methods.

Key words: *new Romanian Code of Civil Procedure, positive elements, negative elements, legislative technique, fundamental principles*

1. Presentation

The bill of the new Romanian Code of Civil Procedure captures the main aspects of civil law in a logical succession, so that it evinces a lot of coherence and cohesion between the topics in question.

First of all, from the legislative technique perspective, it can be noticed that the new Code proposes a coherent approach of the field under scrutiny, by initiating with matters relating to the purpose and objective of the Code of Civil Procedure and by clearly acknowledging common law as ground for other legal procedures.

Subsequently, the same Code mentions the legal fundamental principles, civil action, elements which characterize the procedural legal relation, particularly in terms of the parties of a lawsuit, general

* Lecturer Ph.D, University of Pitesti

** Assist. Ph.D candidate, University of Pitesti

*** Assist. Ph.D candidate, University of Pitesti

dispositions regarding procedural acts and terms, contentious procedure before the first court and the ulterior appeal methods, dispositions on ensuring a unitary judicial practice¹, non-contentious procedure, arbitration, coerced execution, special procedures² and international civil process.

Moreover, the new Romanian Code of Civil Procedure includes laws which constitute distinct normative acts or texts and chapters which are included in other normative acts, such as those relating to: documentary evidence³, presumptions and confession - which can be found in the Civil Code⁴; the indictment procedure, regulated by the Decree No. 32/1954 on the enforcement of Family Code and the Decree on physical and legal persons⁵; the procedure of declaring one's death, regulated by the Decree No. 31/1954 on physical and legal persons⁶; the procedure on payment order, currently demand for payment – GO No. 5/2001⁷; international competences of Romanian courts, currently provided for by Law No. 105/1992⁸ for the states which are not members of the EU or which have not entered any convention with Romania for that matter, but also by Community Regulations applying to the EU's member states, No. 44/2001 on judicial competence, acknowledgement and execution of civil and commercial rulings⁹ and No. 2201/2003 on judicial competence, acknowledgement and execution of judicial rulings relating to matrimonial and family liability law, to abrogate Regulation (EC) No. 1347/2000¹⁰.

The ultimate objective of any civil lawsuit, clearly stated by the bill of the new Romanian Code of Civil Procedure, namely enforcing justice in the civil field, has a particular importance for all those who take part in this process.

Yet, the objective mentioned above cannot be accomplished without the aid of some procedural instruments to ensure its enforcement and to ease the situation of the party that, by not having any legal knowledge, gets trapped between norms which are not clear enough or which are erroneously selected and applied.

For the purpose mentioned above, the bill of the new Code tends to remove all the impediments encountered in practice, by providing for adequate solutions both in terms of legal principles and procedural norms.

The new things brought by the Code in question when it comes to the principles regulating the unfolding of civil lawsuits are the introduction of a series of duties applying to all parties of a lawsuit, the legal "assistance" offered when applications are being filed, the elucidation of some legal notions which so far have been variously interpreted, as a result of not being legally acknowledged, the simplification of the procedures regarding the summons stage and the notification of procedural acts.

2. Regulating fundamental principles of civil lawsuits

The bill of the new Romanian Code of Civil Procedure pays a particular attention to the fundamental principles of civil lawsuits, which have not benefited from a distinct section within

¹ Appeal for the purposes of law is completed by another special procedure on applying with the High Court of Cassation and Justice and demanding an early decision for the settlement of some legal problems, in case the court which has to rule on a case in the last place acknowledges that another connected legal problem was not cleared in an unitary manner by the other courts involved in the case, a procedure which is similar to the application on obtaining a preliminary decision, according to community law, that is to article 234 of the EC Treaty, Ștefan, T., *Introducere în dreptul comunitar, Text și jurisprudență*, INM, Bucharest, 2006, p. 76.

² Recently introduced procedures: applications with low value and judicial bail.

³ It is being introduced the document on electronic support – article 266-268 of the Bill.

⁴ Art. 1171 and the following of the Civil Code.

⁵ Published in Romania's Official Bulletin, No. 32 from January 31st 1954.

⁶ Published in Romania's Official Bulletin, No. 8 from January 30th 1954.

⁷ GO No. 5/2001 published in Romania's Official Gazette, Part I, No. 422 from July 30th 2001

⁸ Published in Romania's Official Gazette, Part I, No. 245 from October 1st 1992.

⁹ Official Journal No. L 12/2001, p. 1 – 23.

¹⁰ Official Journal No. L 338/2003, p. 1 – 29.

the current Code of Civil Procedure, judging by the fact that the provisions included in the chapter called "Judgment" do not discuss each and every principle concerned in a separate manner, as described by specialized literature¹¹, but only the principles of oral notices, publicity¹², active role¹³, in a selective manner, or the principles of non-interference¹⁴, continuity¹⁵, availability of parties¹⁶, contradiction, right to defense¹⁷ and speeding up of procedures¹⁸, in an indirect manner.

The principles clearly laid down by the bill of the new Code add to the legal principles already acknowledged and recorded through the interpretation of the texts in force by specialized literature, any time a clear regulation is absent, other legal principles established in accordance with the international norms which Romania has transposed in its internal legislation and imperative rules which tend to reflect the ideal image of Romanian justice. Thus, the idea is that of bringing together in the same normative act all the principles funding a civil lawsuit, even if some of them are regulated at an international level and their transposition within the Code in question would involve a double set of provisions.

Such principles regulated at an international level are the right to a fair trial, in favorable and predicable terms, acknowledged by article 6 of the European Convention of Human Rights, but also the equality and due observance of justice.

Going on the same line, in terms of the judiciary organization norms¹⁹ on the basis of which the regulations on the courts organization²⁰ were drafted, the bill of the new Code takes over the principle on the continuity of courts, already acknowledged and guaranteed by the rules on the assignment and settlement of cases in the informatized system²¹.

Another new thing brought by the bill in relation to the principles on the unfolding of civil lawsuits is represented by the specific conduct which the entities of the lawsuit must adopt, so that the court, parties and third parties must have an active participation to the settlement of the civil lawsuit, particularly when it comes to evidence. Thus, all the parties mentioned above have the duty to abide by the procedural acts in the conditions, order and terms established by law or by the judge, to bring evidence for their claims and defense and to contribute without any delay to the development of the lawsuit, in the pursuit of the latter's reaching an end.

Moreover, third parties are bound to support justice enforcement, otherwise the state in question may resort to its coercive power and bind whomever obstructs justice to stop doing that, in order not to pay a civil fine or, as the case may be, a number of damages.

At the same time, in the civil field, a court is bound to admit and to rule on any application which is the task of a judiciary court, while the judge of the case in question must make sure that the principle of contradiction and other principles of civil lawsuits are enforced, but also to resort to all the legal means available in order to eliminate any mistake which may prevent truth from being discovered.

¹¹ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, volume I, 2 edition, CH Beck Publ. House, Bucharest, 2007, p. 22-35.

¹² Art. 121 and 127 of the Code of Civil Procedure

¹³ Art. 129 of the Code of Civil Procedure.

¹⁴ Art. 112 corroborated with art. 139 of the Code of Civil Procedure.

¹⁵ Art. 304 point 2 of the Code of Civil Procedure.

¹⁶ Articles 109, 129, 246-247, 271-273, 282 a.s.o. of the Code of Civil Procedure.

¹⁷ Articles 112, 115, 119, 128, 167 a.s.o. of the Code of Civil Procedure.

¹⁸ Art. 169 of the Code of Civil Procedure.

¹⁹ Law No. 304/2004 on judiciary organization, republished in Romania's Official Gazette, Part I, No. 827 from September 13th 2005, with the subsequent amendments.

²⁰ Decision of the Superior Council of Magistrates No. 387/2005 for the approval of the Internal Regulation Policy of judicial courts, with subsequent amendments

²¹ Art. 98, final paragraph, of the Decision of Superior Council of Magistrates No. 387/2005, pointing out that judges can be replaced only on the basis of a permanence list and for reasons clearly stated in the file of the procedure.

An essential matter taken over by the bill of the new Code is the current article 723 paragraph 1 of the Code of Civil Procedure, establishing the good faith principle in exerting procedural rights; thus, the bill in question speaks both about the abusive exertion of procedural rights and the non-fulfillment in good faith of procedural obligations. As a result, the coercive method for making sure that all obligations are being fulfilled during a civil lawsuit is to be found among the fundamental legal principles, the lawmaker providing for the damage caused to be compensated, but also for a fine to be paid, according to law.

The imperative manner of expressing the norms previously described, apart from their acknowledgement by the chapter called Fundamental Principles of Civil Lawsuit within the bill, points out that the legal problems faced by the current judiciary system are also a result of the fact that no negative consequences have been laid down in relation to the persons who prevent a lawsuit from developing normally.

Within judicial practice, such negative consequences can exist if the law on judiciary organization and statute of magistrates allows it and can be determined according to the solutions relating to acknowledged legal procedures, laid down by Title IV of the Second Book of the bill, namely the challenge of the lawsuit protraction, which aim to prevent the current negative circumstances²².

In relation to the same obligations with which courts are in charge, according to the principle on the active role played by the judge – which the bill of the new Code calls the role of courts in discovering truth – the possibilities for a judge to perform various procedural acts are expanded, with the consequence that the principle on parties' availability, which is also included in the bill, has a restricted scope. Thus, although judges must rule on everything that it is demanded, without going beyond their competences, a court will have the possibility to allow, in certain cases legally provided, but also when the legal relation in question requires it²³, and even if the parties are against it, for other persons to be included in the lawsuit as plaintiff or defendant. The doctrinaire discussion on the unanimity principle in the field of real rights, already transposed in the Romanian jurisprudence and which led to Romania's being convicted by the European Court of Human Rights²⁴ in the case of real estates abusively taken over, will have to take into account the provision mentioned above, namely that of introducing other parties in the lawsuit. The rule in question is to be restrictively interpreted, so that a court will have to act like this when the parties under scrutiny are offered by the case file, otherwise the attempts made by the court to discover the parties of a legal relation can transform it into a defendant of a party - which has nothing else to do but addressing justice for determining the limits of its application.

Moreover, when it comes to the summons before the court, according to article 84 of the Code of Civil Procedure, a court may qualify a claimant's application to an extent which is

²² The cases in which such challenges may be claimed are the following: when law establishes a term for concluding a procedure, for stating or motivating a judicial ruling, but such term has expired without any result; when the court establishes a term by which a party of the trial is bound to carry out a procedural act, such term has expired, but the court has not taken the legally required measures in relation to the person who has not fulfilled his duties; when a person or authority having no qualification as party was bound to file, within a certain period of time, a document or other information and data which he possessed and which were necessary for the outcome of a lawsuit, such period of time has expired, but the court has not taken the legally required measures in relation to that person who has not fulfilled his duties; when a court has ignored its duties of settling a case within a suitable and predictable term, by not taking the legally provided measures or by not carrying out *ex officio*, when law requires it, a procedural act which was necessary for the settlement of the case, although the time which elapsed from the last procedural act was enough for taking that measures or carrying out such act.

²³ The unanimity principle in the field of real rights, acknowledged by legal doctrine and partially denied by the jurisprudence of the European Court of Human Rights, *Lupaș vs. Romania*, decision from December 14th 2006, published in Romania's Official Gazette, part I, No. 464 from July 10th 2007.

²⁴ *Lupaș vs. Romania*

nonetheless not clearly provided for, that being the task of specialized literature²⁵. The bill of the new Code casts a light upon all these debates, by stating that a judge cannot change a legal title or ground in case the parties, as a result of a clear agreement on the rights of which they can dispose according to law, have already established the legal qualification and ground at which discussions shall be restricted. In the absence of any agreement between the parties, the judge will have to establish an objective procedural framework for classifying the legal facts presented.

It can be thus noticed an evolution of the bill towards an inquisitorial procedure, “the growth” of the role played by the judge and the encouragement of parties’ passivity, although a civil lawsuit should constitute the last legal alternative, after there has been resorted to all the procedures regarding a potential reconciliation between the parties, which have not been very much taken into account by the Romanian lawmaker²⁶. The fact that the judge is bound to attempt a reconciliation of the parties during the whole period of the trial is not enough as long as the conflict has already taken place, its intensity preventing the parties from seeing their own interests.

In strong connection to the establishment of a procedural framework, which shall be done ever since the beginning, as appropriate for the plaintiff’s claims, the bill of the new Code provides in terms of applications with small value for the possibility of initiating legal procedures on the basis of a printed form made available for the party concerned, so as to avoid any confusion²⁷.

When it comes to applications exceeding small values, no printed form may be resorted to upon request, while it still has to be taken into account that the way in which the application will be stated depends on the outcome of the trial.

Speaking about the right to defense, regulated according to the European standards, it also benefits from an alternative laid down by the bill, according to which any application or cause must be presented before the court only through legal representation, that is through a lawyer or legal expert, a fact which functions as a “filter” in relation to all the potential appeals which may be filed and which is more than welcomed judging by the current statute of appeals.

In terms of the application summoning someone before the court, the latter is not provided for by the bill, also because that may restrict free access to justice²⁸ and because G.E.O. No. 51/2008 on the public legal support on civil matters²⁹ only refers to certain limits of income.

Still, by taking into account the erroneous form which an application may take in the absence of any legal knowledge, by blocking access to justice, the loss of terms and even of parties’ rights, it would have been necessary that, when a lawsuit started, the Code, through its corroboration with other normative acts, such as Law No. 51/1995 on lawyers’ statute and profession or Law No. 514/2003 on legal experts’ statute, provided for the application to be drafted with the aid of a legal practitioner.

²⁵ Guinchard, S., Ferrandm F., Chainais, C., *Procedure civile*, Dalloz Publ. House, Paris Cedex 14, 2009, p. 288-289.

²⁶ Law No. 192/2006 on the role and organization of the mediator profession, published in Romania’s Official Gazette, Part I, No. 441/22.05.2006. For the same role of mediation, see I. Deleanu, *Medierea in procesul civil*, “Dreptul” Magazine No. 10/2006, p. 63-86 and I. Leș, *Codul de procedură civilă Comentariu pe articole*, CCH Beck Publ. House, Bucharest, 2005, 407 - 408. In states such as France, Germany, England, Switzerland, Japan and Canada, the acknowledgment of this previous mediation procedure has eased to a certain extent the duties of courts.

²⁷ Art. 982 of the bill states that the claimant initiates the procedure on reduced value applications by filling in the printed form of application and by filing or sending it to the authorized court, by post or any method, with the confirmation of the printed form receipt. The application printed form is drafted as ordered by the Ministry of Justice and has to include fields which allow the identification of the parties, value of the claim, indication of evidence and other elements necessary for settling the case. Together with the application printed form are also filed or sent copies of the documents which the claimant intends to resort to.

²⁸ For the jurisprudence of the European Court of Human Rights within the field, see C. Birsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Comentariu pe articole*, volume I, Drepturi și libertăți, All Beck Publ. House, Bucharest, 2005, p. 455-456.

²⁹ Published in Romania’s Official Gazette, Part I, No. 327 from April 25th 2008

In fact, the aspects mentioned above are not regulated, as a result of the fact that, both according to article 114 of the current Code of Civil Procedure and of the bill, the drafting of the application is in charge of the court appealed in relation to incomplete applications. Thus, the court in question has to notify the plaintiff about the drawbacks of the application, so that he can operate the amendments or changes ordered in maximum 10 days upon receiving the notification, otherwise the applications becomes void. It has been noticed for that purpose a lack of agreement between the provisions of article 137 paragraph 2 of the bill and those of article 185 paragraph 3³⁰, but both of them lay down the duty of the court to notify the claimant upon the drawbacks of his application. It is certain that such drawbacks concern currently essential matters of the application and not the legal qualification or presentation of facts, courts not having the possibility to offer legal guidance.

Still, a successful trial can be accomplished only with the aid of specialized services, bars or local colleges of legal experts, which could provide all the necessary guidance for avoiding the filing of erroneous applications and even the procedural law abuse, when resorting to the right of applying with a court.

When it comes to the principle of contradiction applying to civil lawsuits, clearly acknowledged by the bill of the new Romanian Code of Civil Procedure, the latter refers to the already existing legal principles on the parties' duty to contribute without delay to the development of the trial and to carry out procedural acts according to the conditions, order and terms established by law or by the judge.

In the field of procedural acts accomplishment, there can be noticed a tendency of involving the parties, the bill providing in addition for the procedure of summoning such parties in private, on the claimant's expenses. Thus, when the notification is not possible *ex officio*, through the court's procedural agents or any other servant, it will be carried out upon the request and on the expenses of the interested party, through a courier or recommended letter, with already declared content, to which it will be attached the receipt prove/report and the party's notification, or through judicial executors who will be bound to perform all the procedural formalities concerned.

3. Clarifying and regulating certain legal notions

For the same purposes of enforcing justice, the bill of the new Code clearly regulates civil action and the circumstances in which may be exerted³¹, a matter in relation to which specialized literature³² has reached an agreement, while separate opinions cannot cause any sort of consequence upon civil lawsuit, by remaining at the stage of theory.

In order to remove the differences of interpretation in terms of some applications with consequences upon legal competences, appeal and execution of judicial decisions, the bill of the new Romanian Code of Procedure has established the nature which may be financially assessed of the applications on the execution of a contract or legal act, its annulment, resolution or

³⁰ Article 137 paragraph 2 – If the application does not meet the form conditions or is not accompanied by the copies of the documents required by law, the claimant shall be bound to make the necessary amendments immediately or, as the case may be, in a short period of time, as established by the court. In the contrary case, *the application shall not be taken into account*, except as otherwise provided for by law.

Article 185 paragraph 3 – If the duties on completing or modifying the application are not fulfilled within the term provided for paragraph (2), *the application will be annulled*, through a court resolution pronounced in the council hall.

³¹ Article 129 – Applications can be filed and stated only if their authors: a) can come before the court, according to law; b) have procedural quality; c) state a claim; d) justify an interest.

³² V.M.Ciobanu, *Tratat teoretic si practic de procedură civilă*, volume I, National Publ. House, Bucharest, 1996, p. 266; V.M.Ciobanu, G. Boroi, *Drept procesual civil, Curs selectiv, Teste grilă*, All Beck Publ. House, Bucharest, 2005, p. 2; G. Boroi, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, "ALL" Publ. House, Bucharest, 1996, p. 99; I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, volume I, Edition 2, quoted works, p. 218-219; I.Leș, *Tratat de drept procesual civil*, II Edition, All Beck Publ. House, Bucharest, 2002, p. 147.

termination, even if it is not requested at the same time to bring the parties again in their previous stage, but also of the applications on the acknowledgement of the existence or non-existence of a right³³.

When it comes to determining the value of the applications mentioned above, it is applied the principle of the value emerging from the main application, documents filed and explanations given by the parties, whereas when it comes to applications having as object a property right upon a real estate, the latter's value shall be determined in accordance with the taxable value, established according to fiscal legislation.

Therefore, in comparison with the points of view offered by specialized literature³⁴ on the financially assessable nature, or not, of the applications mentioned above, it can be noticed that the bill removes any ambiguity, by establishing that such applications may be financially assessed.

The bill in question also clarifies the notion of procedural nullity, by acknowledging, unlike the current Code, unconditioned nullity³⁵.

The legal regime of nullity and its effects are clearly regulated by the bill, without transgressing any of the legal principles already stated by the current Code³⁶, the intention of its authors being that of removing any difficulty created by the various opinions expressed within specialized literature.

4. Negative aspects

On the other hand, the future Romanian Code of Civil Procedure brings ideas and notions taken from Western European norms which, when combined with internal realities, do nothing but complicating even further the effective organization of the legal system and the concrete working methods.

The aspect mentioned above reflects nonetheless the way in which the Romanian lawmaker tends to adopt normative acts, so that the new existence of a norm has not been usually determined by a concrete legal background but it has tended to create the latter, either due to the fact that the transposition of that norm was a duty of the Romanian state imposed by community requirements or because the same transposition seemed to be actual or "fashionable".

The category of the present sub-section refers to the expertise for the future lawsuit taking place only in the council hall, including all the procedural acts which are necessary for the main debates of the trial. Thus, in this stage, the court settles the exceptions which are invoked or which may be raised *ex officio* and rules on the intervention applications filed by parties or third parties; examines each and every claim and defense, on the basis of the summons, unfolding of the trial and explanations offered by lawyers; acknowledges which of the claims are approved and which are challenged; orders, according to law, insurance measures, measures for the collection of evidence or for the acknowledgement of a situation by fact, if such measures have not been already taken, partially or completely; takes act of the plaintiff's waive, the defendant's agreement or the transaction between the parties; approves the evidence demanded by parties, which it finds conclusive, but also the evidence which it considers *ex officio* necessary for the development of the trial; rules on any other application which may be stated at the first hearing at which parties have been legally summoned; performs any other procedural act necessary for settling the case.

³³ A similar solution for that matter was provided with an appeal according to law, decision No. 32/2008, I.C.C.J, United Sections.

³⁴ Decision No. 6443 from 18.11.2004 Civil and intellectual property section I.C.C.J; Decision No. 6517 from 08.09.2005 Civil and intellectual property section I.C.C.J; Decision No. 6741 from 14.09.2005 Civil and intellectual property section I.C.C.J; Decision No. 6553 from 08.09.2005 Civil and intellectual property section I.C.C.J.

³⁵ Ioan Leș, *Codul de procedură civilă Comentarii pe articole*, 2 Edition, All Beck Publ. House, Bucharest, 2005, p. 296; I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, volume I, II Edition, quoted works, p. 373-374; V.M. Ciobanu, G. Boroi, *Drept procesual civil. Curs selectiv. Teste grilă*, III Edition, quoted works, p. 183.

³⁶ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, volume I, II Edition, quoted works, p. 380;

Moreover, the bill points out that, for the same expertise, the judge will fix short terms, from a day to another, notified as such to the parties.

Neither the performance of expertise activities in the council hall, nor the establishment of short terms for that, can be considered suitable for the current situation of Romanian courts, taking into account that the lack of special rooms, judgment halls and the possibility to communicate with parties are to be fulfilled in time, after all the financial conditions have been created for that matter, so that, until then, such regulations taken from elsewhere burden courts, having negative consequences upon the settlement of cases.

At the same time, expanding the circumstances in which appeals may be filed, as an ordinary remedy at law³⁷, and changing the limits of value so as to distinguish between first hearing competences of courts and district courts³⁸ does not seem to take into account the fact that Romanian courts have a lot of specialized staff, the way in which judges are recruited and promoted to superior courts being based on rather slow procedures, which are not to ensure in a short time the equitable distribution of legal applications between courts and judges, so it is not certain how such applications are to be settled according to European requirements or with the fundamental principles on the unfolding of civil lawsuits.

5. Conclusions

The bill of the new Romanian Code of Civil Procedure demonstrates the interest of the Romanian lawmaker in creating a modern, European legal system in terms of civil procedures, by giving priority to the efficiency and the removal of the complicated formalities at the basis of civil procedures.

Bringing all legal procedures in an unitary normative act, clearing a series of notions which may be subject to several interpretations and acknowledging clear regulations for some legal institutions which have not benefited so far from legal provisions, all these constitute measures aimed to determine positive consequences upon the development of civil lawsuits in general.

Some of the provisions contained by the bill of the new Romanian Code of Civil Procedure, namely those on the concrete organization and development of procedures and the establishment of material competences, must take into account current realities, so as to prevent the situation in which a norm, instead of representing the long sought solution for a civil justice problem, becomes the source of it.

³⁷ Article 443 – (1) Decisions returned on first hearing can be challenged on appeal, if law contains no other contrary provision. (2) Last hearing decisions may also be subject to appeal if, according to law, court could only rule on first hearing. Art. 460 paragraph 2 – No appeal may be filed in relation to decisions returned on the applications provided for by art. 85 point 1 letter A) and point 2, but also on the applications on legal division, irrespective of the value concerned. Moreover, no further appeal may be filed in relation to the rulings returned by appeal courts, if law lays down that first hearing decisions are subject only to appeal.

Thus, appeal will be the only way to challenge the rulings returned on assessable applications or, as the case may be, not financially assessable and regarding: nullity or dissolution of marriage; entrustment of under age children or the approval of the parent who will have a personal connection with the latter, but also the applications on giving back the under age child by the persons who keep that child without any right; the legal duty of maintenance; the records within civil state registers, according to law; the administration of buildings with several floors, apartments or spaces belonging exclusively to different persons, but also of the applications on legal relations established between owners' associations and other physical or legal persons, as the case may be; eviction from the buildings abusively lived in or owned without any title; rights of way in terms of common walls and ditches, distance between buildings and plantations, other rights of way or restrictions on the property rights laid down by law, established by parties or instituted in a judicial manner; change of boundaries or requests of putting such boundaries; applications on possession; applications on duties to do certain things, not financially assessable; conflicts of rights emerging from individual or collective working contracts.

³⁸ Applications on legal division are subject to district courts if the goods which are to be divided amount to 5.000 – 200.000 lei (inclusively), but also any other application financially assessable and having a value between 5.000 – 100.000 lei (inclusively), the rest of applications being subject to first hearing courts.

References

1. Bîrsan, C., *Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Comentariu pe articole*, volume I, Drepturi și libertăți, All Beck Publ. House, Bucharest, 2005.
2. G. Boroi, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, “ALL” Publ. House, Bucharest, 1996.
3. Ciobanu, V.M., *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, volume I, National Publ. House, Bucharest, 1996; Ciobanu, V.M., Boroi, G., *Drept procesual civil, Curs selectiv, Teste grilă*, All Beck Publ. House, Bucharest, 2005.
4. Deleanu, I., *Tratat de procedură civilă*, volume I, 2 Edition, CH Beck Publ. House, Bucharest, 2007.
5. Deleanu, I., *Medierea în procesul civil*, “Dreptul” Magazine No. 10/2006.
6. Guinchard, S., Ferrandm F., Chainais, C., *Procedure civile*, Dalloz Publ. House, Paris Cedex 14, 2009.
7. Leș, I., *Codul de procedură civilă Comentariu pe articole*, CCH BEck Publ. House, Bucharest, 2005.
8. Leș, I., *Tratat de drept procesual civil*, II Edition, All Beck Publ. House, Bucharest, 2002.
9. Ștefan, T., *Introducere în dreptul comunitar, Text și jurisprudență*, INM, Bucharest, 2006.

Jurisprudence

1. Lupaș vs. Romania, decision from December 14th 2006, published in Romania’s Official Gazette, part I, No. 464 from July 10th 2007;
2. Appeal for the purposes of law, decision No. 32/2008, I.C.C.J, United Sections;
3. Decision No. 6443 from 18.11.2004 Civil and intellectual property section I.C.C.J;
4. Decision No. 6517 din 08.09.2005 Civil and intellectual property section I.C.C.J;
5. Decision No. 6741 din 14.09.2005 Civil and intellectual property section I.C.C.J;
6. Decision No. 6553 din 08.09.2005 Civil and intellectual property section I.C.C.J.

TENDINTE NOI PE BAZE VECHI SAU SCURTE CONSIDERATII ASUPRA PROIECTULUI NOULUI COD DE PROCEDURA CIVILA - ASPECTE POZITIVE SI NEGATIVE

ANDREEA TABACU*
AMELIA SINGH**
SORINA ȘERBAN-BARBU***

Rezumat

Noul Cod de procedură civilă în forma în care a fost supus dezbaterii urmărește în principal dimensiunea teoretică a procedurii civile, încercând să se releve ca un cod european, din care garanțiile unui proces echitabil nu pot lipsi și în care o serie de noțiuni juridice sunt definite, pentru a evita în final echivocul, pentru ca reglementarea să fie calificată drept clară, precisă și coerentă, în scopul final al unificării practicii judiciare.

Proiectul se prezintă ca rezultatul îndelungilor dezbateri doctrinare cu privire la aspectele teoretice ale procedurii civile, care au ridicat frecvent probleme de interpretare celui care aplică legea dar totodată poate fi analizat ca o structură fundamentală a materiei procedurii civile, în sensul său restrâns, pe temeiul căreia pot fi realizate dezvoltări.

Proiectul relevă viziunea proprie a comisiilor de elaborare a codurilor, închegând în cuprinsul său o serie de acte normative, care reglementează în prezent separat o anumită materie, conferind importanță deosebită procesului civil internațional și relevând instituțiile fundamentale ale procedurii civile, care reprezintă dreptul comun pentru celelalte proceduri și care nu beneficiau de un regim juridic expres consacrat.

Noutăți importante de natură a influența pozitiv desfășurarea procesului civil sunt aduse în materia principiilor fundamentale, în clarificarea unor noțiuni juridice susceptibile de multiple interpretări sau în simplificarea procedurilor.

Pe de altă parte, proiectul introduce idei și noțiuni împrumutate din statele vest europene, care suprapuse pe realitățile interne nu fac decât să complice și mai mult organizarea efectivă a sistemului și modul concret de lucru.

Cuvinte cheie: *noul cod de procedură civilă, aspecte pozitive, aspecte negative, tehnica legislativa , principii fundamentale.*

1. Prezentare.

In proiectul noului cod de procedură civilă se regăsește structurată esența materiei procedurii civile, modul în care au fost prevăzute normele în succesiunea lor logică determinând o maximă cursivitate și legătură între aspectele tratate.

In primul rând sub aspectul tehnicii legislative se constată că se propune o abordare coerentă a materiei, proiectul debutând cu aspecte relative la scopul și obiectul Codului de procedură civilă și cu consacrară expresă a caracterului de drept comun pentru alte categorii de proceduri.

Ulterior sunt menționate principiile fundamentale, acțiunea civilă, elemente ale structurii raportului juridic procesual, în special în ce privește participării la judecată, dispoziții generale relative la actele de procedură și termenele procedurale, procedura contencioasă în fața primei

* Lect. univ. dr., Universitatea din Pitești.

** Asist. univ. drd., Universitatea din Pitești.

*** Asist. univ. drd., Universitatea din Pitești.

instanțe și ulterior în căile de atac, dispoziții privind asigurarea unei practici judiciare unitare¹, procedura necontencioasă, arbitrajul, executarea silită, procedurile speciale² și procesul civil internațional.

Sunt astfel încorporate în cod legi care în prezent reprezintă acte normative distincte sau texte ori capitole în cuprinsul altor acte normative, cum sunt cele relative la: dovada cu înscrisuri³, prezumțiile și mărturisirea, regăsită în Codul civil⁴; procedura punerii sub interdicție, reglementată de D. nr. 32/1954 privind punerea în aplicare a Codului Familiei și a Decretului privitor la persoanele fizice și persoanele juridice⁵; procedura de declarare a morții reglementată în D. nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și persoanele juridice⁶; procedura ordonanței de plată, actuala somație de plată – OG. nr. 5/2001⁷; competența internațională a instanțelor române, care în prezent se determină în temeiul Legii nr. 105/1992⁸ pentru statele care nu sunt membre ale Uniunii Europene sau care nu au semnat convenții cu România în această privință și în temeiul Regulamentelor Comunitare pentru statele membre ale Uniunii Europene, nr. 44/2001 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială⁹ și nr. 2201/2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești, de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1347/2000¹⁰.

Scopul final al procesului civil, declarat expres de proiectul Noului cod de procedură civilă, anume înfăptuirea justiției în materie civilă, are o importanță deosebită pentru toți participanții la proces.

Acest scop nu poate fi însă atins dacă nu sunt consacrate instrumente procesuale de natură a asigura îndeplinirea sa și să faciliteze situația părții, care, lipsită de pregătire juridică, se găsește părăsită în hățișul normelor insuficient de clare sau greșit alese ori aplicate.

În acest sens, proiectul noului cod tinde să înlăture impedimentele întâlnite în practică, prevăzând atât la nivelul principiilor cât și în norme de procedură propriu zisă, soluții destinate atingerii acestui scop fundamental al procesului civil.

Întră în această categorie noutățile aduse în materia principiilor de desfășurare a procesului civil prin introducerea unor obligații pentru toți participanții, acordarea „asistenței” la introducerea unor cereri, lămurirea unor noțiuni juridice care au primit interpretări diferite urmare a lipsei consacării lor legale până în prezent, simplificarea procedurilor de citare și comunicare a actelor de procedură.

2. Reglementarea principiilor fundamentale ale procesului civil.

Proiectul acordă o importanță deosebită principiilor fundamentale ale procesului civil, aspect căruia actualul cod nu-i conferă o secțiune distinctă, prevederile din capitolul privind „Judecata” neavând în vedere expres fiecare principiu, așa cum au fost ele reținute în literatura de

¹ Recursului în interesul legii i se adaugă o procedură specială privind sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor probleme de drept, care are în vedere ipoteza în care instanța investită cu soluționarea cauzei în ultimă instanță, constată că o problemă de drept incidentă în cauza respectivă nu a fost dezlegată unitar în practica instanțelor și care se aseamănă cu cererea privind obținerea unei hotărâri preliminare în interpretarea dreptului comunitar, în temeiul art. 234 din Tratatul Comunităților Europene Ștefan, T., *Introducere în dreptul comunitar, Text și jurisprudență*, INM, București, 2006, p. 76.

² Proceduri nou introduse: privind cererile cu valoare redusă și cautiunea judiciară.

³ Este introdus și înscrisul pe suport electronic – art. 266-268 din proiect.

⁴ Art. 1171 și urm. C.civ.

⁵ Publicat în Buletinul Oficial al României, nr. 32 din 31 ianuarie 1954.

⁶ Publicat în Buletinul Oficial al României, nr. 8 din 30 ianuarie 1954.

⁷ O.G. nr. 5/2001 publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 422 din 30.07.2001.

⁸ Publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 245 din 1.10.1992.

⁹ Jurnalul Oficial nr. L 12/2001, p. 1 – 23.

¹⁰ Jurnalul Oficial nr. L 338/2003, p. 1 – 29.

specialitate¹¹, ci numai selectiv principiul oralității, publicității¹², rolului activ¹³, iar în alte dispoziții indirect: principiul nemijlocirii¹⁴, continuității¹⁵, disponibilității părții¹⁶, contradictorialității și dreptului la apărare¹⁷ și celerității procedurii¹⁸.

Principiile prevăzute expres în proiectul noului cod adaugă celor deja consacrate și reținute prin interpretarea textelor în vigoare de către literatura de specialitate, acolo unde lipsește o reglementare expresă, și principii determinate de normele internaționale pe care România le-a preluat în legislația sa precum și reguli diriguitoare care tind să reflecte imaginea ce se impune a fi recunoscută justiției. Prin intermediul acestora se încearcă reunirea în același act normativ a tuturor principiilor după care trebuie să se desfășoare procesul civil, chiar dacă acestea sunt reglementate la nivel internațional iar aducerea lor și în cuprinsul codului ar reprezenta o dublă prevedere.

Sunt asemenea dreptul la un proces echitabil, într-un termen optim și previzibil recunoscut în art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, egalitatea și respectul cuvenit justiției.

În același spirit, față de normele de organizare judiciară¹⁹ în temeiul cărora au fost întocmite regulamentele de organizare a instanțelor²⁰, proiectul reia principiul continuității instanței, deja consacrat și garantat prin intermediul regulilor de repartizare și soluționare a cauzelor în sistem informatizat²¹.

În sfera principiilor de desfășurare a procesului civil o noutate adusă de proiect, dată de specificul conduitei participanților la procesul civil, este aceea că sunt reținute în mod expres obligații în sarcina instanței, a părților și a terțelor persoane, care sunt ținute astfel să se manifeste activ în scopul finalizării procesului civil, în special în materia administrării probelor. Sunt astfel consacrate obligațiile părților de a îndeplini actele de procedură în condițiile, ordinea și termenele stabilite de lege sau de judecător, de a-și proba pretențiile și apărările, de a contribui la desfășurarea fără întârziere a procesului, urmărind, tot astfel, finalizarea acestuia.

Totodată terții sunt obligați să sprijine realizarea justiției, forța coercitivă a statului fiind reținută aici împotriva celui care, fără motiv legitim, se sustrage de la îndeplinirea acestei obligații, putând fi constrâns la executarea acestei obligații sub sancțiunea plății unei amenzi civile și, dacă este cazul, a unor daune-interese.

În egală măsură instanța este ținută să primească și să soluționeze orice cerere de competență instanțelor judecătorești, în materie civilă, judecătorul cauzei trebuie să asigure respectarea și să respecte el însuși principiul contradictorialității și celelalte principii ale procesului civil, să stăruie, prin toate mijloacele legale, pentru a preveni orice greșeală privind aflarea adevărului în cauză.

Relativ la întregul proces civil, un aspect esențial, consacrat în actualul art. 723 alin 1 C.proc.civ. este determinat de principiul bunei credințe în exercitarea drepturilor procesuale, proiectul având în vedere atât exercitarea abuzivă a drepturilor procesuale cât și neîndeplinirea cu bună credință a obligațiilor procesuale. Astfel, mijlocul coercitiv pentru respectarea obligațiilor în cursul procesului civil se regăsește chiar în materia principiilor fundamentale, legiuitorul prevăzând obligativitatea reparării pagubei cauzate dar și plata unei amenzi, în condițiile legii.

Modalitatea imperativă de exprimare a acestor norme, pe lângă consacrarea lor la capitolul

¹¹ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Ediția 2, Editura CH Beck, București, 2007, p. 22-35.

¹² Art. 121 și 127 din Codul de procedură civilă.

¹³ Articolul 129 din Codul de procedură civilă.

¹⁴ Art. 112 raportat la art. 139 C.proc.civ.

¹⁵ Art. 304 pct. 2 C.proc.civ.

¹⁶ Articolele 109, 129, 246-247, 271-273, 282 etc. din Codul de procedură civilă.

¹⁷ Articolele 112, 115, 119, 128, 167 etc din Codul de procedură civilă.

¹⁸ Articolul 169 din Codul de procedură civilă.

¹⁹ Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 827 din 13 septembrie 2005 cu modificările ulterioare.

²⁰ Hotărârea Consiliului Superior al Magistraturii nr. 387/2005 pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești cu modificările ulterioare.

²¹ Art. 98 alin final din H.C.S.M. nr. 387/2005 care arată că judecătorul nu poate fi schimbat decât în temeiul unei liste de permanență și pentru motive care se vor releva la dosar.

Principii Fundamentale ale Procesului Civil, atrage concluzia că în timp, față de reglementarea actuală s-a constatat că o parte din problemele cu care se confruntă sistemul judiciar în prezent este determinată și de lipsa consacării unor consecințe negative asupra celui care impiedică desfășurarea normală a procesului.

În ce privește instanța de judecată, asemenea consecințe se relevă în măsurile care pot fi luate în temeiul legii de organizare judiciară și statutului magistratului, care vor fi determinate și de soluțiile pronunțate în cadrul procedurii consacrate în Titlul IV al Cărtii a doua, anume contestația privind tergiversarea procesului, care are drept scop luarea măsurilor legale pentru ca această situație să fie înlăturată²².

Relativ la aceleași obligații instituite în sarcina instanței de judecată, desprins din principiul rolului activ al judecătorului, intitulat în proiect rolul instanței în aflarea adevărului, se extind posibilitățile judecătorului în efectuarea actelor de procedură, cu consecința diminuării domeniului principiului disponibilității părții în procesul civil, și el regăsit în proiect. Astfel, deși judecătorii trebuie să se pronunțe asupra a tot ceea ce s-a cerut, fără însă a depăși limitele investiției, instanța va putea ca în cazurile expres prevăzute de lege, precum și atunci când raportul juridic dedus judecății o impune²³, chiar dacă părțile se împotrivesc, să dispună introducerea în cauză a altor persoane ca reclamant sau pârât. Discuția doctrinară față de principiul unanimității în materia drepturilor reale, preluat de jurisprudență și care în situația imobilelor preluate abuziv a dus la condamnarea României de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului²⁴, urmează a fi tranșată față de această dispoziție, care transferă obligativitatea introducerii în cauză a unor părți în sarcina instanței de judecată. Regula urmează a fi interpretată restrictiv, în sensul că instanța va trebui să procedeze astfel atunci când persoanele respective se relevă din dosarul cauzei, în caz contrar demersurile întreprinse pentru aflarea părților raportului juridic substanțial transformând instanța în apărător al părții, care practic nu mai are de făcut decât să se adreseze justiției pentru ca aceasta să-i determine limitele cererii (?).

De asemenea, în ce privește calificarea cererii de chemare în judecată se constată că în raport cu actualul articol 84 C.proc.civ. instanța poate să califice cererea, însă limitele acestei posibilități nu sunt expres prevăzute, ele reprezentând rodul literaturii de specialitate²⁵. Proiectul lămurește însă aceste dezbateri reținând că judecătorul nu poate schimba denumirea sau temeiul juridic în cazul în care părțile, în virtutea unui acord expres privind drepturi de care, potrivit legii, pot dispune, au stabilit calificarea juridică și motivele de drept asupra cărora au înțeles să limiteze dezbaterile. În lipsa unui acord între părți revine judecătorului obligația de a stabili cadrul procesual obiectiv în ce privește încadrarea faptelor prezentate în drept.

Se constată așadar evoluția proiectului către o procedură inchizitorială, „creșterea” rolului judecătorului și încurajarea pasivității părții, deși procesul civil ar trebui să reprezinte soluția

²² Ipotezele în care se poate formula o atare contestație sunt : când legea stabilește un termen de finalizare a unei proceduri, de pronunțare ori de motivare a unei hotărâri, însă acest termen s-a împlinit fără rezultat; când instanța a stabilit un termen în care un participant la proces trebuia să îndeplinească un act de procedură, iar acest termen s-a împlinit, însă instanța nu a luat, față de cel care nu și-a îndeplinit obligația, măsurile prevăzute de lege; când o persoană ori o autoritate care nu are calitatea de parte a fost obligată să comunice instanței, într-un anumit termen, un înscris sau date ori alte informații rezultate din evidențele ei și care erau necesare soluționării procesului, iar acest termen s-a împlinit, însă instanța nu a luat față de cel care nu și-a îndeplinit obligația, măsurile prevăzute de lege; când instanța și-a nesocotit obligația de a soluționa cauza într-un termen optim și previzibil prin neluarea măsurilor stabilite de lege sau prin neîndeplinirea din oficiu, atunci când legea o impune, a unui act de procedură necesar soluționării cauzei, deși timpul scurs de la ultimul său act de procedură ar fi fost suficient pentru luarea măsurii sau îndeplinirea actului.

²³ Principiul unanimității în materia drepturilor reale, consacrat în doctrină și parțial negat de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, Lupaș împotriva României, hotărârea din 14 decembrie 2006 publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 464 din 10 iulie 2007.

²⁴ Lupaș împotriva României.

²⁵ Guinchard, S., Ferrandm F., Chainais, C., *Procédure civile*, Dalloz, Paris Cedex 14, 2009, p. 288-289.

finală, parcursă după finalizarea procedurilor de împăcare prealabil sesizării instanței, cărora legiuitorul nu le acordă o atenție prea mare²⁶. Faptul că în tot cursul procesului judecătorul este obligat să încerce împăcarea părților, nu este suficient atâta vreme cât conflictul este deja declanșat iar patima împiedică părțile să-și „vadă” propriile interese.

În strânsă legătură cu determinarea cadrului procesul, care va fi determinat de la început așa cum se cuvine față de pretenția reclamantului, proiectul prevede în materia cererilor cu valoare redusă posibilitatea declanșării procedurii pe baza unui formular pus la dispoziție părții, pentru a se evita orice confuzie²⁷.

Pentru domeniul cererilor care exced acestor cereri cu valoare redusă nu este posibilă utilizarea unui formular de cerere, însă trebuie avut în vedere faptul că de modul de formulare a acesteia depinde soarta procesului.

În această chestiune o soluție este prevăzută de proiect în materia principiului dreptului la apărare, reglementat după model european, în care se reține obligativitatea formulării cererii și susținerii cauzei în fața instanțelor de recurs, numai prin avocat sau consilier juridic, ceea ce reprezintă o reglementare cu caracter de filtru față de sesizarea instanțelor de recurs, de altfel bine venită având în vedere modalitatea în care este declarată în prezent această cale extraordinară de atac.

În ce privește formularea cererii de chemare în judecată nu se reține însă această obligație, și determinat de faptul că ar fi de natură să restrângă accesul liber la justiție²⁸, având în vedere faptul că O.U.G. nr. 51/2008 privind ajutorul public judiciar în materie civilă²⁹, se referă numai la anumite praguri de venit.

Totuși, față de faptul că însuși modul de formulare a cererii, urmare a lipsei de pregătire juridică, poate determina blocarea accesului la justiție sau pierderea termenelor ori chiar a drepturilor părților, se impunea ca, la momentul declanșării procesului, codul, prin coroborare cu alte acte normative, de pildă Legea nr. 51/1995 de organizare a profesiei de avocat sau Legea nr. 514/2003 privind statutul consilierului juridic, să prevadă redactarea cererii prin intermediul unui specialist.

În realitate aceste posibilități nu sunt reglementate deoarece atât în art. 114 C.proc.civ., actual cât și în proiect, modul de organizare a cererii este dat în sarcina instanței sesizate cu o cerere incompletă. Astfel, aceasta are obligația de a comunica în scris reclamantului lipsurile cu mențiunea ca, în termen de cel mult 10 zile de la primirea comunicării, trebuie să facă completările sau modificările dispuse, sub sancțiunea anulării cererii. În materie se constată o neconcordanță între dispozițiile art. 137 alin. 2 din proiect care nu se coroborează cu 185 alin. 3³⁰, însă ambele au în vedere obligativitatea instanței de a comunica petentului lipsurile cererii. Este cert că lipsurile

²⁶ Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 441/22.05.2006. Pentru rolul medierii a se vedea I. Deleanu, *Medierea în procesul civil*, Dreptul nr. 10/2006, p. 63-86 și I. Leș, *Codul de procedură civilă Comentariu pe articole*, Editura CCH Beck, București, 2005, 407 - 408. În state ca Franța, Germania, Anglia, Elveția, Japonia, Canada etc aceasta procedură prealabilă de mediere și-a găsit consacrară și recunoașterea cu consecința desconggestionării rolului instanțelor de judecată.

²⁷ Art. 982 din proiect arată că reclamantul declanșează procedura cu privire la cererile cu valoare redusă prin completarea formularului de cerere și depunerea sau trimiterea acestuia la instanța competentă, prin poștă sau prin orice alte mijloace ce asigură transmiterea formularului și confirmarea primirii acestuia. Formularul de cerere se stabilește prin ordin al ministrului justiției și trebuie să conțină rubrici care să permită identificarea părților, valoarea pretenției, indicarea probelor și alte elemente necesare soluționării cauzei. Odată cu formularul de cerere se depun ori se trimit și copii de pe înscrisurile de care reclamantul înțelege să se folosească.

²⁸ Pentru jurisprudența Curții Europene a Drepturilor omului în materie a se vedea C. Bîrsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Comentariu pe articole*, vol. I, Drepturi și libertăți, Editura All Beck, București, 2005, p. 455-456.

²⁹ Publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 327 din 25 aprilie 2008.

³⁰ Art. 137 alin. 2 - Dacă cererea nu întrunește condițiile de formă sau nu e însoțită de exemplarele sau copiile cerute de lege, petentul va fi invitat să o completeze de îndată sau, după caz, într-un termen scurt stabilit de instanță. În caz contrar nu se va da curs cererii, afară de cazurile în care legea prevede altfel.

Art. 185 alin. 3 - Dacă obligațiile privind completarea sau modificarea cererii nu sunt îndeplinite în termenul prevăzut la alin. (2), prin încheiere, dată în camera de consiliu, se dispune *anularea cererii*.

au în vedere aspecte esențiale ale cererii și nu privesc la acest moment calificarea juridică sau expunerea faptelor, instanța neputând să acorde consultanță juridică.

Însă declanșarea procesului cu sorți de izbândă poate fi realizată prin organizarea unor servicii specializate, prin intermediul barourilor de avocați sau colegiilor teritoriale de consilieri juridici, care ar putea acorda consultanța necesară pentru evitarea depunerii unor cereri impropriu formulate și chiar a abuzului de drept procesual prin exercitarea dreptului de a sesiza instanța.

Și în ce privește principiul contradictorialității în procesul civil, consacrat expres în proiectul Noului Cod de procedură civilă, se face trimitere la principiile deja reținute relativ la îndatorirea părților de a contribui la desfășurarea fără întârziere a procesului și la îndeplinirea actelor de procedură în condițiile, ordinea și termenele stabilite de lege sau de judecător.

În materia îndeplinirii actelor de procedură se constată o tendință de cooptare a părților, proiectul permițând subsidiar efectuarea procedurii de citare a părților în mod privat, pe cheltuiala solicitantului. Astfel, în cazul în care comunicarea nu este posibilă din oficiu, prin agenții procedurale ai instanței sau prin orice alt salariat al acesteia, aceasta se va face la cererea părții interesate și pe cheltuiala sa prin servicii de curierat rapid, cu scrisoare recomandată, cu conținut declarat, la care se atașează dovada de primire / procesul-verbal și înștiințarea părții sau în mod nemijlocit prin executori judecătorești, care vor fi ținuti să îndeplinească formalitățile procedurale.

3. Clarificarea și reglementarea unor noțiuni juridice.

În același scop al înfăptuirii justiției, proiectul reglementează expres acțiunea civilă și condițiile de exercițiu ale acesteia³¹, asupra cărora literatura de specialitate³² a ajuns în principal la un consens, opiniile izolate nefiind de natură să producă consecințe asupra procesului civil, rămânând în sferă teoretică.

Pentru înlăturarea diferențelor de interpretare a caracterului unor cereri cu consecințe asupra competenței, căii de atac și executării hotărârii, proiectul Noului Cod de procedură civilă stabilește caracterul evaluabil în bani al cererilor privind executarea unui contract ori a unui alt act juridic, anularea, rezoluțiunea sau rezilierea, chiar dacă nu se solicită și repunerea părților în situația anterioară, precum și al cererilor privind constatarea existenței sau inexistenței unui drept³³.

În ce privește determinarea valorii acestor cereri se consacră principiul valorii rezultate din cererea principală, înscrisurile prezentate și explicațiile date de părți iar în materia cererilor având ca obiect un drept de proprietate asupra unui imobil, valoarea acestuia se determină în funcție de valoarea impozabilă, stabilită potrivit legislației fiscale.

Așadar, față de punctele de vedere divergente reținute în practica de specialitate³⁴ cu privire la caracterul evaluabil în bani sau dimpotrivă al cererilor de mai sus, se constată că proiectul înlătură echivocul, stabilind că acestea sunt evaluabile în bani.

Si noțiunea nulității procedurale este clarificată prin dispozițiile proiectului, fiind consacrate spre deosebire de codul actual, nulități necondiționate³⁵.

³¹ Art. 29. – Nici o cerere nu poate fi formulată și susținută decât dacă autorul acesteia: a) poate să stea în judecată, în condițiile legii; b) are calitate procesuală; c) formulează o pretenție; d) justifică un interes.

³² V.M.Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. I, Editura National, București, 1996, p. 266; V.M.Ciobanu, G. Boroș, *Drept procesual civil, Curs selectiv, Teste grilă*, Editura All Beck, București, 2005, p. 2; G. Boroș, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Editura "ALL", București, 1996, p. 99; I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Ediția 2, op.cit., p. 218-219; I.Leș, *Tratat de drept procesual civil*, Ediția a II a, Editura All Beck, București, 2002, p. 147.

³³ O dezlegare similară soluției din recursul în interesul legii, decizia nr.32/2008, I.C.C.J. Secții unite.

³⁴ Decizia nr. 6443 din 18.11.2004 Secția civilă și de proprietate intelectuală I.C.C.J.; Decizia nr. 6517 din 08.09.2005 Secția civilă și de proprietate intelectuală I.C.C.J.; Decizia nr. 6741 din 14.09.2005 Secția civilă și de proprietate intelectuală I.C.C.J.; Decizia nr. 6553 din 08.09.2005 Secția civilă și de proprietate intelectuală I.C.C.J.

³⁵ Ioan Leș, *Codul de procedură civilă Comentarii pe articole*, Ediția 2, Editura All Beck, București, 2005, p. 296; I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Ediția a II a, op.cit., p. 373-374; V.M. Ciobanu, G. Boroș, *Drept procesual civil. Curs selectiv. Teste grilă*, Ediția a IIIa, op.cit., p. 183.

Regimul juridic al nulității și efectele acesteia își găsesc reglementare expresă, fără a se abate de la principiile determinate până în prezent în interpretarea codului actual³⁶, însă intenția autorilor se relevă practic în a înlătura orice dificultăți determinate de opiniile exprimate în literatura de specialitate.

4. Aspecte negative.

Pe de altă parte, viitorul cod, în această formă, aduce idei și noțiuni împrumutate din normele statelor vest europene, care suprapuse pe realitățile interne nu fac decât să complice și mai mult organizarea efectivă a sistemului și modul concret de lucru.

Acest aspect relevă însă specificul modului de adoptare a actelor normative de către legiuitorul român, anume acela că apariția normei nu a fost de regulă determinată de realități ci dimpotrivă a tins să le creeze, fie urmare a faptului că preluarea normei se impunea statului român față de cerințele comunitare fie pentru că adoptarea normei se vădea a fi de actualitate sau la modă.

În această categorie se încadrează desfășurarea cercetării procesului numai în camera de consiliu, această noțiune cuprinzând toate actele de procedură necesare pentru pregătirea dezbaterii în fond a procesului. Astfel, în această fază instanța rezolvă excepțiile ce se invocă ori pe care le poate ridica din oficiu, hotărăște asupra cererilor de intervenție formulate de părți sau de terțe persoane; examinează fiecare pretenție și apărare în parte, pe baza cererii de chemare în judecată, a întâmpinării și a explicațiilor avocaților; constată care dintre pretenții sunt recunoscute și care sunt contestate; dispune, în condițiile legii, măsuri asigurătorii, măsuri pentru asigurarea dovezilor ori pentru constatarea unei situații de fapt, în cazul în care aceste măsuri nu au fost luate, în tot sau în parte; ia act de renunțarea reclamantului, de achiesarea pârâtului sau de tranzacția părților; încuviințează probele solicitate de părți, pe care le găsește concludente, precum și pe cele pe care, din oficiu, le consideră necesare pentru judecarea procesului; decide în legătură cu orice alte cereri care se pot formula la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate; îndeplinește orice alt act de procedură necesar soluționării cauzei.

Proiectul arată totodată că pentru cercetarea procesului, judecătorul fixează termene scurte, chiar de la o zi la alta, date în cunoștința părților.

Nici desfășurarea activității de cercetare a procesului în camera de consiliu și nici acordarea termenelor scurte, în continuare, nu pot fi considerate în concordanță cu realitățile existente în instanțele interne, lipsa de spații anume amenajate, a sălilor de judecată și a posibilității de comunicare cu părțile urmând a fi complinită în timp, prin alocarea bazei materiale necesare, până atunci însă asemenea reglementări fiind de natură să aglomereze instanțele, cu consecințe negative asupra soluționării cauzelor.

De asemenea, extinderea ipotezelor de exercitare a apelului, ca o cale ordinară de atac³⁷ și schimbarea limitelor de valoare pentru a distinge între competența în prima instanță a

³⁶ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Ediția a II a, op.cit., p. 380;

³⁷ Art. 443 – (1) Hotărârile pronunțate în primă instanță pot fi atacate cu apel, dacă legea nu prevede în mod expres altfel. (2) Sunt supuse apelului și hotărârile date în ultimă instanță dacă, potrivit legii, instanța nu putea să judece decât în primă instanță. Art. 460 alin. 2 - Nu sunt supuse recursului hotărârile pronunțate în cererile prevăzute de art. 85 pct.1 lit. A) și pct. 2, precum și în cererile de împărțeală judiciară, indiferent de valoare. De asemenea, nu sunt supuse recursului hotărârile date de instanțele de apel în cazurile în care legea prevede că hotărârile de primă instanță sunt supuse numai apelului.

Așadar, nu se vor ataca decât cu apel hotărârile pronunțate în cererile evaluabile sau, după caz, neevaluabile în bani privind: nulitatea sau desfacerea căsătoriei; încredințarea copilului minor sau încuviințarea părintelui de a avea legături personale cu acesta, precum și cererile de înapoiere a copilului minor de la persoanele care îl dețin fără nici un drept; obligația legală de întreținere; înregistrările în registrele de stare civilă, potrivit legii; administrarea clădirilor cu mai multe etaje, apartamente sau spații aflate în proprietatea exclusivă a unor persoane diferite, precum și cele privind raporturile juridice stabilite de asociațiile de proprietari cu alte persoane fizice sau persoane juridice, după caz; evacuarea din imobilele ocupate abuziv ori deținute fără nici un titlu; servituțile privind zidurile și șanțurile comune, distanța construcțiilor și plantațiilor, dreptul de trecere, precum și la alte servituți ori îngrădiri ale dreptului de proprietate prevăzute de lege, stabilite de părți ori instituite pe cale judecătorească; strămătarea de hotare și cererile în grănițuire; cererile posesorii; cererile privind obligațiile de a face, neevaluabile în bani; conflictele de drepturi decurgând din contractele individuale sau colective de muncă.

judecătorilor și a tribunalelor³⁸ nu ține seama de încărcătura instanțelor cu personal specializat, modul de recrutare și promovare a judecătorilor la instanțele superioare caracterizându-se prin proceduri relativ lente, care nu vor asigura recent repartizarea echitabilă a cererilor între instanțe și judecători, cu consecințe asupra posibilității de soluționare a acestora în concordanță cu cerințele europene și cu principiile fundamentale de desfășurare a procesului civil.

5. Concluzii.

Proiectul Noului Cod de Procedură Civilă demonstrează preocuparea pentru realizarea unui sistem modern, european al procedurii civile, în care se conferă prioritate principiului eficienței și înlăturarea formalităților atât de „dragi” procedurii civile.

Aducerea tuturor procedurilor într-un act normativ unitar, lămurirea unor noțiuni susceptibile de multiple interpretări, consacrarea unor reglementări exprese pentru instituții juridice care nu au beneficiat până în prezent de prevedere în lege, reprezintă măsuri de natură să determine consecințe pozitive asupra desfășurării procesului civil în general.

Unele dintre dispozițiile proiectului Noului Cod de procedură civilă, relative la modul de organizare și desfășurare concretă a procedurilor, precum și delimitarea competenței materiale, se impun a fi puse de acord cu realitățile, pentru a se evita ca însăși norma, care s-a dorit soluția pentru problemele justiției civile, să ajungă sursa acestora.

Bibliografie

1. Bîrsan, C., *Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Comentariu pe articole*, vol. I, Drepturi și libertăți, Editura All Beck, București, 2005.

2. G. Boroș, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Editura “ALL”, București, 1996.

3. Ciobanu, V.M., *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. I, Editura National, București, 1996; Ciobanu, V.M., Boroș, G., *Drept procesual civil, Curs selectiv, Teste grilă*, Editura All Beck, București, 2005.

4. Deleanu, I., *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Ediția 2, Editura CH Beck, București, 2007.

5. Deleanu, I., *Medierea în procesul civil*, Dreptul nr. 10/2006.

6. Guinchard, S., Ferrand F., Chainais, C., *Procedure civile*, Dalloz, Paris Cedex 14, 2009.

7. Leș, I., *Codul de procedură civilă Comentariu pe articole*, Editura CCH BECK, București, 2005.

8. Leș, I., *Tratat de drept procesual civil*, Ediția a II a, Editura All Beck, București, 2002.

9. Ștefan, T., *Introducere în dreptul comunitar, Text și jurisprudență*, INM, București, 2006.

Jurisprudență

1. Lupaș împotriva României, hotărârea din 14 decembrie 2006 publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 464 din 10 iulie 2007

2. Recurs în interesul legii, decizia nr.32/2008, I.C.C.J. Secții unite

3. Decizia nr. 6443 din 18.11.2004 Secția civilă și de proprietate intelectuală I.C.C.J;

4. Decizia nr. 6517 din 08.09.2005 Secția civilă și de proprietate intelectuală I.C.C.J;

5. Decizia nr. 6741 din 14.09.2005 Secția civilă și de proprietate intelectuală I.C.C.J;

6. Decizia nr. 6553 din 08.09.2005 Secția civilă și de proprietate intelectuală I.C.C.J.

³⁸ Sunt în competența judecătoriei cererile de împărțeaală judiciară, dacă bunurile supuse împărțelii sunt în valoare de la 5.000 lei până la 200.000 lei inclusiv și orice alte cereri evaluabile în bani în valoare de la 5.000 lei până la 100.000 lei inclusiv, restul intrând în competența tribunalului în prima instanță.

THE LEGAL REGIME OF THE FINANCIAL NON- BANKING INSTITUTIONS

VASILE NEMEȘ*

Abstract

The financial- banking market has been the dealing with object of the legislator apart from the other trading reports for a long time. This dealing with is transposed by creating some control, regulation, supervision and sanction bodies of the banking activity, as well as by adopting some regulations corresponding to the legislative necessities of such an activity. So, the operations of the financial- banking market are monitored by the National Bank of Romania and from the legislative point of view, there are special regulations regarding the carrying on of the banking relations. The regulations concern all the essential components of the financial- banking activity, the competent entities to exercise it respectively, the rules based on which it is carried on and the consequences of violating the norms set for this purpose.

Key words: *financial non-banking institutions, crediting activity, administration and management*

Introduction

The approaching modality of the legislator is set by the particularity of the bank and exchange operations that form the content of the financial- banking activity. From the perspective of the competent entities, in order to carry on a financial- banking activity, the legislator regulates two great categories of banking operators. One category represents the credit institutions regulated by Government Emergency Ordinance no. 99/2006 regarding the credit institutions and the capital adequacy and the second category is made out of the financial non- banking institutions regulated by Law no. 93/2009 regarding the financial non- banking institutions.

The main criterion of differentiating the two banking operator categories is the activities that these can carry on. Without further detailing, we keep in mind that, basically, the credit institutions have the possibility of exercising all the operations specific to the banking activities, that is both crediting and attracting liquidities, while the financial non- banking institutions are limited to just crediting operations except for the ones regarding the deposit of the financial resources.

Next, we will shortly present the legal regime of the financial- non- banking institutions by comparing the credit institutions and, there where it is mandatory, the trading companies of the common law regulated by Law no. 31/1990 regarding the trading companies. Besides, even Law no. 93/2009 in art. 6 makes reference to the application, in completion, of the provisions of Law no. 31/1990.

Terminological aspects

Before the presentation of the rules that interest the setting up, organizing, functioning and ceasing of the financial- non- banking institutions, we find useful a few explanations regarding the legal significance of these categories of dealers.

According to Law no. 93/2009, the financial- non- banking institutions represent entities, others than the credit institutions that carry on crediting activities, with professional title on the conditions set by the law (art. 5 lit. c). So, for setting the legal significance and by default the significance of the legal regime of the financial- non- banking institutions, we have to present the particularities of the credit institutions. So, as we have mentioned also above, the credit institutions

* Associated Professor, Ph.D., Faculty of Law, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: vasilenemes@univnt.ro).

are regulated by Government Emergency Ordinance no. 99/2006.

Within Ordinance no. 99/2006, a credit institution is:

- a. an entity, the activity of which consists in attracting deposits or other reimbursable funds from the public and in granting credits on its own;
- b. an entity, other than the one stipulated by letter a), that issues means of payment under the form of electronic currency called issuing institution of electronic currency.

According to art. 3 of the same ordinance, the credit institutions, Romanian legal entities, can set up and function under the following categories:

- a. banks;
- b. credit cooperate organizations;
- c. saving and crediting banks in the locative domain;
- d. mortgage credit banks;
- e. issuing institutions of electronic currency.

Unlike Government Emergency Ordinance no. 99/2006, Law no. 93/2009 does not regulate more categories of financial non-banking institutions. The legal regime of financial- non-banking institutions differs basically depending on the register where they are registered. Law no. 93/2009 regulates 3 registers: the general register, the special and the evidence ones. The 3 registers are kept by the National Bank of Romania which is only one able to assess and to order the carrying out of the registrations.

Setting up of the financial- non- banking institutions

Precursory explanations

Law no. 93/2009 devotes a few special rules regarding the setting up of the financial- non-banking institutions which regard the shareholdership, management and administration of institution, legal form, denomination, registered capital and activity object purpose.

It is understood that the other issues will be solved according to the rules stipulated by Law no. 31/1990 regarding the trading companies.

Legal form of the credit institutions

Article 6 of Law no. 93/2009 stipulates that the financial- non-banking institutions are required to be set up as joint stock companies. The exception refers to the financial- non-banking institutions that are registered in the Evidence register. These entities can be set up in any of the legal forms of company stipulated by Law no. 31/1990 or in associations or foundations as those regulated by Government Ordinance no. 26/2000 regarding the associations and foundations.

In fact, it regards the pawnshops, mutual savings banks and the entities that carry on crediting activities solely from public funds or made available to them based on intergovernmental agreements.

Denomination of the financial- non- banking institutions

According to the regulations contained in art. 7 of Law No. 93/2009, the denomination of an entity regulated by it will include in the syntagma the financial- non-banking institution or its abbreviation, I.F.N.

In the case of the financial institutions that are the object of the registration in the Evidence register, the inclusion of the syntagma of the non-bank financial institution or its abbreviation in the denomination is optional. In all the cases and regardless of the register in which they are registered, the financial non-banking institutions are prohibited from using words and phrases that may mislead the public about the status or carried on activities and operations in the denomination letterhead or other identifying attributes.

Shareholdership of the financial- non- banking institutions

Law no. 93/2009 devotes certain special rules regarding the shareholders of the financial-non-banking institutions.

Thus, just as Government Emergency Ordinance no. 99/2006, Law no. 93/2009 operates with the notion of significant shareholder, meaning the natural person, legal entity or group of natural and/ or legal entities acting jointly that directly or indirectly hold a share of 10% or more of the registered capital of an entity or of the voting rights or a share that allows the exercise of a significant influence on the administration and its business policy.

The significant shareholders of the financial- non-banking institutions have to meet certain special conditions stipulated by Law no. 93/2009.

According to Art. 19 of the law, the financial- non- banking institutions are required to provide the National Bank of Romania information regarding the significant shareholders and the structure of groups they belong to.

Therefore, the significant shareholders should be communicated to the National Bank of Romania. This is because the significant shareholders have to comply with the rules of financial prudence. In this respect, Law no. 93/2009 orders that the "capacity of the significant shareholders and the structure of the groups to which they belong have to ensure the stability and development of the financial- non-banking institution and to allow the National Bank of Romania to carry out an effective supervision (Art. 31 of the law).

In achieving this goal, the law provides that it can not be a founder or shareholder to a financial- non-bank institution:

a. persons nominated in the lists provided by art. 23 and 27 of Law no. 535//2004 regarding the terrorism prevention and fighting;

b. persons who are in one of the situations stipulated by art. 6 paragraph 2 of Law no. 31/1990¹;

c. persons convicted in the past 5 years for an infraction stipulated by Law no. 93/2009.

If the shareholders of the financial- non-banking institution do not meet the above-mentioned requirements stipulated by law, the clerks of the trade register will reject the registration application of the company and the National Bank will refuse the registration in the General register or in other registers, depending on the case.

The documentation required for the approval of the significant shareholders by the National Bank of Romania is listed in art. 23 of the Rules no. 20/2009 regarding the financial- non-banking institutions issued by the National Bank of Romania on October 13th 2009².

Registered capital

The legal regime of the registered capital of the financial- non-banking institutions is dealt with in Art. 18 of Law no. 93/2009 and differ mainly on whether the financial institution intends or not to grant mortgage credits.

In fact, the law provides that "the minimum registered capital of the financial- non- banking institutions can not be less than the equivalent in RON of the amount of 200,000 euro, 3,000,000 euro respectively, for the financial- non- banking institutions providing mortgage loans" (article 18 paragraph 1 of the Act).

¹ It regards the persons that, according to the law, are incapable and the persons that were convicted for fraudulent management, abuse of trust, false allegations, use of forgery, fraud, embezzlement, perjury, bribery, for the infractions stipulated by Law no. 656/2002 for the prevention and sanction of money laundering, as well as for the setting up of some prevention and fighting measures against the financing of the terrorism acts, for the infractions stipulated by art. 143-145 of Law no. 85/2006 regarding the insolvency procedure or the ones stipulated even by Law no. 31/1990.

² Published in Official Gazette no. 707 on October 21st 2009.

In order to meet the rules of financial prudence, the registered capital of the financial- non-banking institutions has to be fully paid upon subscription, including in case of its increase. Also, the registered capital of the financial- non- banking institutions can exclusively consist in cash contributions both when setting up the institution in question and later on during the increase of the registered capital; the contributions in kind are not allowed.

The registered capital levels as well as the subscription and paying in rules are also applicable to the branches in Romania of the financial institutions, foreign legal entities. The amounts made available to the branches set up in Romania of the foreign financial entities bear the name of endowment capital³.

Finally, in order to ensure a sound and prudent policy of the activity of the financial- non-banking institutions, the law stipulates that the National Bank of Romania can establish through regulations higher levels of the minimum registered capital differentiated depending on the activity type of the financial- non- banking institution.

Activity object

Accordance to art. 14 of Law no. 93/2009, the financial- non- banking institutions can carry on the following crediting activities:

loan granting, including, but without limiting to consumption loans, mortgage credits, real estate credits, microcredits, financing of the commercial transactions, factoring operations, discount, forfaiting;

a. financial leasing;

b. issuance of guarantees, guarantee engagements, financing engagements;

c. granting of loans in exchange of receiving goods in pledge, pawning through pawnshops respectively;

d. granting of loans to association members without patrimonial purpose organized based on the free consent of the employees/ retirees in order to support through financial loans their members by these entities organized as mutual savings banks;

e. other financing forms similar to the credit.

In carrying on the crediting activity in the above- mentioned modalities, the financial- non-banking institutions can issue and manage credit cards⁴ for customers and can carry on activities related to the processing of the transactions with these in compliance with the regulations in the field.

The financial- non- banking institutions can exercise, as appropriate, related and auxiliary operations regarding the carrying on of the crediting activities, operations under the mandate regime, consultancy services, foreign exchange transactions, administration of public funds granted by government agencies as funds for microcredit.

Law no. 93/2009 in Art. 15 prohibits the financial- non- banking institutions to perform the following transactions even if they are connected to transactions specific to the activity object: the attracting of deposits or other reimbursable funds from the public, bonds issuing, except for the public offer addressed to the qualified investors within the meaning of the law regarding the capital market, transactions with movables and real estates except for those related to crediting activity or those required for the functioning of the entity, grating of loans conditioned by the purchase of shares of the lending institution, grating of loans conditioned by the acceptance of some services unrelated to that crediting operation by the customer.

³ For further details, see the Rules of the National Bank of Romania no. 20 on October 13th 2009 regarding the financial- non- banking institutions.

⁴ The issuing and use of the electronic payment instruments are the regulation object of the Rules of the National Bank of Romania no. 6/2006 regarding the issuing and use of the electronic payment instruments and the relations between the participants to the transactions with these instruments. For details, we recommend V. Nemeş – „Înregistrarea, modificarea și anularea incidentelor bancare” in the Newsletter of the National Institute of Training and Improvement of the Attorneys no. 3/2005

Registration the financial- non- banking institution in the trade register

Law no. 93/2009 does not contain specific norms regarding the registration of the financial- non- banking institutions in the trade register. Under such circumstances, the registration of the financial- non- banking institution will be governed by the common law rules of the trading companies. In particular, the association will have to draw up the constitutive documents according to legal form the company and go through the formalities of registration in the trade register and publishing in the official gazette.

Registration the financial- non- banking institution in the registers of the National Bank of Romania

As we have already mentioned above, in order to carry on crediting activities, the financial- non- banking institutions are required to be registered in one of 3 registers kept by the National Bank of Romania, that is in the General register, the Special register or in the Evidence register.

The registration in one of the 3 registers is performed according to criteria regulated by law.

According to the provisions of art. 25 of Law no. 93/2009, the setting up of the financial institutions that is object of the registration in the General register is notified to the National Bank of Romania within 30 days from the registration date in the trade register⁵.

The registration in the registers of the National Bank of Romania is necessary because, according to the provisions of art. 25 paragraph 2 of Law no. 93/2009, the financial- non-banking institutions can carry on a crediting activity only after the registration of the entity in one of these registers.

Functioning of the financial- non- banking institutions

The functioning of the financial- non- banking institutions is possible due to the bodies available to it, namely the General Assembly, bodies in charge with the administration and management of the entity and control bodies of the management and financial statements, which are the financial auditors.

Law no. 93/2009 does not contain special rules regarding the general meetings of shareholders, but it deals in detail with the requirements regarding the administration and management of the financial institution.

Administration and management of the financial- non- banking institution

Law no. 93/2009 in art. 31 states that „the managers, administrators and the supervision council members have to enjoy good reputation and experience adequate to the nature, extent and complexity of the financial- non- banking activity and to the assigned responsibilities”.

With regard to the management of the financial institution, the law stipulates that it must be ensured by at least two persons in case of opting for the unitary administration system regulated by Law no. 3/1990.

The prohibitions and incompatibilities of the quality of shareholder of the financial- non-banking institutions that we presented above are applicable also to the persons in charge with the administration and management of such entities.

In addition, none of the managers of the financial- non- banking institution can not be invested with management powers within other financial- non- banking institution or other trading company, except for the crediting institutions and financial institutions in the same group with that financial- non- banking institution⁶.

⁵ The documentation necessary for the registration of the financial- non- banking institution in the general register is described in art. 19 on the Rules of the National Bank of Romania no. 20/2009; the documentation necessary for the registration in the Special register is stipulated by art. 26 of the Rules and the documentation necessary for the registration of the financial institution in the Evidence register is listed in art.30 of the same rules.

⁶ The documentation necessary for the approval of the managers of the credit institution is regulated in art. 21 of the Rules of the National Bank of Romania no. 20/2009 and the acts and the documentation for the administrators/ members of the surveillance council are stipulated by art. 22 of the same rules.

As an obligation specific to all the persons involved in the management and administration of the specific institution, the law provides that the persons participating under any form to the administration, management or activity of the specific institution are required to keep the confidentiality of any fact, data or information regarding the person, patrimony, activity, personal or business relations of the customers, the contracts concluded with the customers or services delivered to them within the financial- non- banking institution and they are not allowed to use them, directly or indirectly, for personal purposes or for the purpose of another person.

Also, the persons in charge with the administration and management of the financial- non- banking institution will make sure that the entity they run should comply with requirements established by the National Bank of Romania during the carried on activity.

According to the provisions of art. 31 paragraph 5 of the law, these requirements refer to their own funds, exposure to a debtor and aggregate exposure, exposure to persons in special relations with the financial- non- banking institution, organization, internal control, internal audit and risk management.

Monitoring and surveying of the financial- non- banking institutions

The same as with the credit institutions regulated by Government Emergency Ordinance 99/2006, the financial- non- banking institutions are subject to the prudential monitoring and supervision by the National Bank of Romania.

In this sense, art. 43 of Law no.93/2009 stipulates that the National Bank of Romania carries out the monitoring of the financial- non- banking institutions registered in the general register mainly based on the information provided by these entities through the sent reports.

The prudential supervision is carried out also through inspections run by an authorized person of the National Bank of Romania at the office of the financial institutions.

In the same way, the National Bank of Romania carries out also the prudential supervision of the financial- non- banking institutions registered in the special register, that is, both based on the information provided by these entities through the submitted reports and the inspections at the office of the financial- non- banking institutions and their territorial units through the authorized person for this purpose.

For the purpose of carrying out the prudential supervision, the financial- non- banking institutions are required to allow the authorized personnel of the National Bank of Romania to examine the records, accounts and operations, providing for this purpose all the documents and information regarding the administration, internal control and operations of financial- non- banking institutions as they will be required by it (art. 45 paragraph 1 of the law). The financial- non- banking institutions are also required to send the National Bank of Romania any information requested by it for the purpose of monitoring/ surveying.

Under the law, the financial- non- banking institutions registered in the Special register are legal entities reporting to the Central of the Banking Risks of the National Bank of Romania, in accordance with the regulations in the domain issued by the National Bank of Romania⁷.

With regard to the protection of the banking operation consumers, the law stipulates that all the crediting operations and guarantees of the financial- non- banking institution should be carried on in compliance with the legal provisions regarding the consumer's protection and should be recorded in the contracting documents from which it should clearly result all terms and conditions of such transactions. These documents must be kept the financial- non- banking institution and made available to authorized person of the National Bank of Romania upon request (art. 51 paragraph 1 of the law).

⁷ The Central of the Banking Risks is regulated by the Rules of the National Bank of Romania no. 4/2004 regarding the organizing and functioning of the Central of the Banking Risks at the National Bank of Romania. For details, see V. Nemeş – „Mențiunile supuse înregistrării în Centrala Riscurilor Bancare”, in the Newsletter of the National Institute of Training and Improvement of the Attorneys no. 1/2006

As a concrete way of expressing the consumer's protection, art.51 paragraph 2 of Law no. 93/2009 stipulates that the contracting documents have to be drafted so as to enable the customers to understand all the contracting terms and conditions, especially their obligations according to the contract. The financial- non- banking institutions can not ask the customers for interest, penalties, commissions or other costs and charges, if their pay is stipulated in the contract.

With regard to the contracts specific to the crediting activity, Law no. 93/2009 devotes the rule according to which the credit agreements concluded by a financial- non- banking, as well as the pledges and the personal guaranties affected by the granting of the loan is an enforceable title.

Finally, we should clear out that the financial- non- banking institutions are required to develop, in compliance with the applicable law, internal rules for carrying on the crediting activities in accordance with the rules of a sound and prudent practice. These norms have to contain rules that would refer to at least the business and credit worthiness of the beneficiary, to the criteria and conditions of granting the loan.

Merging and splitting of the financial- non- banking institutions

According to the provisions of art. 48 of Law no. 93/2006, the merger of the financial- non- banking institutions can be carried out in compliance with the applicable law:

- a) between two or more financial- non- banking institutions;
- b) between the financial- non- banking institutions and the credit institutions;
- c) between the financial- non- banking institutions and the companies the main activity object of which is the carrying on of auxiliary and related activities of the activities specific to the financial- non- banking institutions.

In all cases, the merging and splitting is notified to the National Bank of Romania for the approval of such operations.

In the absence of other regulation of Law no. 93/2009, the merging and splitting of the financial- non- banking institutions will be governed by the provisions of Law no. 31/1990 regarding the trading companies⁸.

Termination of the financial- non- banking institutions

In order to differentiate, Law no. 93/2009 does not contain any regulation regarding the dissolution and liquidation of the financial- non- banking institutions. Under these circumstances, it is understood that the termination of the financial- non- banking institutions is carried out according to the rules regarding the dissolution and liquidation of the trading companies set by Law no. 31/1990.

In fact, the financial- non- banking institution will be dissolved and liquidated for the following reasons: expiration of time set for the duration of the financial institution; the impossibility of achieving the object of the financial institution; declaration of invalidity of the company; resolution of the shareholders' meeting; court order; company bankruptcy; lack of statutory bodies or impossibility of their meeting, failure of submitting (within the legal term, the annual financial statements or other documents which, by law, are submitted with the trade register office; the institution has no known registered office or does not meet the requirements regarding the registered office or the associations have disappeared or have no known domicile or residence; the company has completed the registered capital within the law.

With regard to the termination of the financial- non- banking institutions, it should be kept in mind also the provisions of article 28 of Law no. 93/2009. In accordance with the mentioned legal text, the financial- non- banking institutions are erased from the General register under the following circumstances:

⁸ For details, see St. D. Cărpenaru, „Tratat de drept comercial”, Universul Juridi Publishing House, Bucharest 2009, page 293 and the following one.

- a) at the request of the financial- non- banking institution;
- b) as a result of the sanctions stipulated by law;
- c) if the financial- non- banking institutions was definitely and irrevocably prohibited to carry on crediting activity;
- d) if the financial- non- banking institution ceases its existence as a result of a merging, splitting process or due to other causes stipulated by law.

The removal from the General register deprives the financial- non- banking institution from the right to carry on crediting activities within the meaning of Law no. 93/2009.

Through the removal from the General register, it is lost by default also the capacity of financial- non- banking institution of that entity. The law does not stipulate, but due to this fact, the financial- non- banking institution enters the dissolution and liquidation procedure and ceases to exist. Since the legal regulations do not enforce the mandatory obligation of dissolving and liquidating the financial- non- banking institution removed from the General register, we believe that this may avoid the ceasing of its existence.

This can be carried out by changing the activity object and the continuance of the entity removed from General register as a regular trading company regulated by Law no. 31/1990.

REGIMUL JURIDIC AL INSTITUȚIILOR FINANCIARE NEBANCARE

VASILE NEMEȘ*

Abstract

Piața financiar-bancară constituie de multa vreme obiect de preocupare a legiitorului distinct de celelalte raporturi comerciale. Această preocupare se transpune prin crearea unor organisme de control, reglementare, supraveghere și sancțiune a a activității bancare, precum și prin adoptarea unor reglementări corespunzătoare necesităților legislative ale unei astfel de activități. Așe face că operațiunile pieței financiar – bancare sunt monitorizate de către Banca Națională a României, iar din punct de vedere legislativ există reglementări speciale privind desfășurarea relațiilor bancare. Reglementările privesc toate componentele esențiale ale activității financiar-bancare, respectiv, entitățile abilitate să o exercite, regulile după care acestea se desfășoară și consecințele încălcării normelor edictate în acest scop.

Cuvinte-cheie: instituție financiară nebancaară, instituție de credit, administrare, management

Noțiuni introductive

Modul de abordare al legiitorului este impus de specificul operațiunilor de bancă și schimb ce alcătuiesc conținutul activității financiar-bancare. Din perspectiva entităților abilitate să desfășoare activitate financiar bancară, legiitorul reglementează două mari categorii de operatori bancari. O categorie o reprezintă instituțiile de credit reglementate de O.U.G nr. 99/2006¹ privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului și cea de a doua categorie o formează instituțiile financiare nebancaare reglementate de Legea nr. 93/2009² privind instituțiile financiare nebancaare.

Principalul criteriu de departajare între cele două categorii de operatori bancari îl constituie activitățile pe care aceștia le pot desfășura. Fără a intra în amănunte, reținem că, de principiu, instituțiile de credit au posibilitatea exercitării tuturor operațiunilor specifice activității bancare, adică atât de creditare cât și de atragere de disponibilități, în timp ce instituțiile financiare nebancaare sunt limitate doar la operațiuni de creditare cu excluderea celor privind depozitul resurselor financiare.

În cele ce urmează vom prezenta succint regimul juridic al instituțiilor financiare nebancaare prin recurgerea și la metoda comparației cu instituțiile de credit și, acolo unde se impune, cu societățile comerciale din dreptul comun, reglementate de Legea nr. 31/1990³ privind societățile comerciale. De altfel, chiar Legea nr. 93/2009, în art. 6 face trimitere la aplicarea, în completare, a dispozițiilor Legii nr. 31/1990.

Aspecte de ordin terminologic

Înainte de prezentarea regulilor ce interesează constituirea, organizarea, funcționare și încetarea existenței instituțiilor financiare nebancaare, socotim utile câteva precizări în legătură cu semnificația juridică a acestei categorii de comercianți.

În accepțiunea Legii nr. 93/2009 instituțiile financiare nebancaare reprezintă entitățile, altele decât instituțiile de credit, ce desfășoară activitate de creditare cu titlu profesional, în condițiile stabilite de lege (art. 5 lit. c). Așadar, pentru stabilirea semnificației juridice și implicit a regimului juridic al instituțiilor financiare nebancaare trebuie să recurgem la prezentarea particularităților

* Conf.univ.dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București (e-mail: vasilenemes@univnt.ro).

¹ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 1027 din 27/12/2006.

² Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 259 din 21. 04. 2009

³ Republicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 1066 din 17/11/2004.

instituțiilor de credit. Așa cum menționam și în cele de mai sus, instituțiile de credit sunt reglementate de O.U.G nr. 99/2006.

În înțelesul Ordonanței nr.99/2006, instituție de credit înseamnă:

c.o entitate a cărei activitate constă din atragerea de depozite sau de alte fonduri rambursabile de la public și în acordarea de credite în cont propriu;

d.o entitate, alta decât cea prevăzută la lit. a), care emite mijloace de plată în formă de monedă electronică, denumită instituție emitentă de monedă electronică.

Potrivit art. 3 din aceeași ordonanță, instituțiile de credit, persoane juridice române, se pot constitui și funcționa în una din următoarele categorii:

f. bănci;

g. organizații coperatiste de credit;

h. bănci de economisire și creditare în domeniul locativ;

i. bănci de credit ipotecar;

j. instituții emitente de monedă electronică.

Spre deosebire de O.U.Gnr. 99/2006, Legea nr. 93/2009 nu reglementează mai multe categorii de instituții financiare nebancale. Regimul juridic al instituțiilor financiare nebancale diferă, în esență, în funcție de registrul în care sunt înregistrate. Legea nr. 93/2009 reglementează 3 registre, registrul general, registrul special și registrul de evidență. Cele 3 registre sunt ținute de către Banca Națională a României, care este singura în măsură să aprecieze și să dispună efectuarea înregistrărilor.

Constituire instituțiilor financiare nebancale

Precizări prealabile

Legea nr. 93/2009 consacră câteva reguli speciale referitoare la constituirea instituțiilor financiare nebancale care au în vedere acționariatul, conducerea și administrarea instituției, forma juridică, denumirea, capitalul social și obiectul de activitate.

Se înțelege că celelalte aspecte se vor soluționa după regulile prevăzute de Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale.

Forma juridică a instituțiilor de credit

Art. 6 din Legea nr. 93/2009 dispune că instituțiile financiare nebancale au obligația de a se constitui ca societăți comerciale pe acțiuni. Fac excepție instituțiile financiare nebancale care se înscriu în Registrul de evidență. Aceste entități se pot constitui în oricare din formele juridice de societate prevăzute de Legea nr. 31/1990 sau sub formă de asociații sau fundații astfel cum sunt acestea reglementate de O.G. nr. 26/2000⁴ privind asociațiile și fundațiile.

În concret, este vorba despre casele de amanet, casele de ajutor reciproc și entitățile care desfășoară activitate de creditare exclusiv din fonduri publice ori puse la dispoziția acestora în baza unor acorduri interguvernamentale.

Denumirea instituțiilor financiare nebancale

Potrivit reglementărilor cuprinse în art. 7 din Legea nr. 93/2009 denumirea unei entități reglementată de aceasta va include în sintagma instituție financiară nebancale sau abrevierea acesteia, I.F.N.

În cazul instituțiilor financiare ce fac obiectul înscrierii în Registrul de evidență, includerea în denumire a sintagmei instituție financiară nebancale sau a abrevierii acesteia este opțională. În toate cazurile și indiferent de registrul în care sunt înregistrate, instituțiilor financiare nebancale le este interzis să folosească în denumire, antet sau în alte atribute de identificare cuvinte și expresii care pot induce publicul în eroare cu privire la statutul ori la activitățile și operațiunile desfășurate.

⁴ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 132 din 28/03/2000.

Aţionariatul instituţiilor financiare nebanzare

Legea nr. 93/2009 consacră anumite reguli speciale relative la aţionarii instituţiilor financiare nebanzare.

Astfel, întocmai ca şi O.U.G. nr. 99/2006, Lege nr. 93/2009 operează cu noţiunea de aţionar semnificativ, înţelegând prin acesta, persoana fizică, persoana juridică ori grupul de persoane fizice şi/sau juridice care aţionează împreună, ce deţine direct ori indirect o participaţie de 10% ori mai mult din capitalul social al unei entităţi sau din drepturile de vot ori o participaţie care permite exercitarea unei influenţe semnificative asupra gestitunii şi politicii de afaceri ale acesteia.

Aţionarii semnificativi ai instituţiilor financiare nebanzare trebuie să îndeplinească anumite condiţii speciale prevăzute de Legea nr. 93/2009.

Potrivit prevederilor art. 19 din lege, instituţiile financiare nebanzare au obligaţia de a furniza Băncii Naţionale a României informaţii referitoare la aţionarii semnificativi şi la structura grupurilor din care fac parte.

Prin urmare, aţionarii semnificativi trebuie comunicaţi Băncii Naţionale. Aceasta pentru că aţionarii semnificativi trebuie să corespundă regulilor de prudenţă financiară. În acest sens, Legea nr. 93/2009 dispune „calitatea aţionarii semnificativi şi structura grupurilor din care fac parte trebuie să asigure stabilitatea şi dezvoltarea instituţiei financiare nebanzare şi să permită realizarea de către Banca Naţională a României a unei supravegheri eficiente”(art. 31 din lege).

În realizarea acestui deziderat, legea prevede că nu poate fi fondator sau aţionar la o instituţie financiară nebanzară:

d. persoanele nominalizate în listele prevăzute de art. 23 şi 27 din Legea nr. 535/2004⁵ privind prevenirea şi combaterea terorismului;

e. persoanele care se află în una dintre situaţiile prevăzute la art. 6 alin. 2 din Legea nr. 31/1990⁶;

f. persoanele condamnate în ultimii 5 ani pentru săvârşirea unei infracţiuni prevăzută de însăşi Legea nr. 93/2009.

În cazul în care aţionarii instituţiei financiare nebanzare nu îndeplinesc cerinţele prevăzute de lege, mai sus evocate, funcţionarii registrului comerţului vor respinge cerea de înmatriculare a societăţii, iar Banca Naţională va refuza înregistrarea în Registrul general sau în celelalte registre, după caz.

Documentaţia necesară pentru obţinerea aprobării aţionarii semnificativi de către Banca Naţională a României sunt enumerate în art. 23 din Regulamentul nr. 20/2009 privind instituţiile financiare nebanzare, emis de Banca Naţională a României la 13 octombrie 2009⁷.

Capitalul social

Regimul juridic al capitalului social al instituţiilor financiare nebanzare este consacrat în art. 18 din Legea nr. 93/2009 şi diferă, în principal, de împrejurarea dacă instituţia financiară îşi propune sau nu să acorde credite ipotecare.

În concret, legea prevede „capitalul social minima instituţiilor financiare nebanzare nu poate fi mai mic decât echivalentul în lei a sumei de 200.000 euro, respectiv 3.000.000 euro în cazul instituţiilor financiare nebanzare care acordă credite ipotecare”(art. 18 alin. 1 din lege).

⁵ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 1161 din 08/12/2004

⁶ Este vorba de persoanele care, potrivit legii, sunt incapabile şi de persoanele care au fost condamnate pentru gestiune frauduloasă, abuz de încredere, fals, uz de fals, înşelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, dare sau luare de mită, pentru infracţiunile prevăzute de Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea şi sancţionarea spălării banilor, precum şi pentru instituirea unor măsuri de prevenire şi combatere a finanţării actelor de terorism, pentru infracţiunile prevăzute de art. 143-145 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei, sau pentru cele prevăzute de chiar Legea nr. 31/1990.

⁷ Publicat în M.Of. nr. 707 din 21 octombrie 2009.

Pentru a corespunde regulilor de prudență financiară, capitalul social al instituțiilor financiare nebancale trebuie vărsat integral în momentul subscrierii, inclusiv în cazul majorării acestuia. De asemenea, capitalul social al instituțiilor financiare nebancale poate consta, atât în momentul înființării instituției în cauză cât și ulterior cu prilejul malorării capitalului social exclusiv din aporturi în numerar, nefiind admise aporturile în natură.

Nivelurile de capital social, precum și regulile de subscriere și vărsare sunt deopotrivă aplicabile și sucursalelor din România ale instituțiilor financiare, persoane juridice străine. Sumele puse la dispoziția sucursalelor constituite în România ale entităților financiare străine poartă denumire de capital de dotare⁸.

În sfârșit, pentru asigurarea unei politici prudente și sănătoase a activității instituțiilor de financiare nebancale, lege prevede că, Banca Națională a României poate stabili prin reglementări niveluri ale capitalului social minim superioare diferențiate în funcție de tipul de activitate a instituției financiare nebancale.

Obiectul de activitate

În conformitate cu prevederile art. 14 din Legea nr. 93/2009, instituțiile financiare nebancale pot desfășura următoarele activități de creditare:

- a) acordarea de credite, incluzând, fără a se limita la: credite de consum, credite ipotecare, credite imobiliare, microcredite, finanțarea tranzacțiilor comerciale, operațiuni de factoring, scontare, forfetare;
- b) leasing financiar;
- c) emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare, asumarea de angajamente de finanțare;
- d) acordarea de credite cu primire de bunuri în gaj, respectiv amanetare prin case de amanet;
- e) acordarea de credite către membrii asociației fără scop patrimonial organizate pe baza liberului consimțământ al salariaților/pensionarilor, în vederea sprijinirii prin împrumuturi financiare a membrilor lor de către aceste entități, organizate sub forma caselor de ajutor reciproc;
- f) alte forme de finanțare de natura creditului.

În realizarea activității de creditare în modalitățile de mai sus, instituțiile financiare nebancale pot emite și administra carduri de credit⁹ pentru clienți și pot desfășura activități legate de procesarea tranzacțiilor cu acestea cu respectarea reglementărilor în domeniu.

Instituțiile financiare nebancale mai pot exercita, după caz, operațiuni conexe și auxiliare legate de realizarea activităților de creditare; operațiuni în regim de mandat; servicii de consultanță; operațiuni de schimb valutar; administrarea de fonduri publice acordate sub formă de fonduri pentru microcredite de agențiile guvernamentale.

Legea nr. 93/2009 în art. 15 interzice instituțiilor financiare nebancale efectuarea următoarelor operațiuni chiar dacă sunt legate de tranzacții specifice obiectului de activitate: atragerea de depozite ori de alte fonduri rambursabile de la public; emiterea de obligațiuni, cu excepția ofertei publice adresate investitorilor calificați, în înțelesul legii privind piața de capital; operațiuni cu bunuri mobile și imobile, cu excepția celor legate de activitatea de creditare sau a celor necesare funcționării entității; acordarea de credite, condiționată de cumpărarea de acțiuni ale instituției împrumutătoare; acordarea de credite, condiționată de acceptarea de către client a unor servicii care nu au legătură cu operațiunea de creditare respectivă.

⁸ A se vedea pentru detalii, Regulamentul Băncii Naționale a României nr. 20 din 13 octombrie 2009, privind instituțiile financiare nebancale.

⁹ Emiterea și utilizarea instrumentelor de plată electronică constituie obiect de reglementare al Regulamentului Băncii Naționale a României nr. 6/2006 privind emiterea și utilizarea instrumentelor de plată electronică și relațiile dintre participanții la tranzacțiile cu aceste instrumente. Pentru detalii, recomandăm V. Nemeș – „Înregistrarea, modificarea și anularea incidentelor bancare” în Buletinul Institutului Național de Pregătire și Perfecționare a Avocaților nr.3/2005

Înregistrarea instituției financiare nebancare în registrul comerțului

Legea nr. 93/2009 nu cuprinde norme speciale relative la înregistrarea instituțiilor financiare nebancare în registrul comerțului. În atare situație, înregistrarea instituției financiare nebancare va fi guvernată de regulile dreptului comun al societăților comerciale. În concret, asociații vor trebui să întocmească actele constitutive în funcție de forma juridică a societății și să parcurgă formalitățile de înmatriculare în registrul comerțului și de publicare în monitorul oficial.

Înregistrarea instituției financiare nebancare în registrele Băncii Naționale a României

Așa cum făceam mențiunea în cele de mai sus, instituțiile financiare nebancare, pentru a desfășura activitate de creditare sunt obligate să se înscrie în unul din cele 3 registre ținute de Banca Națională a României, respectiv în Registrul genera, în Registrul special au în Registrul de evidență.

Înscrierea într-unul din cele 3 registre se face în funcție de criteriile reglementate de lege.

Potrivit prevederilor art. 25 din Legea nr. 93/2009, înființarea instituțiilor financiare ce face obiectul înscrierii în Registrul general se notifică Băncii Naționale a României, în termen de 30 de zile de la data înmatriculării în registrul comerțului¹⁰.

Înscrierea în registrele Băncii Naționale a României este necesară deoarece, în conformitate cu dispozițiile art. 25 alin 2 din Legea nr. 93/2009, instituțiile financiare nebancare pot desfășura activitate de creditare numai după înscrierea entității în unul din aceste registre.

Funcționarea instituțiilor financiare nebancare

Funcționarea instituțiilor financiare nebancare este posibilă datorită organelor de care dispune, respectiv adunarea generală a asociaților, organele însărcinate cu administrarea și conducerea entității și organele de control a gestiunii și situațiilor financiare, care sunt auditorii financiari.

Legea nr. 93/2009 nu cuprinde reguli speciale cu privire la adunările generale ale asociaților dar se preocupă în detaliu de cerințele privind administrarea și conducerea instituției financiare.

Administrarea și conducerea instituției financiare nebancare

Legea nr. 93/2009, în art. 31 prevede „, conducătorii, administratorii și membrii consiliului de supraveghere trebuie să dispună de bună reputație și experiență adecvată naturii, întinderii și complexității activității financiare nebancare și responsabilităților încredințate”.

În ceea ce privește conducerea instituției financiare, legea prevede că aceasta trebuie asigurată de cel puțin două persoane, în cazul optării pentru sistemul unitar de administrare reglementat de Legea nr. 3/1990.

Interdicțiile și incompatibilitățile calității de acționari ai instituțiilor financiare nebancare pe care le-am prezentat în rândurile anterioare sunt aplicabile și persoanelor însărcinate cu administrarea și conducerea unei astfel de entități.

În plus, niciunul dintre conducătorii instituției financiare nebancare nu va putea fi investit cu atribuții de conducere în cadrul altei instituții financiare nebancare sau al altei societăți comerciale, cu excepția instituțiilor de credit și instituțiilor financiare aflate în același grup cu respectiva instituție financiară nebancară¹¹.

Ca o obligație specifică tuturor persoanelor implicate în conducerea și administrare instituției financiare nebancare, legea prevede că, persoanele care participă, sub orice formă, la administrare, conducerea sau activitatea instituției financiare nebancare au obligația să păstreze

¹⁰ Documentația necesară înscrierii instituției financiare nebancare în registrul general este descrisă în art. 19 din Regulamentul Băncii Naționale a României nr. 20/2009, documentația necesară înscrierii în Registrul special este prevăzută de art. 26 din Regulament, iar documentația necesară înscrierii instituției financiare în Registrul de evidență este enumerată în art.30 din același regulament.

¹¹ Documentația necesară aprobării conducătorilor instituției de credit este reglementată în art. 21 din Regulamentul Băncii Naționale a României nr. 20/2009, iar inscrierile și documentația pentru administratori/membrii consiliului de supraveghere sunt prevăzute de art. 22 din același regulament.

confidențialitatea oricărui fapt, a oricăror date sau informații care privesc persoana, patrimoniul, activitatea relațiile personale sau de afaceri ale clienților, contractele încheiate cu clienții sau serviciile prestate pentru aceștia, de care au luat la cunoștință în cursul atribuțiilor lor în cadrul instituției financiare nebancaer, și nu au dreptul de a le utiliza în folos personal sau în folosul altei persoane, direct sau indirect.

De asemenea, persoanele investite cu administrarea și conducerea instituției financiare nebancaer se vor îngriji ca entitatea ce o conduc să respecte în activitatea desfășurată cerințele stabilite de Banca Națională a României.

Potrivit prevederilor art. 31 alin. 5 din lege, aceste cerințe se referă la fondurile proprii; expunerea față de un debitor și expunerea agregată; expunerea față de persoanele aflate în relații speciale cu instituția financiară nebancaeră; organizarea, controlul intern, auditul intern și administrarea riscurilor.

Monitorizarea și supravegherea instituțiilor financiare nebancaer

A fel ca și instituțiile de credit reglementate de O.U.G. nr.99/2006, instituțiile financiare nebancaer sunt supuse monitorizării și supravegherii prudențiale de către Banca Națională a României.

În acest sens, art.43 din Legea nr.93/2009 stipulează că Banca Națională a României, realizează monitorizarea instituțiilor financiare nebancaer înscrise în registrul general, în principal pe baza informațiilor furnizate de aceste entități, prin raportările trimise.

Supravegherea prudențială se realizează și prin inspecțiile la sediul instituțiilor financiare efectuate de către personalul împuternicit al Băncii Naționale a României.

În aceeași modalitate realizează Banca Națională a României și supravegherea prudențială a instituțiilor financiare nebancaer înscrise în registrul special, adică, atât pe baza informațiilor furnizate de aceste entități prin raportările transmise, cât și prin inspecții la sediul instituțiilor financiare nebancaer și la unitățile teritoriale ale acestora, prin personalul împuternicit în acest sens.

În vederea realizării supravegherii prudențiale, instituțiile financiare nebancaer au obligația să permită personalului împuternicit al Băncii Naționale a României să le examineze evidențele, conturile și operațiunile, furnizând în acest scop toate documentele și informațiile cu privire la administrarea, controlul intern și operațiunile instituțiilor financiare nebancaer, astfel cum vor fi solicitate de către acesta (art.45 alin.1 din lege). De asemenea, instituțiile financiare nebancaer, sunt obligate să transmită Băncii Naționale a României, orice informații solicitate de aceasta, în scopul realizării monitorizării/supravegherii.

În temeiul legii, instituțiile financiare nebancaer înscrise în Registrul special, sunt persoane juridice declarante la Centrala Riscurilor Bancare a Băncii Naționale a României, în conformitate cu reglementările în domeniu, emise de Banca Națională a României¹².

Cu specială privire asupra protecției consumatorilor de operațiuni bancare, legea prevede că toate operațiunile de credit și garanție ale instituției financiare nebancaer, trebuie să se desfășoare cu respectarea prevederilor legale referitoare la protecția consumatorului și să fie consemnate în documente contractuale din care să rezulte clar toți termenii și toate condițiile respectivelor tranzacții. Aceste documente trebuie păstrate de instituția financiară nebancaeră și puse la dispoziția personalului împuternicit al Băncii Naționale a României, la cererea acestuia (art.51 alin.1 din lege).

Ca o modalitate concretă de exprimare a protecției consumatorului, art.51 alin.2 din Legea nr.93/2009, prevede că documentele contractuale trebuie să fie redactate astfel încât să permită

¹² Centrala Riscurilor Bancare este reglementată de Regulamentul Băncii Naționale a României nr.4/2004 privind organizarea și funcționarea la Banca Națională a României a Centralei Riscurilor Bancare. Pentru detalii, a se vedea V. Nemeș – „Mențiunile supuse înregistrării în Centrala Riscurilor Bancare”, în Buletinul Institutului Național pentru Pregătirea și Perfecționarea Avocaților nr.1/2006

clienţilor înţelegerea tuturor termenilor şi condiţiilor contractuale, în special a prestaţiilor la care aceştia se obligă potrivit contractului încheiat. Instituţiile financiare nebancale nu pot pretinde clientului dobânzi, penalităţi, comisioane ori alte costuri şi speze, dacă plata acestora nu este stipulată în contract.

În ceea ce priveşte contractele specifice activităţii de creditare, Legea nr.93/2009 consacră regula potrivit căreia, contractele de credit încheiate de o instituţie financiară nebancale, precum şi garanţiile reale şi personale afectate garantării creditului, constituie titluri executorii.

În sfârşit, se impune precizarea că instituţiile financiare nebancale au obligaţia elaborării, cu respectarea legislaţiei aplicabile, de norme interne pentru realizarea activităţilor de creditare, în conformitate cu regulile unei practici prudente şi sănătoase. Aceste norme trebuie să conţină reguli care să se refere cel puţin la bonitatea beneficiarului, la criteriile şi la condiţiile acordării creditului.

Fuziunea şi divizarea instituţiilor financiare nebancale

Potrivit dispoziţiilor art.48 din Legea nr.93/2006, fuziunea instituţiilor financiare nebancale se poate realiza, cu respectarea legislaţiei aplicabile:

- a) între două sau mai multe instituţii financiare nebancale;
- b) între instituţiile financiare nebancale şi instituţiile de credit;
- c) între instituţiile financiare nebancale şi societăţi al căror obiect de activitate îl constituie desfăşurarea de activităţi auxiliare şi conexe ale activităţilor specifice instituţiilor financiare nebancale.

În toate cazurile, fuziunea şi divizarea se comunică Băncii Naţionale a României, în vederea aprobării unei astfel de operaţiuni.

În lipsa altor reglementări din Legea nr.93/2009, fuziunea şi divizarea instituţiilor financiare nebancale va fi cărmuită de dispoziţiile Legii nr.31/1990 privind societăţile comerciale¹³.

Încetarea existenţei instituţiilor financiare nebancale

Spre deosebire şi divizare, Legea nr.93/2009 nu cuprinde nici o reglementare referitoare la dizolvarea şi lichidarea instituţiilor financiare nebancale. În aceste condiţii, se înţelege că încetarea existenţei instituţiilor financiare nebancale se va realiza după regulile privind dizolvarea şi lichidarea societăţilor comerciale, consacrate de Legea nr.31/1990.

În concret, instituţia financiară nebancale se va dizolva şi lichida datorită următoarelor cauze: trecerea timpului stabilit pentru durata instituţiei financiare; imposibilitatea realizării obiectului instituţiei financiare sau realizarea acestuia; declararea nulităţii societăţii; hotărârea adunării asociaţilor; hotărârea tribunalului; falimentul societăţii; lipsa organelor statutare sau imposibilitatea întrunirii acestora; nedepunerea (în termenul legal, a situaţiilor financiare anuale sau a altor documente care, potrivit legii, se depun la Oficiul registrului comerţului; instituţia nu are sediu social cunoscut ori nu îndeplineşte condiţiile referitoare la sediul social sau asociaţii au dispărut ori nu au domiciliul cunoscut sau reşedinţa cunoscută; societatea nu şi-a completat capitalul social în condiţiile legii.

Cu privire la încetarea existenţei instituţiilor financiare nebancale, merită a fi reţinute şi prevederile art.28 din Legea nr.93/2009. În conformitate cu textul legal menţionat, instituţiile financiare nebancale sunt radiate din Registrul general în următoarele situaţii:

- a) la solicitarea instituţiei financiare nebancale;
- b) ca urmare a aplicării sancţiunilor prevăzute de lege;
- c) dacă respectivei instituţii financiare nebancale i-a fost interzisă definitiv şi irevocabil desfăşurarea activităţii de creditare;

¹³ Pentru detalii, a se vedea St. D. Cărpănu, „Tratat de drept comercial”, Editura Universul Juridic, Bucureşti 2009, pag.293 şi urm.

d) dacă instituția financiară nebancară își încetează existența ca urmare a unui proces de fuziune, divizare sau din alte cauze prevăzute de lege.

Radierea din Registrul general, decede instituția financiară nebancară din dreptul de a desfășura activitate de creditare în înțelesul Legii nr.93/2009.

Prin radierea din Registrul general, se pierde, implicit și calitatea de instituție financiară nebancară de către entitatea respectivă. Legea nu prevede, dar, ca urmare a acestui fapt, instituția financiară nebancară va intra în dizolvare și lichidare, încetându-și, astfel, existența. Întrucât reglementările legale nu consacră obligația imperativă de dizolvare și lichidare a instituției financiare nebancare, radiată din Registrul general, considerăm că aceasta poate evita încetarea existenței.

Acest lucru se poate realiza prin schimbarea obiectului de activitate și continuarea entității radiată din Registrul general, ca o societate comercială obișnuită, reglementată de Legea nr.31/1990.

ERROR IN LAW

IOANA PĂDURARIU*

Abstract:

Error in law is still a controversy subject in the legal literature. Without claiming to remove this controversy, this study represents an attempt to complete the arguments in favour of admissibility of the error in law and an analysis of the provisions of the New Civil Code on this category of error-fault of consent.

Key words: *error in law, inexcusable error, determinant rule, accesible rule, foreseeable rule*

Introduction:

The subject of this study is represented, as shown in the title, by the error in law, a domain which still claims a concern both the admissibility of this category of error and also the conditions in which the ignorance of the law can be invoked in order to obtain the cancellation of a legal act.

The error in law requires not only ignorance or wrong knowledge of the content of legal rules, but its inconsistent interpretation.

The error in law is a notion known even from the Roman law, when the error may concern facts, „*ignorantia facti*”, or rules of law in force, „*ignorantia juris*”. The error in law could not be invoked, with the obligation of all citizens to know the legal rules governing the life of the city. Exceptionally allowed, lack of rule of law was justified by non-participation in social life - for women, minors - or uncontinuing participation for the peasants or soldiers during military service.

The subject is current, taking into consideration that the legislative abundance and the defectiveness in drafting the legislative acts create problems even for the legal specialists.

In addition, the New Romanian Civil Code¹ provisions that establish the admissibility of the error in law, claim, in order to determine their meaning and the conditions under which the error in law can be invoked, an analysis which, we believe, will provide a new opportunity for controversy.

Paper content:

In legal literature there is no unified view regarding the question whether it is permissible error in law as a vice of consent.

Thus, some authors², most of them, consider that the error in law could be invoked to obtain the annulment of an act, other authors³ believes that no error in law may be invoked as a vice of consent, while others⁴ believe that error in law may be invoked, but only to the rules of private order.

* Lecturer, Ph.D., Faculty of Law „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (ipadurariu@univnt.ro).

¹ The New Civil Code was adopted by Law no. 287/2009, published in the Official Monitor no. 511/24.07.2009, and will enter into force on the date to be set in law for its implementation.

² G. Boroï, *Civil Law. General Part. Persons*, „Hamangiu” Publishing House, Bucharest, 2008, 218; Gh. Beleiu, *Romanian Civil Law. Introduction to the civil law. Subjects of civil law*, ed. IX, „Universul Juridic” Publishing House, Bucharest, 2004, 155; D. Cosma, *General theory of the civil act*, Scientifical Publishing House, 1969, 162-163.

³ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Romanian Civil Law Treaty, Vol. I*, „S. Ciomei” National Publishing House, Bucharest, 1928, 133; T. Bogdănescu, *Error in the genesis of the legal act*, „Moderna” Typography, Constanța, 1937, 156; C. Nacu, *Romanian Civil Law, Vol. II*, Bucharest, I.V. SOCECU, 1902, 428-429.

⁴ A. Ionașcu, *Civil Law. General Part*, E.D.P., Bucharest, 1963, 83; I. Urs, S. Angheni, *Romanian Civil Law*, „Oscar Print” Publishing House, 1997, 113; A. Cojocaru, *Civil Law. General Part*, „Lumina Lex” Publishing House, 2000, 194.

In favour of the *inadmissibility of the error in law as a vice of consent*, stands the argument of obligation of the knowledge of the law, the presumption of knowledge of the law, so it is not acceptable the defence based on ignorance of law – „*nemo censetur ignorare legem*”.

This conception is found in our older laws. Thus, Calimah Code of 1817 (inspired by the Austrian Civil Code of 1811), provided in article 3 that „a law being properly published, nobody can defend itself, saying that was not made known.”

In a moderate view, it was appreciate that the error in law may be permissible as a vice of consent, but only using the filter of a rigorous censorship which has to have, among the criteria, also that of the legal nature of the rule violated: thus, will not be allowed to invoke error in law on mandatory rules, but it will be accepted (with maximum prudence and temperance!) in the case of flexible legal rules.⁵

In the light of the *permissible error in law only on private order rules*, this implies an unjustified distinction, which can not be accepted for two reasons: this distinction is not based on any law and, moreover, since, at the time of the conclusion of the act, one part has a false representation on the existence or contents of some legal rules, the solution, regarding vitiate the consent, must be the same, whatever the character of the rule might be (the reason is the same in these situations, whether we refer to mandatory or dispositive rules, rules of public or private order).

Majority opinion, both in theory⁶ and in practice⁷, is in favour of the *admissibility theory of the error in law as a vice of consent*.

In order to support the solution admissible for the error in law as a vice of consent, it was made the following arguments: article 953 of the Romanian Civil Code provides invalidity of consent when this is given by error, without distinction between error in law and error of fact, and *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*; law states when the error in law it is not permissible [article 1206 paragraph (2) of the Romanian Civil Code on judicial confession], i.e., *per a contrario*, that is otherwise permissible; the extent that occurs, the error in law has the same effect as the error of fact - false representation of the reality, and *ubi eadem est ratio, ibi eadem solutio esse debet*.⁸

Others arguments may be added to these. No text of law prohibits reliance on error in law. When the legislature desired that the ignorance of the law can not be claimed, then he expressly provided it, as is the case in criminal law. In civil law there is no such text.⁹

In addition, as the reality contradicts the theory, knowledge of the law by those whom they are addressed remains a utopian goal, which is why another sentence is gaining, which, although not justify ignoring the overall legal rule, consider the difficulties in understanding their concrete cases. It would be unfair to require to the parties legal knowledge, on which opinions differ even in the case of the Courts. Legal knowledge of the individual, since there is one of those, is

⁵ I.R. Urs, *Romanian Civil Law. General theory*, „Oscar Print” Publishing House, Bucharest, 2001, 224 and T.J. Caraş-Severin, s. civ., dec. no. 474/1985, R.R.D. no. 12/1985, 55.

⁶ I. Rucăreanu, *Civil Law Treaty. General Theory*, vol. I, Publishing House of Academy, Bucharest, 1967, 282; D. Cosma, *General theory of the civil act*, Scientifical Publishing House, 1969, 162-163; A. Pop, Gh. Beleiu, *Civil Law Course. General Part*, Multiplication Center, University of Bucharest, Faculty of Law, 1973, 224-225; J. Kocsis, *Some theoretical and practical aspects of error in law*, „Dreptul” Journal no. 8/1992, 39-42; P. Drăghici, *Civil Law. General theory of obligations*, „All Beck” Publishing House, Bucharest, 2002, 366.

⁷ G. Boroï, *Civil Law. General Part. Persons*, „Hamangiu” Publishing House, Bucharest, 2008, 218; T.J. Bihor, s. civ., dec. no. 449/1981, R.R.D. no. 8/1982, notes from T. Menesi, 38; T.J. Caraş-Severin, s. civ., dec. no. 474/1985, R.R.D. no. 12/1985, 55.

⁸ G. Boroï, *Civil Law. General Part. Persons*, „Hamangiu” Publishing House, Bucharest, 2008, 218; Gh. Beleiu, *Romanian Civil Law. Introduction to the civil law. Subjects of civil law*, ed. IX, „Universul Juridic” Publishing House, Bucharest, 2004, 155.

⁹ A. Pop, Gh. Beleiu, *Civil Law Course. General Part*, Multiplication Center, University of Bucharest, Faculty of Law, 1973, 271.

characterized by a strong subjectivity and relativism, result of an accumulation of factors: the degree of intelligence, educational level, social background or training.¹⁰

Latin maxim *nemo censetur ignorare legem* does not mean knowing the law in any circumstances, but only that the law is binding on everyone, even to those who have ignored it. Knowing the law may be presumed, but should not be overlooked that we are not dealing with a legal presumption and, therefore, not absolute. So the presumption can be overturned. Moreover, even supporters of the thesis of inadmissibility of the error in law accept derogation from the rule sustained, which is the invincible error, which means the situation in which knowledge of the law is impossible for anyone. But not only a situation like this (a synonym for major force) may displace the presumption of knowledge of the law. Reported to the current context of the multiplicity of laws and to the mediocre, common character in drafting normative acts, claiming that any person is an unquestionable connoisseur of law is lack of support in reality, the possibility of overturning the presumption of knowledge of the law shall be necessarily recognized.¹¹

Among the arguments of comparative law, we note the provisions of article 1909 of the Italian Civil Code, which provides that error in law make the contract voidable only if this error was its sole or main cause, and the Hungarian Civil Code provision, article 210 paragraph (2) which admit the contract being voidable on the grounds of legal error when it is substantial and when the information given to both parties from a lawyer, acting within its powers, include an obvious error on the content of the juridical rule.

Therefore, knowledge of all people of all laws can be only one goal, far from being achieved in reality (especially today, to the legal system complexity and abundance of legal acts amending or supplementing). In this regard, seems most natural error in law to error of fact, because nobody can know all the laws and their correct interpretation, however would be less careless; however, usually error of fact can be removed with a minimum of care. So it is very likely that the person invoking the error in law to be found in the situation in which, objectively, can not know the reality of a certain legal rule (it might happen, for example, that the person have used the services of a specialist lawyer, which even he, unintentionally, to induced him this error) and then could not attribute anything to the victim of error, not even the ignorance of the law.

Also in the French doctrine is stated that the famous adage *nemo censetur ignorare legem* is not an obstacle for taking in consideration the error in law. It simply means that one person may not ask to escape from law enforcement to the pretext that no one knows the law, law to which that person will be subject anyway. The influence of an error in law on the validity of the contract implies something else: it comes to whether or not the consent was vitiated. However, psychologically, this can happen both because of incorrect legal advice and the ignorance of a matter of fact.

To be declared invalid, must, of course, that the error in law will also be an error on the substance, to be established that, without it, the person was not concluded the contract (i.e., error be as essential). This implies, in general, that the error surrounding the existence, the nature or the rights who constituted the object of the contract. So, there are retained, as examples: the assignment of rights to inheritance or succession withdrawal, due to ignorance of rules regarding the devolution or liquidation of the inheritance, and also the giving up of the possession in common, due to ignorance of the rules which determine its composition, etc.¹²

Conversely, the French Court of Cassation ruled that the error that falls on the effects of the contract must have remain unimportant, especially when those consequences are governed by mandatory provisions. In this case, the error does not refer to the object of the contract; *a fortiori* it

¹⁰ N. Pancu, *Observations on the application of the maximum „Nemo censetur ignorare legem”*, in „Curierul Judiciar” Journal no. 14/1914, 16.

¹¹ A. Hurbean, *The vices of consent*, „Hamangiu” Publishing House, Bucharest, 2010, 107.

¹² J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations. L'acte juridique*, edition XII, Sirey, Paris, 2006, no. 200, 154.

is foreign from the substance of that object. The distinction is subtle and difficult. In this respect, it was shown that the error in law bearing on the nature of the right to the reserve of succession may be seen, from another perspective, as an error on the legal effects of giving up the succession.¹³

Therefore, error in law is an incorrect representation of reality that can materialize either in ignorance of the law, applicable to the legal act, or the misinterpretation of it.

To be treated like an error which faults the consent, the error in law must be connected to the cause that the act has being done. In other words, false representation must be concerned a rule of law decisive for concluding the contract.

Naturally, it is difficult to accept, in principle, the ability to plead ignorance of any legal rules. Would be a way to encourage abuse, lack of any diligence in knowing the laws and, eventually, perhaps, total disregard of the principle *nemo censetur ignorare legem*.

In question is not, however, the ignorance of the law in order to justify an infringement, but the fact that the consent is vitiated either by a mistaken belief that one legal text exists or not, either by the inaccurate knowledge of the content of legal rules. It is not defeating the principle *nemo censetur ignorare legem*, but the need to ensure a free consent, without vices.¹⁴

The concept of error in law and the principle *nemo censetur ignorare legem* must not be put in contradiction, but must coexist, without one to annihilate the other.

As noted, however, this coexistence can be achieved by introducing artificial distinction, namely through the establishment, without reasonable justification, to certain categories of rules that can not be caught by error in law.

Solution of the problem can not be found by drawing a rigid perimeter within which proceedings to allow the error in law, but by setting flexible limits to allow to be considered the circumstances of each case.

This could be the establishment of a second condition to be satisfied by the error in law to be considered as a vice of consent, that it's excusable character. Excusable error in law could be considered on a case by case, taking into account the circumstances of the conclusion of the act, the person who invoke the error and, why not, the rule whose ignorance is invoked. Relative to this condition, it was shown that, socially, serious ignorance can not justify endangering the stability of contractual relations. Morally, it is legitimate to withhold legal protection when the alleged victim of an inexcusable mistake was let herself worn by chimeras.¹⁵

It was found that the error in law can not be invoked when it surrounding the legal rules governing a particular sphere of activity, and that person under the error was professional duty to know. Also, it was showed that there is no error in law when the situation over which the parties bear false belief is a controversial topic in doctrine and the court called upon to resolve disputes not adhere to the approach adopted, moreover, in good faith by parties.¹⁶

In any event, we may not understand the acceptance of the error in law as an acceptance of legal breaches under the pretext of their ignorance. There is no equivalence between the two situations, as one who relies on error in law does not seek to evade law enforcement, does not seek to obtain consecration of a breach of law, but merely to show that he has given his consent because knowledge false reality and asks to be freed from legal obligations assumed under these conditions, just by applying penalty provided by law.¹⁷ A good example is the situation in which a person who obtains a land to build a building, without knowing that it is burdened by an easement that prohibits construction. This person can not rely on ignorance of the law to build, but will rely

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ I. Reghini, S. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introduction to the Civil Law*, 2nd ed., rev., „Sfera Juridică” Publishing House, Cluj-Napoca, 2008, 438.

¹⁵ I. Deleanu, *Knowledge of law and error in law*, in „Dreptul” Journal no. 7/2004, 60.

¹⁶ I.D. Romoșan, *Guilt in the Romanian civil law*, „All Beck” Publishing House, Bucharest, 1999, 45.

¹⁷ D. Cosma, *General theory of the civil act*, Scientific Publishing House, 1969, 162; A. Pop, Gh. Beleiu, *Civil Law Course. General Part*, Multiplication Center, University of Bucharest, Faculty of Law, 1973, 270.

on his own error to issue the contract.

Italian law recognizes the legal valence for the error in law, allowing the annulment of the act based on that error, if it bears on the existence or interpretation of legal rules and not the effects of contract.

Thus, the purchaser of property with intent to export, while export of goods in that category was prohibited by law, is entitled to invoke error in law in order to obtain the annulment of the contract if he was unaware for that legal standard. It will be not in error in law the person who enters into a lease of a building with a false belief that the effect of this contract will give her the right to acquire that building. Exclusion of the error in law in the latter case is justified by the fact that those effects of the contract constitute the intention of the law and damaging the contract in order to avoid these effects would be a breach of law.

However, article 1428 of the Italian Civil Code determines that the error of fact or of law must be essential and recognizable, and article 1431 of the Italian Civil Code considered recognizable the error „when, from the content or from the circumstances of the contract, or from the qualities of the contractors, a person of normal diligence could have discovered the error.”. Here is inferred that recognizable character not be equalized with the evidence of the error, for which the role to replace is giving to the effective will of the declarant, and also not be equalized with the effective knowledge of the error of the other party. The recognizable character must exist when the contract is concluded, even if the statement of the person who fell accidentally into error goes to the recipient before that date.

The New Romanian Civil Code ends, in part, the controversy related to the error in law, the legislature is ruling in favour of its admissibility.

Thus, in paragraph (3) of article 1207, error in law is regarded as essential (drawing relative nullity), provided they relate to a determinant legal rule, according to the will of the parties, to conclude the contract.

The significance of the condition that the error relates to a determinant legal rule to conclude the contract is clear from the foregoing.

The indication that the determinant character of the legal rule will be established under the will of the parties must be understood as implying a reference to the convention, the legal operation followed by the parties. It is not required a common appreciation of the parties on the determinant character of the rule.

It is possible that in the agreement between the parties should be inserted a reference to that rule, even indirectly, by sending in general to the provisions in a certain matters (e.g. whether the issue would be a contract of sale and the parties should submit to the relevant provisions of the purchase, from which is part also the norm on which fell the error). But it is possible that the parties do not make such references in the contract, as may be possible that the error be represented precisely by the fact of ignoring the existence of an applicable rule or by the mistaken belief that a known rule has no effect in that case.

In all these cases, the determinant character of the rule will be established by the influence of its applicability (where the existence of the rule has been ignored) or its real meaning (when the false representation concerned the content and the meaning of the rule) would have it on the legal transaction concluded by the parties.

If that legal rule would decisively affect an essential element of the contract, then it will have a decisive character, whether the parties have viewed it that way or not at the conclusion of the contract or they have ignored it completely.

But the determinant character of the rule and the existence of the error on it are not sufficient to initiate an action for annulment of the legal act, is necessary also that the error is not inexcusable. Paragraph (2) of article 1208 of the new Code qualifies as inexcusable and therefore no impact on the validity of the act, error in law on the rules accessible and foreseeable. In such a case, the error is considered attributable to the party who invoke the error and the protection is refused. Legal

provision intended to prevent abuses and thereby reconciling the error in law and the principle *nemo censetur ignorare legem*.

As said before, it is natural not to accept to plead ignorance for any legal rules. The difficulty lies in finding criteria by which to establish rules which claimed ignorance can not be accepted as grounds for invalidity (i.e. rules whose ignorance is not accepted).

The editors of the new Civil Code have chosen as criterion „accessibility and predictability” of the rules. This criterion is undoubtedly the merit of not establishing categories of rules, which, regardless of the circumstances, exclude the incidence of the error in law.

However, the proposed criterion is not safe from criticism. First, the wording of the criterion is not sufficiently clear. We put the question to establish the significance of one „accessible and predictable” rule. Secondly, the text gives the impression that the assessment will be made solely on the objective circumstances which rely on the rule against which the error is invoked, without interest on the subjective circumstances it would that error might have produced (for example, the situation of the party who invokes the error: age, degree of intelligence, educational level, social origin or training).

Sure, as shown, the acceptance of an assessment made from rule to rule is, although more difficult, obviously preferable to the establishment made before of the categories of rules which falls or not under the error in law. But the correct solution to the problem can not eliminate subjective factors with an obvious relevance. Because in a way will be assessed the situation in which the error in law would be invoked by a person with higher education, possibly even legal, and in another way will be assessed the same error invoked by an illiterate (the example is extreme, but illustrates the problem in question). Error in law invoked by a lawyer will be more difficult to accept (maybe even excluded) than that invoked by an illiterate. Basis of the distinction is clear.

Therefore, determining whether the error in law is inexcusable should include the analysis of the subjective circumstances of the occurrence of the error.

But let's return to the terms used in the formulation of criteria.

The expression „rule accessible”, interpreted literally, does not introduce any distinction, since all legal norms are, in theory, equally accessible. Opportunity to know the legal rules is the same for all.

And the concept of „rule foreseeable” is at least as unclear. It would seem to point to the idea of anticipation of a legal rule. Obviously, however, the legislature's intention could not be that.

We believe that, in reality, in a clumsy wording, the legislature wanted to establish the prohibition to invoke error in law on those rules which, by frequent use, by the domain of application regarding current activities, perhaps even by making them known by different ways, by their correspondence with a moral rule can be presumed to be known by an average person.

Accessibility should designate the ease of knowledge of the rule, the probability of contact with it. And *predictability* could mean the opportunity to assume the existence of the rule, given, maybe, by its manifest correctness (fairness implied) or its correspondence to a rule of social life (for example, is expected to be required to repair damage caused by your deeds).

However, regardless of the banality of the rule, would remain useful also the subjective assessment, taking into account the situation of the party claiming error.

Conclusions:

Admissibility or inadmissibility of the error in law and linked to it, the presumption of knowledge of the law remain subjects of discussion, but the admissibility argument invoking error in law is gaining ground in the context of current legal life, is increasingly supported by both the doctrine and the jurisprudence. As the error of fact, the error in law concerned, directly, intellectual processes, influencing and determining consent, which is given, in this case, based on an erroneous assessment of conditions and consequences of the legal act. And then the effects of the intervention of error in law must be the same as those of error of fact.

The provisions of the New Civil Code establish the admissibility of the error in law and also the conditions, under which it can be invoked, but, as if they try to justify the adopted solution, involves, as we saw, by an inaccurate drawing, operations of their understanding and correct interpretation.

And that interpretation and also the undeniable fact of the difficulty in defining rigorously the criteria for establishing the rules for which it can not be accepted the ability to plead their ignorance, is about to generate controversy and thus further analysis of these issues.

References:

1. Beleiu, Gh., *Romanian Civil Law. Introduction to the civil law. Subjects of civil law*, ed. IX, „Universul Juridic” Publishing House, Bucharest, 2004
2. Bogdănescu, T., *Error in the genesis of the legal act*, „Moderna” Typography, Constanța, 1937
3. Boroî, G., *Civil Law. General Part. Persons*, „Hamangiu” Publishing House, Bucharest, 2008
4. Cojocaru, A., *Civil Law. General Part*, „Lumina Lex” Publishing House, 2000
5. Cosma, D., *General theory of the civil act*, Scientifical Publishing House, 1969
6. Deleanu, I., *Knowledge of law and error in law*, in „Dreptul” Journal no. 7/2004
7. Drăghici, P., *Civil Law. General theory of obligations*, „All Beck” Publishing House, Bucharest, 2002
8. Flour, J.; Aubert, J.-L.; Savaux, E., *Les obligations. L'acte juridique*, edition XII, Sirey, Paris, 2006
9. Hamangiu, C.; Rosetti-Bălănescu, I.; Băicoianu, Al., *Romanian Civil Law Treaty, Vol. I*, „S. Ciornei” National Publishing House, Bucharest, 1928
10. Hurbean, A., *The vices of consent*, „Hamangiu” Publishing House, Bucharest, 2010
11. Ionașcu, A., *Civil Law. General Part*, E.D.P., Bucharest, 1963
12. Kocsis, J., *Some theoretical and practical aspects of error in law*, „Dreptul” Journal no. 8/1992
13. Molcuț, E., *Roman Law*, „Edit Pres Mihaela” Publishing House, Bucharest, 2000
14. Nacu, C., *Romanian Civil Law, Vol. II*, Bucharest, I.V. SOCECU, 1902
15. Pancu, N., *Observations on the application of the maximum „Nemo censetur ignorare legem”*, in „Curierul Judiciar” Journal no. 14/1914
16. Pietrobon, V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990
17. Pop, A.; Beleiu, Gh., *Civil Law Course. General Part*, Multiplication Center, University of Bucharest, Faculty of Law, 1973
18. Reghini, I.; Diaconescu, S.; Vasilescu, P., *Introduction to the Civil Law*, 2nd ed., rev., „Sfera Juridică” Publishing House, Cluj-Napoca, 2008
19. Romoșan, I.D., *Guilt in the Romanian civil law*, „All Beck” Publishing House, Bucharest, 1999
20. Rucăreanu, I., *Civil Law Treaty. General Theory*, vol. I, Publishing House of Academy, Bucharest, 1967
21. Sacco, R.; de Nova, G., *Tratto di diritto civile*, F. Vasali, Torino, 1975
22. *The New Civil Code* (Law no. 287/2009), published in Romanian Official Monitor no. 511/24 July 2009
23. Urs, I.; Angheni, S., *Romanian Civil Law*, „Oscar Print” Publishing House, 1997
24. Urs, I.R., *Romanian Civil Law. General theory*, „Oscar Print” Publishing House, Bucharest, 2001

GENERALITIES REGARDING THE REQUIREMENTS FOR THE ERROR – VICE OF CONSENT

VALENTIN COCEAN¹

Abstract:

The conditions of the error- vice of consent is another subject insufficiently clarified. The present study is an attempt clarify some of the aspects of this matter, that have been rarely analysed by the Romanian doctrine, keeping in mind the future legal provisions.

Key words : *error, requirements, criteria, common error, inexcusable error.*

Introduction

The subject of the present study is, as the title shows it, the requirements for the error – vice of consent, a subject that is still very challenging for the specialists of law. The classical view has been completed by the new aspects generated through the practice of law, aspects which never received an exhaustive analysis in the Romanian juridical literature. Further more, the new Civil Code (still not in force)² will bring new provisions in this matter. Therefore, the re-analysis of the requirements for the error – vice of consent, complemented by the new legal dispositions, is, without any doubt, very useful, especially given the gravity of the sanction – nullity – which falls over a juridical act that has been concluded by a party who's consent has been vitiated by error-vice of consent.

Paper content

In order for misrepresentation of reality at the conclusion of a juridical act to be deemed as a vice of consent, two cumulative conditions are required:

➤the element, on which the misrepresentation falls over, has to be determinant for the conclusion of the juridical act, meaning that, if the truth would have been known, the juridical act would have never been concluded;

➤in the case of bilateral or multilateral juridical acts, it is necessary that the other party to have known or to have to have known that the element affected by the misrepresentation is determinant for the conclusion of the juridical act in question.

The French doctrine³ has stated the distinction between, the gravity of the error as a first condition for the invalidation of a contract (*the psychological data*) and the other conditions, for the invalidation for error – vice of consent (*moral data*). Thus, the gravity of the error gives the opportunity of a purely psychological analysis: the contract is voidable when the *deliberation* which caused the *decision* to conclude the contract was altered by the inexact representation of reality depicted by one of the parties.

But, if, in the case of invalidation there is always *need* for an error of a certain gravity – and of a *determinant* nature – that isn't always *sufficient*. By sometimes suggesting other conditions, the jurisprudence introduced *moral data* regarding this matter, data that the classical doctrine didn't take into account (therefore, the refusal of invalidating the contract, could occur in two situations: on one hand, the *inexcusable error* and the *lack of injury*, a hypothesis in which it is

¹ University Lecturer, "Nicolae Titulescu" University – Law Faculty, Bucharest – vcocean@univnt.ro

² The new Civil Code has been adopted by Law No. 287/2009, published in the Official Monitory No. 511/24.07.2009, and it will come into force at a future date, to be established by the law for its application.

³ J. Flour, J.-L. Aubert and E. Savaux, *Les obligations. L'acte juridique*, edition XII, (Paris, 2006), 147 et.

said that the person who generated the error does not deserve to be protected, and, on the other hand, *the common error*, in which case the contractor of the party who generated the error, deserves to be protected.

This aspects will be analyzed at length, as follows.

Coming back to the analysis of the two conditions we mentioned in the beginning – *the first one* is very much connected with the notion of substantial qualities (regarding the *error in substantiam*) and with the characteristic of the juridical act to be concluded *intuitu personae* or not (regarding the *error in personam*).

The determinant character of the misrepresented element is evaluated using the subjective criteria, namely, from one case to another⁴.

Therefore, in this context, we state that the psychological base of all vices of consent demands this condition, because, if the juridical will was wrongly generated, the invalidation of the juridical act concluded in this manner is required, given the fact that there is no correspondence between the real will and the apparent will, which appeared as an effect of the conclusion of the act in question. In other words, the element on which the error falls over, has to be, by the will of both parties, the single and determinant cause of the consent given. The invalidation on the agreement is not permitted, if there is another cause, besides the misrepresentation, which led to the conclusion of the juridical act.

Thus, the level of influence the error has in the process that generates the consent, should be evaluated in reference to the diligence of a reasonable person (*in abstracto* criteria), placed in corresponding age, sex, profession, education circumstances (*in concreto* criteria)⁵.

Practically, when the error falls over a substantial quality of the object of the juridical act or, in the case of juridical acts concluded by considering the person a determinant element, the error falls over the identity or essential qualities of the person who concludes the act or the beneficiary of the act, it can be stated that the first condition of the error was met.

As we showed, it is said that, very rarely, we can resort to an abstract criteria, namely, the behaviour of any given person in a similar situation, in order to establish the determinant character of the misrepresented element⁶.

The most common example is the case of the vendor who asks for a very small price for a piece of furniture the vendee thinks it's very old, in which it is shown that the vendee could never invoke in the future, the error *in substantiam*, because the small price could not lead any normal person to think the piece of could be a period piece.

The exclusive application of an objective criteria in the evaluation of the misrepresented element, cannot be accepted, because this is a purely subjective matter, determined only by the party's will.

The same element can be determined for one person, but not for another.

Thus, as we showed, there is a close connection between the determinant character of the element on which the error falls over and the concept of substantial qualities of the object of the juridical act, on which the dominant opinion is that the evaluation should be made *in concreto*, according to the parties' intention.

Even more than that, the example given, doesn't actually refer to the determinant character of the misrepresented element, but the possibility that the misrepresentation could have occurred,

⁴ Practically, the determinant character of the element the error fell over will be establish by resorting to the concept of cause..

⁵ In this matter, the French doctrine deemed that "there has to be found a golden mean between the judgement *in concreto* and the one *in abstracto*, in order to protect the error victims, and at the same time to avoid the favouring of their culpable negligence"; C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles* (Paris, 2002), 336.

⁶ G. Boroi, *Drept civil.Parteia Generala. Persoanele*, (Buc., 2008), 219; I.D. Romoşan, „Efectele juridice ale erorii în domeniul răspunderii civile”, *Dreptul* 12(1999): 43.

which is entirely different.

Of course, the conclusion drawn is correct, but it doesn't refer to the determinant character in discussion, but, the difficulty the alleged victim of the error will face in trying to prove its existence

Other authors⁷ as well, deem necessary the application of an objective criteria in order to evaluate the determinant character of the error.

In order to sustain their theory, these authors invoke the idea of the inexcusable error, which was actually suggested by the abovementioned example.

The inexcusable error would be the harsh one, namely the one that could have been avoided only through a maximum diligence of the error's victim, by having the prudence naturally required at the conclusion of a juridical act⁸.

But not even this aspect has much to do with the determinant character of the error, but, actually, the conditions that triggered it.

In order to establish the determinant character of the error, the importance of the element on which the misrepresentation falls over, needs to be analyzed, not the mechanism that generated the error.

The inexcusable character of the error does not mean the element that was misrepresented lack its determinant character. It may relevant, though, as we will further see, to another aspect of the error.

Also here, we have to underline the distinction between the hypothesis in which the wrong belief of the *errans* falls over the economical value of the service provided, when we are in the presence of the error – lesion, that complies with the provisions regarding the lesion – vice of consent, and the hypothesis in which the misrepresentation of the economical value is only a consequence of the error in substantiam of the object of the juridical act.

We specify that the French doctrine defined *the error that falls over the economical value of the goods that represent the object of the agreement, as inexcusable*, in the case there is exact data from the beginning, stating that any person, of medium diligence, has the obligation to take into consideration all the essential elements of the agreement, in the moment they become accessible⁹.

Nevertheless, as a conclusion, we should keep in mind, that in order to evaluate the determinant character of the error, we can resort to both, *in abstracto* and *in concreto* criteria could be, but the latter will always have priority.

Regarding *the second condition* of the error, that the party should have known or should have had to know that the element on which the misrepresentation falls over, was determinant to the conclusion of the juridical act, condition required by the necessity to ensure the stability of the civil circuit, the security of the circuit's juridical operations, because, otherwise, the other party would be exposed to the abuse of the other contractor, who would easily obtain the invalidation of the act, under the pretence of an error that falls over subjective matters.¹⁰ Therefore, the condition does not find its justification in the psychological mechanism through which the will comes to life,

⁷ In order to evaluate the determinant character of the error we resort either to a subjective criteria, *in concreto*, which refers to the errans' profession, experience, qualification, either to an objective criteria, *in abstracto*, which refers to the typical behaviour of a normal person, in a similar case: **D. Cosma**, *Teoria generală a actului juridic civil*, (Editura Științifică, 1969), 160.

⁸ **J. Ghestin**, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat* (Paris, 1980), 153.- for the concept of inexcusable error..

⁹ In exchange, the error that falls over the economical value of the object of the contract will be subject to the relative nullity, if the error is the consequence of the misrepresentation of the essential qualities of the object of the agreement: **F. Terré, P. Simler, Y. Lequette**, *Droit civil. Les obligations*, (Daloz, 2002), 326 et. .

¹⁰ This condition is necessary in order to prevent the hypothesis in which the invalidation of a juridical act would be demanded under the pretence of purely subjective matters, thus endangering the safety of the judicial operations, but also the moral of the contract: **V.V. Popa**, *Drept civil. Partea generală. Persoanele* (București, 2005), 107.

but in the need for protection.

Obviously the requirement does not regard the unilateral juridical acts, because, by our hypothesis, there is no second party.

It is considered that¹¹ this request does not apply to gratuitous titled agreements, this solution being enforced by the idea that the principle of protecting the will of the one that disposes in gratuitous titled agreements comes second to the principle of stability of the legal relationships; as the second principle could operate for the favoured one, trying to keep an advantage (*certat de lucro captando*), while the one that disposes is trying to avoid damage (*certat de damno vitando*).

This second request of the error is expressed by some authors¹² as the need that error falls over an included element, explicit or implicit, of parties in the content of the content of the juridical act.

The idea is basically the same: the other party must have had admitted or must have had needed to know the determinant character of the element needed for the conclusion of the agreement, on which the misrepresentation falls over.¹³

The French doctrine and jurisprudence use the term *common error*, defined as the acknowledgement by the other party of the substantial character of the quality upon which the *errans* is in error. Psychologically speaking, this condition cannot be retained, the mental state of a person not being related to the change in consent for the other party. From an ethical point of view, this condition is certainly retainable. Otherwise, the other party stands the risk of an unfair lesion, the invalidity of the agreement being caused by certain aspects that he could not foresee¹⁴.

This contradiction between the two categories of aspects – psychological and moral – explains why the doctrine is so divided and jurisprudence a bit unclear. The tendency in courts is to go for the common error (as it is defined above by the French doctrine and jurisprudence). Without specifically imposing invalidity, the decisions concerning it often state clear that the reasons for which the victim of error made his mind, were known by his contractor. Some authors went as far as stating that the error is taken into consideration only if it affects “an agreed quality”¹⁵.

Even when moderated by a flexible proof system, the request regarding common error, perceived as the need of knowing the determinant character by the other party, appears to be questionable.¹⁶

On one hand, nullity will be out of the question in all cases in which the other party did not receive any information regarding the requested quality – every single time that the person committing the error did not stipulate what quality, usually unsubstantial, he had in mind. On the other hand, when the other party has been informed about the requested quality, or when talking about a usually substantial quality, should have known that it was requested, the invalidity will be, according to the circumstances, sometimes removed, sometimes maintained, but on a different real basis. In this situation, of knowing the requested quality, we need to notice two situations:

- *the first situation*: the contractor *did not know if the requested quality effectively exists*. His dealing in this case is beyond reproach if he mentioned the fact that he was not aware of this. In this case the agreement will be entered with this confessed uncertainty, and nullity will be

¹¹ A. Pop, Gh. Beleiu, *Curs de drept civil. Partea generala*, Centrul de multiplicare al Universitatii din Bucuresti, 1973, 247; A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, (Paris, 2005), 59-60.

¹² D. Cosma, *op. cit.*, 161.

¹³ J. Ghestin, *op. cit.*, 297 and fl.; J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, 159 and fl.

¹⁴ The requirement has been accepted by the civil courts and the French law authors: most sentences, though not expressly conditioning, often mention that the reasons that determined the errans's consent were known by the other party; J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, 161.

¹⁵ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, pag. 161 and the quoted authors. Surely the error taken into consideration is proper error, occurred at the moment of the cling of the contract, and not the situation which occurs during the execution of the contract, mening the lack of the agreed features

¹⁶ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, 162.

excluded, as there will be no real error, the disappointed party standing the risk of being unsatisfied. If the other party did not mention anything the nullity will be pronounced. This nullity will be based, in fact, not on the error, but on the breaking of his obligation to enter the agreement in good faith, therefore on a reservedly bad faith.

- *The second situation: the contractor was aware that the requested quality was missing.* There are two possible scenarios in this case: he either informed the other party about this matter, the latter still entering the agreement, in which case there can be no error that he might claim. Or he did not mention anything, in which case he entered reservedly in bad faith, this being more than a simple error, that needs to be sanctioned.

Therefore, the error based nullity, *stricto sensu*, does not belong in this system. The ethical elements – protection of the contractor against a sudden and unexpected invalidation – eliminates in fact taking into consideration the psychological data, changing the consent of the deceived person.

The need of relating the error – vice of consent to the cognition of the determinant character, by the other party, is a subject of dispute in our literature, as it is estimated that the subjective concept that is of the error's essence is being substituted through an objective criteria, with the purpose of limitation of the error's existence harsher than the law maker originally intended, this condition not being stipulated by the Civil Code. The stability and reliability of the civil judicial system are met by determining the error according to the subjective criteria, doubled by corrections that are objective in nature, determination sustained by “*a trust prejudice*” acknowledged for the contractor that regarded in good faith the validity of the juridical act. Being faced with the need of setting aright an injury, the party that fell into error by its own fault (*culpa in contrahendo*) will be more reserved in requesting the invalidity of the agreement, but rather going for the maintaining of its effects. The above mentioned obligation will not exist if the person that suffered the trust injury knew or should have known the error the other party found itself in.¹⁷

In order to be in the presence of the vice of consent, in the case of bilateral or multilateral agreements there is no need for each of the parties to be in error, as it is sufficient for one of them to find itself in the respective situation.¹⁸ Of course, if both parties were in error, each one can appeal for the invalidation of the agreement, invoking the error it has fallen a victim to.

In principle, I agree with the idea that there is no need for both parties to be in error. But let us analyze the matter in relation to the second condition of the error.

In order for this condition to be fulfilled we need the following situation : one party has a misrepresentation of a certain determinant element when entering the agreement, while the other party is aware of the determinant character of the respective element.

We have previously analyzed two situations: one in which the contractor did not know whether the quality requested effectively existed and one in which the contractor knew it was missing. We noticed that, in principle, in these situations, error cannot be the case (either there is no misrepresentation or if it exists it would be based on deceit)¹⁹.

To these two hypotheses we add one more: a situation in which the contractor knows the reality but does not know the error of the other party (for instance, he knows that the brand is essential for the buyer, but does not realize that the buyer is in error regarding the particular brand). The mentioned situation is harder to find because together with the determinant character of the element, the concrete expectations regarding the respective element are also presented. The lack of these assignments could even question the fulfilling of the condition in case.

Finally a fourth situation appears to be plausible: the contractor has a misrepresentation of the respective element (he knows this element is essential for the other party and he also believes it

¹⁷ O. Ungureanu, *Reflecții privind eroarea în dreptul civil*, Revista Juridica no. 4(2001), 156.

¹⁸ G. Boroi, *op. cit.*, 220; A. Pop, Gh. Beleiu, *op. cit.*, 274; Tr. Ionașcu, *Tratat de drept civil, Vol.I-Partea generală*, (Buc., 1967), 285; A. Ionașcu, *Drept civil. Partea generală*, (Buc., 1963), 84.

¹⁹ A.I.D. Romoșan, „Efectele juridice ale erorii în domeniul răspunderii civile”, *op. cit.*, 44.

exists). In this case we will be in the presence of error, without any doubt whatsoever.

Therefore, although in principle, there is no need for both parties to be in error, in reality in very few cases there is only one of the parties in error.

Nevertheless, the false representation that the other party had, has no relevance in the invalidation claim filed by his contractor.

The error could not be common in unilateral agreements nor in the case in which it falls upon *the person*, „the contractor of the *errans* cannot be mistaken about his own identity”²⁰.

As for this second condition of error, the difficulties in proof are, at least in theory major. It is not easy to establish that X (committing the error) considered a certain quality a substantial one. It is even harder to establish that Y (the other party) was perfectly aware of the matter. When the parties did not come up with mutual explanations, we can only reasonably solve the matter by applying a *presumption of fact*, based not only on the nature of the quality in cause, but also on the circumstances in which the contract was concluded.

This is the place to understand the necessity of resorting, in certain situations, to an objective criteria.

Usually, the party that invokes error should prove the fact that the other party knew that the falsely represented element was determinant.

But the party could also demonstrate that the other side should have had knowledge of the determinant nature of the respective element. In other words, to show that, normally a person found in the same conditions as the other side would have known the determinant nature of the falsely represented element. Or, better said, that usually, in contracts of such kind, the element in discussion has a determinant nature ²¹(for example, the measures for clothing or shoes, the voice characteristics of a singer hired to play a part in an opera, etc.).

If the feature under discussion is customarily essential in similar cases, in other words, it would have been the same for any person in similar conditions, it can be assumed that the respective nature was known by the other party. On the other hand, if we are talking about a feature that would not have normally been substantial, a feature people would not consider as such, it will be presumed that the counterparty did not retain that in that case the respective characteristic was however determinant.²²

Thus, a characteristic that *usually is* substantial is firstly presumed to have been the same for the party requesting the annulment, as it would have been for any other person, moreover, it is assumed that the respective nature should have been known by the counterparty. A feature that *usually is not* substantial is firstly presumed to not have been such for the person requesting the annulment, and even when that person demonstrates that it was determinant for their consent, they should also prove that the counterparty had knowledge of that fact.

This way the link between assessing the substance *in concreto* and *in abstracto* becomes more powerful. Even if we consider the first to be a principle, it is true that, for considerations regarding proof, an error that in the general opinion regards a substantial feature makes it far easier to obtain an annulment than an error regarding a characteristic that is only substantial in the opinion of the party in discussion. If the element affected by misrepresentation was qualified as substantial quality of the object of the juridical act by reference to the general opinion, to a typical interest (the assessment *in abstracto*), then the requirements of error shall be deemed

²⁰ D. Cosma, *op cit.*, 162: For a contrary opinion, E. Poenaru, *Drept civil. Teoria generală. Persoanele*, (Buc., 2002), 232.

²¹ M. Mureșan, P. Ciacli, *Drept civil. Partea generală*, (Cluj-Napoca, 2000), 122.

²² This antithesis is illustrated by two examples: an antiquarian should presume that his clients look for “antiques” (in such case, it is admitted that it is “common error”, excepting the case the contrary is proved); a person which “empties” their attic has no reason to assume that the “old things collector” he is targeting thinks that he should find antiques there (in this second case, common error shall not be admitted unless it is positively demonstrated).

accomplished (the determinant nature and the knowledge of that by the other party), the proof of the false representation being the only one needed. But if the element affected by misrepresentation was qualified as substantial quality of the object of the juridical act by reference to the concrete circumstances in which the contract was closed (the subjective assessment *in concreto*), besides the proof regarding the determinant nature for the formation of their consent to be made by the one invoking error, the latter shall have to demonstrate the fact that the counterparty had knowledge of such nature.

As far as analyzing the circumstances in which the error occurred, of their *in concreto* analysis, in the doctrine and sometimes in jurisprudence, it has been assessed that *another request* should be accepted, *that the error should be excusable*.

It has been shown that that the contract should be maintained if the error comes from an excessive negligence of the *errans* that qualifies it as “inexcusable”. Thus, the excusable character of the error is appreciated *in concreto*, considering the personal capacities of the *errans*, especially of his professional knowledge. This happens also because we are more and more often talking about an *obligation to inform* incumbent to the parties to a contract, an obligation which varies depending on the object and on the persons which are parties to the contract, which establish “the limits of the sanctions of the error on substance”.²³

The degree of alteration of the consent of the *errans* has no juridical relevance, that could be even profoundly vitiated. Nevertheless, it is estimated that error subsequent to “ridiculous illusions”, which could have easily been debunked by an information of the *errans* – an, otherwise, easy possibility – morally excludes the latter’s juridical protection. Starting from the hypothesis in which a person buys a painting from a market with the conviction that he has found an authentic painting, belonging to a famous painter, that “illusion” being later debunked by an expert that establishes the characteristics of the canvas. Thus, the buyer has no right to file a petition for the annulment of the contract because the failure to fulfill the obligation of information, doubled by the speculative nature of the juridical operation, does not morally give him this possibility.

Therefore, error should not be imputable to the one that invokes it. Although our doctrine does not retain it as being a request regarding error, it appears to be necessary due to its rightness.

Ultimately, being a measure of protection, the nullity caused by error is justified only in the hypothesis in which the one claiming it was in error and not when, proving an unacceptable recklessness, he closed the contract without thoroughly examining its conditions (*de non vigilantibus non curat praetor*). A text argument that justifies this can be art. 1353 Civil Code, according to which “the seller is not responsible for the apparent vices and of which the buyer could have taken knowledge by himself”. Surely, the mentioned legal disposition regards the subject matter of the responsibility for vices, but it illustrates the legislator’s view on the limits of protection and *ubi eadem est ratio, eadem solutio esse debet*.²⁴

It is therefore necessary to establish the limits in which error can be invoked, in order to avoid abuse. These limits can be traced by refusing to give relevance to any claimed ignorance, respectively by assessing the excusable character of the error.

Though, it has been stated that to admit that an inexcusable error cannot lead to the annulment of the contract means to confound to different concepts, that of nullity and that of responsibility²⁵. The assessment is partly correct. Given the error existed, though inexcusable, it affected the psychological process of the formation of will, therefore, theoretically, should

²³ There are numerous examples in the French jurisprudence: error on the authenticity of a painting, made by an interior decorator that usually deals with such acquisitions; the error on the person of an employee, employed with no previous verification of his antecedents; the error on the possibility of constructing on a plot of land, made by an architect, etc.; J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, pag. 159-160.

²⁴ S. Neculescu, *Drept civil. Introducere în dreptul civil*, (Buc., 2008), 125.

²⁵ D. Chirică, „Eroarea-viciu de consimțământ în materie contractuală”, *Dreptul* no. 7/2005, 26.

determine the invalidity of the document. At the same time, the fault for producing the error that could be seen as belonging to the one that claims it should attract their responsibility, respectively their obligation to repair the prejudice. Apparently, the document's nullity and the *errans's* responsibility are not linked.

The sanction for the vice of consent named error is the relative nullity of the juridical act.

Theoretically the source of the error or the existence of a fault on behalf of either parties is not relevant. The error leads to the annulment independently from the parties' fault. But, if the error is imputable to someone, *either the plaintiff* – because he failed to inform himself sufficiently -, *either the respondent* – as, even though he knows that the other party is mistaken on the real facts, he omits bringing that to their attention – *or a third party* (in the two previous hypothesis we could be talking about undue influence) and a prejudice was caused, that should be repaired by the responsible party.

The prejudice incurred in connection with the invalid formation of a contract (as the case is when there is error on the substance) results neither from the failure to execute, nor from the annulment of the contract, but from the very closing of the contract affected by a cause of nullity, the responsibility for repairing it (the prejudice) being delictual.²⁶

Sometimes, the fault is imputable to the *errans's* counterparty. In such case, a distinction should be made whether the counterparty is guilty of undue influence (he knows reality and leads the other party into error, by either machinations or lies, or by committing undue influence by omission, both hypotheses assuming the intend to mislead), in which case the contract can be annulled for that reason, or he is only guilty of a minor negligence, not verifying the information transmitted to the *errans*, this being mislead without intention, in such case the contract can be annulled only for error on substance. Still, in both cases the *errans's* counterparty shall, on delictual grounds, be forced to repair the prejudice caused to the former.

The reparation of the prejudice can be assigned to a third party, guilty for the closure of the contract in circumstances of error on substance, as the case is when an expert confirms the authenticity of a work of art which, in fact, is not authentic, including the case in which a third party commits undue influence on one of the contractual parties, but this particular vice of consent could not be retained, because in bilateral contracts the undue influence can only come from the contractual parties (as an exception, the undue influence due to the third party's manual labours).

Nevertheless many of the authors²⁷ agree that, given the hypothesis error is due to the victims fault, and the other party is in good faith, then the party in error which has, for this reason, obtained the annulment of the contract can be obligated to pay penalties to the other party, based on art. 999 Civil Code, for the prejudice produced by the annulment of the contract.

Still, based on the principle of the in kind and integral reparation of damages, the solution that the annulable document be maintained could be reached, as it represents an adequate reparation of the damage that the counterparty could incur by the error victim's fault. It has already been admitted that the principle of civil delictual responsibility can lead to maintaining the effects of a juridical act affected by nullity, when the prejudice that should be repaired is subsequent to the very annulment, and the responsibility belongs to the very person that would claim nullity. The document affected by nullity shall be maintained as it represents the best reparation (in fact, avoidance) of the prejudice that could be produced following, in our case, the fault of the *errans*.²⁸

Here the source of the error and the mechanism by which it has taken place becomes relevant to establish the eventual fault on behalf of the error victim and, implicitly, its responsibility.

²⁶ În acest sens, a se vedea și D. Chirică, *op.cit.*, pag. 29

²⁷ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. II, (Buc., 1998), 815; M. B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, (Buc, 1998), 401; Tr. Ionașcu, *op. cit.*, 285; D. Cosma, *op. cit.*, 162; J. Ghestin, *op. cit.*, 133-146.

²⁸ G. Boroi, *op. cit.*, 340.

The inexcusable error is ultimately that error which was mainly caused by the fault of the party that claims it, and which triggers the latter's responsibility for eventual damages.

In jurisprudence, the problem of the responsibility incumbent to the error's victim was not raised and this has a simple explanation: error is hard to prove anyhow, and in those cases in which it is imputable to the party that was misled the proof is almost impossible to be made (the simple assumptions, used to prove error, will not function in such situations in favor of the error's victim, but on the contrary, could work against them).

This is why, the civil courts have not faced the situation of deliberating on the responsibility of the error's victim, the problem being solved in such cases by the impossibility to prove error.

The new Civil Code (art. 1208) expressly provides the lack of effect of the inexcusable error on the validity of the document. The error shall be inexcusable, according to the new dispositions, if, given the circumstances, the fact affected by it could have been known by reasonable diligences. The text sanctions excessive ignorance and passivity on behalf of the person that concludes a contract without a natural effort to inform oneself on the conditions. If the recent legal dispositions (especially those regarding the matter of consumer's protection) established the obligation of information between parties, here becomes clear that it is natural that it does not exclude the obligation of each party to inform themselves. The assessment on the inexcusable nature of the error shall be made taking into account the circumstances of the conclusion of the contract, by objective criteria, imposed by the request of the reasonability of the diligences necessary for the correct knowledge of the fact affected by false representation.

The notion of inexcusable error includes that of error in law claimed regarding accessible and predictable legal dispositions (art. 1208 align. 2 of the new Civil Code).²⁹

Furthermore, art. 1212 of the new Civil Code provides that the party which is in error cannot invoke it despite the rules of good will. The victim of error must use the means at their disposal for the protection of their interests, for the avoidance or reparation of the prejudice they could suffer. They could not file the petition for annulment in a purpose that is different from the one justifying their right to file such an action, meaning the removal of the serious negative consequences of error. The *errans* will have to justify its legitimate interest, either economic or non-economic, for the annulment of the contract.

Finally, the French doctrine speaks about yet another request regarding error, respectively *the presence of a prejudice*. This would presume the maintaining of the contract if the *errans* suffers no prejudice. Although this request has not become a rule in jurisprudence, its analysis allows a better assessment of the facts.³⁰

The nullity of the juridical act raises no problems in case the plaintiff has concluded an unfavorable contract or when the pecuniary equivalent of the obligations is not balanced. Therefore, by analyzing the price, the courts can establish the existence of an error on behalf of the *errans*. It is an argument that allows, especially in the acquisitions' field, the determination of the error, as the *errans* pays the price with the conviction that the object meets the essential quality from his point of view, a characteristic that implies a bigger price.

Psychologically, if indeed the error regarded the essence of the object, the price has no relevance. Morally, though, the necessity of protecting the party whose interests have not finally been prejudiced does not seem relevant: he paid for a mediocre painting the price for a mediocre painting, even if he believes he has purchased an original; silvered bronze cutlery bought for their fair price, even if he thinks them to be silver.

Surely, the inexistence of the prejudice, as seen from the angle of the patrimony changes, does not exclude the fair interest of the party in error to file for the annulment of the act.

²⁹ The dispositions of the new Civil Code has the merits of sanctioning the admissibility of error in law and of trying to define the criteria for establishing the dispositions for which it is impossible to invoke the lack of knowledge. Nevertheless, the formulation of these criteria (accessibility and predictability) is not a fortunate one.

³⁰ J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, 160.

That is why, the existence of the prejudice cannot be accepted as a necessary requirement for the annulment of the contract due to error. Still, the analysis of this aspect proves to be useful because the existence of a prejudice can be a sign of the existence of an error.

The two requirements for the error are provided in the new Civil Code. The first is inserted in align 2 art. 1207, in the presentation of the categories of essential error. So, the error is essential when it regards a feature of the object of the obligation or another circumstance considered essential by the parties, and in the absence of which the contract would not have been closed. Also, the error is essential when it regards a quality of the person, in the absence of which the contract would not have been closed. The error in law is essential when it regards a legal disposition determinant for the closure of the deal. As for the error on the nature of the contract, the identity of the object of the obligation or the identity of the person, the requirement is met by hypothesis.

The second requirement is inserted in align 1 art. 1207, indicating that the party, which, at the moment of the contract's closure, was in essential error can file for the annulment of that contract, if the counterparty knew or, by case, should have known that the fact regarded by the error was essential for the closing of the deal.

The formulation of the requirement shows that the legislator understands to sanction the objective system of estimating whether the requirement was met. Thus, it will not be necessary to determine that the counterparty knew the fact affected by the error was essential (subjective criterion), but it will suffice to demonstrate that, given the circumstances in which the contract was closed, it shows that they should have known that aspect (objective criterion).

Conclusions

As we have seen, this vice of consent named error is still represents a present subject, an ampler approach being needed, from a perspective modified by the newly revealed aspects, especially in the French doctrine, but also by the dispositions of the new Civil Code. The present study brings forward these new elements, also completing the classic approach to the subject in discussion. The analysis can serve for a better understanding of the notion of error, of the requirements it should meet, and for a correct appraisal of the situations in which error could be retained and would trigger the specific sanction, the nullity of the juridical act. Evidently, nevertheless, the subject is far from exhaustion. On the one hand the matters taken into consideration in the present study need an ampler analysis and, on the other hand, other aspects have been left out, aspects insufficiently cleared in the matter of error – vice of consent (error in law, error on the economical value of the obligation, error on the determinant reasons, error in declaration, etc.). But these matters shall be object to future studies.

Bibliografy

1. Hamangiu, C.; Rosetti-Bălănescu, I.; Băicoianu, Al., *Tratat de drept civil român, Vol. I*, Editura Națională S. Ciornei, București, 1928
2. Hamangiu, C.; Rosetti-Bălănescu, I.; Băicoianu, Al., *Tratat de drept civil român, vol. II*, Editura All, București
3. Cantacuzino, M.B., *Elementele dreptului civil*, Ed. All Educational, București, 1998
4. Pop, A.; Beleiu, Gh., *Curs de drept civil. Partea generală*, Centrul de multiplicare al Universității din București, Facultatea de Drept, 1973
5. Ionașcu, A., *Drept civil. Partea generală*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1963
6. Ionașcu, Tr., *Tratat de drept civil, Vol. I – Partea generală*, Editura Academiei, București, 1967
7. Cosma, D., *Teoria generală a actului juridic civil*, Editura Științifică, 1969
8. Mureșan, M.; Ciacli, P., *Drept civil. Partea generală*, Editura Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2000

9. Popa, V.V., *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Editura All Beck, București, 2005
10. Boroî, G., *Drept civil. Partea Generală. Persoanele*, Editura Hamangiu, București, 2008
11. Neculescu, S., *Drept civil. Introducere în dreptul civil*, Ed. Hamangiu, București, 2008
12. Ghestin, J., *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, L.G.D.J., Paris, 1980
13. Terré, Fr.; Simler, Ph.; Lequette, Y., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Précis Droit privé, ediția a 8-a, 2002
14. Bénabent, A., *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, Paris, 2005
15. Flour, J.; Aubert, J.-L.; Savaux, E., *Les obligations. L'acte juridique*, edition XII, Sirey, Paris, 2006
16. Ouerdane-Aubert de Vincelles, C., *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, Paris, 2002
17. Pietrobon, V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990
18. Romoșan, I.D., *Efectele juridice ale erorii în domeniul răspunderii civile*, în Revista Dreptul nr. 12/1999
19. Ungureanu, O., *Reflecții privind eroarea în dreptul civil*, în Revista Juridica nr. 4/2001
20. Chirică, D., *Eroarea-viciu de consimțământ în materie contractuală*, în Revista Dreptul nr. 7/2005
21. *Noul Cod Civil* (Legea nr. 287/2009), publicat în Monitorul Oficial nr. 511 din 24 iulie 2009

BANKING DISPUTES IN THE NEW ECONOMIC, SOCIAL AND POLITICAL CONTEXT

ADRIANA PÎRVU¹

ABSTRACT

Banking activity plays a major role in the new economic, social and political context. On the one hand, banks are of one of the active subjects of the world “lack of organisation”, since they contributed to the occurrence thereof, but on the other hand, banks are also one of the passive subjects, since along with the majority of population and institutions, they see themselves obliged to face the consequences of the created system.

In such a world context, banks are made responsible in harsh manner than ever before. They are made responsible both to the clients, on the basis of the contract concluded, as well as to third parties, for the negative consequences that they are up against as a result of the banks’ reckless actions.

Banking institutions must carry out transactions on contractual basis only, in compliance with the principles and rules of a reasonable and healthy banking practice, as well as with the specific regulations in the field of consumer protection. In this respect, banks are no longer subject to law, given that by speculating on the economic context, they misapply the sense of the contractual clauses for the purpose of yielding a profit. This is the very reason why an increasing number of legal actions brought against banks are pending before the courts, aiming at recalculating the interests and at correlating the same with the economic context.

On the other hand, banks must account to third parties for the harmful effects of the credits granted. Banks must show discernment in their credit granting activity, avoiding in this way the deception of third parties by creating the illusion of the client’s solvency and good standing, while in fact the situation thereof is irretrievably compromised. Banks are liable to third parties even if they were not aware of the deficient situation of the client, since banks had the professional means that allowed them to find out details regarding the client’s compromised situation.

Internally the Emergency Government Ordinance number 113/2009 was adopted in October in order to make the relations between various institutions and consumers more transparent, to the benefit of the latter, given that such normative document was a condition imposed by the European legislation.

Externally, the European Commission is getting more actively involved in the banking activity. Currently it aims at improving regulations regarding the securities for bank deposits, especially regarding the financing thereof provided by banks, for the purpose of avoiding the recurrence of disputes derived following the financial crisis.

Under the circumstances, banking disputes are more and more frequent and financial institutions have resorted to strengthening a team that may help in minimising risks and in preventing difficult situations, as they want to employ an increasing number of financial risk analysts. The position of risk analyst involves the assessment of the credit risk associated with financing made available to clients, considering several criteria and considering also the activity sector in which they operate, performing the quantitative and the qualitative analysis of clients, as well as the analysis of the financing structure.

Last, it must be specified that the Romanian Union of Banking Mediators has been created recently, composed of mediators authorised pursuant to the provisions of L-192/2006 on mediation, organisation and exercise of the profession of mediators, members of the Panel of Licensed Mediators. Parties to a banking dispute shall have the possibility to settle their conflict amicably, through mediation, with the help of mediators of the Union of Banking Mediators, by finding a mutually accepted solution, having advantages for both parties, process that is much faster, less expensive, confidential and is an alternative to judgments of institutions in Romania having legal or jurisdictional powers.

Clients who are not satisfied with the relation with the bank, in addition to banking mediators may further resort to the A.N.P.C. (Consumer Protection National Authority) or to legal courts.

Key words: recession, bank, responsibility, issue, mediation.

¹ University Assistant, Faculty of Law and Administration, University of Pitesti, email : andalutza@yahoo.com

Over the last decades, banks have acquired a more significant role in the economic, political and social development. Moreover, they have become indispensable to current society. Both individuals, as well as States are currently building their resources on the basis of bank available supplies, which are appropriated to them in the form of bank credits. Opposing interests of the parties to the bank relations have determined over time a crystallisation of certain types of disputes between clients and banks or between banks and third parties, but also of certain types of solutions for such disputes. World recession that seems to have surprised everyone has increased the number of banking disputes and rendered new dimensions to the same, which brings about the elaboration of this study.

It is important to analyse on the one hand the phenomenon that has determined the lodging in such high numbers, during such a short period, of banking disputes the society is currently up against, and on the other hand it is important to deal with a maximum of prudence, lucidity and pragmatism with the manner in which the banking institutions shall be held liable. The society, but the banking institutions as well, must identify the banking mechanisms that have failed to work properly or those aspects relevant to the bank relations that have not been taken into account and that have allowed or even generated the current financial situation of individuals and entities, with or without legal personality. In addition, although the banks have their significant part in the responsibility for the occurrence of the economic and financial crisis, one must be careful in holding them liable, in order not to prevent the considerable, maybe even indispensable, help that they may provide in the attempt to overcome these moments that are so difficult from an economic and financial point of view.

This study aims at rendering evident some aspects of the banking policy that have led to the occurrence of this dead end within the system, the nature of disputes between clients, banks and third parties, generated by the banking institutions' failure to efficiently manage the risks, the modalities to avoid such disputes and the manners to settle them.

This paper sets as purpose the determination of a synthesis of the aspects that have been distinctly discussed by the specialised literature over the years with a view to presenting the current overall image of the client-bank-third party relations from an original perspective, by attempting to depict also the conditions that have generated this image and the possible evolution or involution lines.

The financial system is a system whose stability requires consistent and concentrated efforts made by several parties, on a daily basis. This fact derives from the agency role played by financial institutions between those who require money and those who have money. From this position, financial institutions, particularly banks (whose conduct on the financial market will be analyzed herein) are "sensitive" with regard to the claims raised by both fund providers, and by fund applicants. For a proper operation, a banking institution should necessarily take all the measures to maintain a balance between the two "sides": that of fund providers and that of fund applicants.

In the last decades, however, banking institutions were noted to apply a different policy: they engaged themselves in a fierce competition over profit, allowing for unprotected and erroneous decisions, which led the entire international banking system into a major deadlock.

Banking activity has a particular role in the new economic, social and political context. On the one hand, banks are one of the active subjects of world "disorganization", as they contributed in triggering it; however, on the other side, banks are also one of the passive subjects, as –together with most people and institutions- they are compelled to bear the consequences of the created system.

In an operational financial system, financial and banking institutions are not allowed to act completely free, with no restraints, exactly due to their slide to such dangerous tendencies, to get profit regardless of paid costs; such tendencies are extremely dangerous not only for the financial system, but for the entire economic, social and political system of a state.

The actions taken by banking institutions must be monitored at all times and, sometimes, even tempered by decisions made in the form of regulations (norms, regulations, etc.) by those organisms that have supervision duties within the financial and banking system (NBR, CNVM, ANPC. etc) The reason for such decisions is to preclude banks' engagement into risky actions, whose negative effects may reflect not only onto themselves, but onto economy, in general, and population, to a large extent.

The lack of opportune and operative decisions made by supervision, control and intervention authorities in connection with certain malfunctions that may occur in the operation of the financial system may have, in addition to irrational decisions resulting from the mentioned lack, [and made] by creditors and debtors of financial institutions, the most destructive effects at an economic, social and, ultimately, political level.²

The current social, economic and political context seems to be the consequence of the fact that banking institutions forgot the principle according to which "where there is the chance of a risk, there is also the risk of a loss". Banking institutions, in their rush for attaining new profit levels, are now bearing more and more often the consequences of previously neglected risk factors.³

The financial system is animated by four categories of participants. A first category of such participants, about which we may say that it generated [*sic!*] to our current financial and banking system, is constituted by (pecuniary) fund providers. Such providers, when engaging in a financial relationship with the bank, "must be aware of the fact that their funds are not frozen in the safes of the financial institutions, because the purpose of such funds is to finance others in exchange for trilateral earnings (provider, bank, applicant)".⁴

In its historical and financial development, in order to gain earnings as high as possible, the bank tried to attract fund applicants in numbers as high as possible, while fund providers were in fact those who provided most of the funds.

In their relationships with the bank, fund applicants, who became debtors further to the conclusion of bank loan contracts, should have been aware of the fact that their incapacity to return the funds obtained as a loan, may determine that the bank, in its turn and in its capacity as an agent, should become unable to assume its contractual engagements to fund providers, who became the bank's creditors through the conclusion of deposit contracts, on the originally agreed due date.

In its relationships to its deponents and debtors, the bank must maintain an equidistant position and apply a maximum commitment and responsibility policy in connection with the achievement of either client category's desiderata. In this context, a particularly important role is plaid by financial managers, whose ability, honesty and fairness constitute the ultimate basis for the proper operation of the respective financial institution, as well as for the confidence of the participants in the agency proposed by such financial institution.⁵

The existence of a supervisor on this particularly important "financial triangle" is required within the contemporary economic and financial system with a necessity more stringent than in the last decades. Supervisors should be aware of their huge responsibility to impose standards as high as possible within the banking system, and also to mediate an encounter that is as harmonious as it can be between individual banking interests and various social systems.

Supervisors have a responsibility in maintaining the accuracy and continuity of the operation of the financial system, which is a vital body not only of the economy, and also of the society and even of the world, due to the close interdependence of national financial systems.⁶

² Nicolae Hoanță, "Bani și bănci", Ed. Economică, București, 2001, p.269

³ Radu Bufan, Robert Ștefan, "Elemente de analiză juridică a riscului de credit" *Probleme actuale în dreptul bancar – Current issues in banking law*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p.583

⁴N. Hoanță, see op.cit, p.270

⁵ N. Hoanță, see op.cit, p.270

⁶ N. Hoanță, see op.cit, p.270

Following this complex system of financial relationships, the fact that each participant is taking a risk is obvious. However, each participant is consciously taking these risks only in the context of fair and transparent financial relationships, directed towards the attainment of each participant's desiderata and, of course, in the context of certain financial relationships mediated and managed with professionalism and efficiency by the main actor of these relationships, the banking institution.

Society's historical, economic and social development made that banking institutions become indispensable to human existence. In the juridical literature, they recently launched the opinion that the banking institution became so important that people cannot avoid it, despite the fact that they manage to avoid traditional social relationships that are much more natural.⁷

When the situation is regarded from this perspective, the increased responsibility placed by contemporary law upon the banking institution seems inherent, as such institution plays a fundamental role in the development of the society in which we are living.

Joining or maybe even generating this race, which became irrational, for profit, the bank took, consciously or unconsciously, a series of risks; as a consequence, when time is due, the bank will have to take responsibility for the imprudent policy applied by it to those financial relationships carried on through its agency.

Under these troubled circumstances of the world's financial and banking system, the bank is held liable more drastically than ever. The bank is held liable both in front of the client, under the contract concluded by and between them, and in front of third parties, for the negative consequences caused to such parties by the bank's imprudent actions.

The exigencies of the contemporary business environment with respect to the banking system and its operation recorded significantly enhanced. Recording higher and higher numbers of "victims" in its turn, losing more and more small entrepreneurs, the business environment claims a banker that is liable at three levels. Firstly, they claim a banker having a contractual responsibility, in relation to its client, the loan beneficiary.⁸ The bank may be held liable by its client aggrieved through the bank's default of or faulty compliance with its contractual obligations. The most important of such obligations, which gained new valences, due to the current vulnerable economic context, are: bank's obligation to inform and/or advise its client upon the loan engagement; the confidentiality obligation and the obligation to keep the business secret; the obligation to grant loans according to the client's requirements and needs; the obligation of transparency to clients with respect to the purposes and earnings targeted through the contract conclusion.

Secondly, the business environment requires that the banker should take responsibility to its debtor client's guarantor (especially to the *fidejussor*); such responsibility can be engaged also at contractual level. The bank's responsibility should be higher as long as the *fidejussor* third party is not aware of the main debtor's status, as –most of the times- it does not come to an advised *fidejussor* (such as the debtor company's administrator). The grounds for the warranty obligation to the *fidejussor* are represented by the information obligation held by the bank to all the participants in the juridical relationships mediated by it.

Thirdly, a bank must be legally liable to third parties, its liability to such parties being engaged at the level of minor offenses. This form of a bank's liability becomes conspicuous within its debtor client's insolvency procedure, when the third parties that are the borrowing client's creditors invoke the bank's liability in order to bind it to cover a part of its client's liabilities, either directly (in extraordinary cases), or indirectly, by failing to take into account the receivable declared by the bank within its client's insolvency procedure.⁹

Banking institutions must only carry out transactions under contractual bases, subject to compliance with the principles and rules of prudent and sound banking practices, as well as with the

⁷ Radu N.Catană, "Răspunderea băncilor față de terți pentru credite imprudente acordate clienților", *Probleme actuale în dreptul bancar – Current Issues in Banking Law*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p.489

⁸ Radu N.Catană, see op.cit., p.489

⁹ Radu N.Catană, see op.cit., p.489

specific regulations in the field of consumer protection. In this respect, the law no longer protects banks when they, speculating the economic context, divert the tenor of contractual clauses in order to obtain profit. This is also the reason for which the dockets of the courts of law are recording more and more actions at law filed against banks, for interest recalculation and correlation to the economic context, for insertion of abusive clauses, etc.

The banking services contract implies the existence of an obligation to inform and advise, as an accessory to the service provided by the bank to its client, in the sense of supplementing such service in order to make it as useful as possible for the client. Such obligation is restricted to the information and advice regarding the contracted service: the supply conditions and the service adequacy to the client's needs. In this respect, the bank has the duty to present to its client a full picture of the legal effects triggered by the contracted service, and to offer to its client [*all*] the possible alternatives in order to enable it to make an informed decision.¹⁰

The obligation to inform has been recently reconsidered, in the light of the new legislative provisions. In this way, aiming at a full harmonization, and in order to ensure the same high level of protection for the economic interests of all the consumers from the European Union, the National Authority for Consumer Protection elaborated a bill materialized in Government Emergency Ordinance 113/2009. ANPC substantiated its bill on a series of factors such as: "insufficiency of consumer protection, diversification of loan instruments, very different regulatory acts in the member states, the latter causing distortion of competition, consumers' mistrust in resorting to loan offers from other member states and, therefore, confinement of the free movement of services".¹¹

GEO 113/2009 inserted the pre-contractual information obligation. On the strength of such obligation, a bank will provide its clients or potential clients, at least 15 days prior to the banking contract conclusion, information regarding the contractual terms and conditions related to payment services, including total costs and even a breakdown of those amounts that are included in the account, when applicable. Subject to its clients' consent, the bank may reduce such term.

In this way, concerned parties will have at their disposal information that will allow them to compare several offers, in order to make an informed decision with respect to the eventual conclusion of a contract with a bank.¹²

According to the same ordinance, at any time of the contractual relationship, upon the client's request, the client will be entitled to receive the contractual clauses and information.

For any change in contractual conditions, the client must be notified at least 60 days before the enforcement date [*of such change*]. In case the bank is not served with a notification regarding the fact that such change is not accepted, it will be deemed that the client tacitly accepted the changes.

In case the client does not accept the changes proposed by the bank, it may unilaterally terminate the contract.

Clients are entitled to receive for free, once a month, information regarding the operations carried out, in the way agreed with the bank. According to Art. 85 of GEO 113/2009, contractual parties may, however, agree on a price for the supply, upon the client's request, of additional information or on a more frequent basis or by any communication means other than those specified in the framework contract. The price set by the bank must correspond to the effective prices necessary for the supply of information, must be limited to covering them, must not lead to the obtainment of additional income and to the client's discouragement in requesting any additional information.

¹⁰ Ion Turcu, "Drept Bancar", Vol.2, Editura Lumina Lex, București, 1999, p.49

¹¹ Afrodita Cicovschi, "Protecția consumatorului vrea să pună la punct băncile", Curierul Național, (Ediție din arhivă) Anul 15, nr. 5631. Luni, 15 Martie 2010, <http://www.curierulnational.ro/Eveniment/2010-03-15/Protectia+Consumatorului+vrea+sa+pun+la+punct+bancile> (accessed March 20,2010)

¹² Afrodita Cicovschi, see art.cit

The bank's obligation to inform must be correlated to its obligation to be honest. The use of the term "honest" suggests the fact that the bank's intention and source of profit should be clearly revealed by contractual terms. Banking loan contracts, having the nature of adhesion legal acts, must be clearly drafted, and they must not be subject to interpretation, and must not allow the concealment of certain illegal interests and profits not declared by the bank.

The insertion of such clauses in the contract will practically lead to the inefficacy and inutility of the bank's obligation to inform its clients. The client's being informed of the existence and contents of certain contractual clauses would no longer be justified, as long as the bank would grant a different interpretation and application to the same clauses.

A particularly important obligation that banks have is represented by the preservation of the business secret, this obligation being especially regulated by GEO 99/2005. The object of the business secret can be found in the provisions of Art. 111 (1) of the abovementioned ordinance, being defined as "all the facts, data and information referring to the performed activity, as well as any fact, data and information found at the credit institution's disposal with regard to clients' person, property, activity, business, personal or business relationships, or [any] information regarding the clients' accounts – balances, cash flows, operations carried out in relation to provided services or contracts concluded with clients".

We generically state that the bank is the one that is bound to keep the business secret; however, the following persons will be bound to comply with this obligation, according to Art. 112 of GEO 99/2005, as amended and updated: the persons who exercise administrator and/or management responsibilities, or participate in the activity of a credit institution, in connection with any fact, data or information referred to under Art. 111, which came to its knowledge during the exercise of its responsibilities in relation to the credit institution, Such persons may use/disclose neither during their activity, nor after its performance, [any] facts/data which, if made public, would damage the interests/prestige of a credit institution, or of any of its clients, the persons who obtain information having the nature of the mentioned ones, from reports or other documents issued by the credit institution, as well as the persons authorized to request and/or receive the information having the nature of banking secret (Art. 116) may only use the respective information for the purpose for which they requested or were provided with such information.

We can find similar provisions also in GEO 113/2009, with regard to payment services, in Art. 79 (1) providing that "the members of the board of administration, NBR employees, as well as third parties authorized by NBR to conduct inspections at the headquarters of payment institutions shall have the obligation to preserve the business secret with regard to any confidential information which come to their knowledge during the exercise of their duties, during their term of office and after the cessation of their activity within the bank or, as applicable, of their relationships with the bank."

Taking into account the current context, business environment protagonists are more and more tempted to find out additional information and, why not, even confidential information, regarding the other protagonists' financial condition and cash funds. The capacity of the banking personnel intervenes in this situation, as they have to refrain from favoring one client's interest over another client's interest, by disclosing confidential data. A bank may not be used as an instrument for business environment penetration by means of the disclosure of clients' financial statements.

More than that, in the doctrine they are talking about the bank's obligation to be discreet, which obligation is composed of both an obligation to protect the professional secret, and an obligation to protect the interest of the bank's client. In this way, they consider that the "obligation to be discreet is substantiated on both the law, and the banking contract".

In its capacity as a necessary confidant, a bank is obligated to refrain from disclosing the confidential information about its client, regardless whether their disclosure might or might not prejudice the client. In its capacity as a service provider, the bank is obligated to refrain from

disclosing any information on the client, even not confidential, if such information impaired the client's interests¹³.

The bank's obligation to be discreet should not be, however, taken to extreme, as not all the information is secret, and what the bank is authorized to disclose may be disclosed even without the client's consent and even in exchange for a service paid by the information beneficiary. The information having a highly general character (such as that communicated by a bank to others with respect to a client's "general position" or of the type "there are no payment incidents") will not be deemed as confidential; neither will be treated as confidential the precise information that is already known by too many persons, in order to be able to raise the claim that it is secret (for example: the information on facts forming the object of a judicial debate).¹⁴

An obligation with which the bank did not comply properly in the last decade is represented by the obligation of insight into the performance of financial activities. In its lending activity, the bank should prove a lot of prudence and lucidity. Not only must a bank carefully select its clientele by carefully tracking the credibility of such clientele; it must also protect its clientele by granting loans adjusted to the debtor client's repayment capacity, because a disproportionate loan will be more difficult to repay, as well as to recover. However, a loan must have at the same time sufficient quantum to attain the respective economic objective of the client, otherwise, the client's failure would be inevitable. In principle, a loan must be adjusted to the client's development prospects.¹⁵

Unfortunately, as I mentioned in the beginning of this work, out of a desire to maximize its profit at all costs, the bank neglected its prudence obligation, and its insight obligation when granting loans. It is sufficient to mention the loan "under the ID document" that was so popular, a product that enjoyed a lot of success among consumers who had no obligation to produce any guarantee, nor did they have any obligation to justify the loan destination in any way whatsoever. And yet, if the easiness in granting loans had been manifest only in relation to individuals, the banks' economic and juridical status would have been entirely different. The major problem of banking institutions is, however, represented currently by the high number of bad loans recorded at the level of corporate clients and particularly at the level of SMEs. In principle, large companies succeeded to maintain their position on the market so far due to their experience and accrued capital; consequently, they also succeeded to afford the payment of their banking obligations.

Granting bad loans represents the primary cause for many banking bankruptcies. Experiencing an impossibility to collect such loans, banks consume out of their equity, come to a negative capital, and bankruptcy is the next step.¹⁶

The fact that more and more economic agents were affected by the worldwide economic crisis was directly reflected onto banks, and economic agents found it more and more difficult to cope with their expenses, including their banking obligations. This situation resulted into the expedite adoption by banks of a more prudent and even restrictive policy. Yet, we are currently attending to a relative relaxation of lending conditions. The actions taken by banks are, however, tardy. The negative effects of a relaxed policy of lending are more and more obvious.

In practice, the problems for the banking system appeared within the debtor client's insolvency procedure, when third party creditors of the borrowing client invoked the bank's responsibility in order to bind it to cover a part of the client's liabilities, either directly, or indirectly, by failing to take into consideration the receivable declared by the bank within the

¹³ I.Turcu, see op.cit., p.51

¹⁴ I.Turcu, see op.cit., p.51

¹⁵ www.jura.ro, "Contractul de credit bancar", Domenii de drept specializate si alte domenii de drept, <http://www.jura.ro/a/48/contractul+de+credit+bancar>, (accessed March 28, 2010)

¹⁶ Aldea Tatiana, "Evaluarea nivelului de calitate al serviciilor bancare", Revista de Drept Bancar și Financiar, Nr. 3-4, 2008, Editura Hamangiu, p.49

debtor's insolvency procedure¹⁷.

This fact was also possible due to the bank's failure to comply with its insight obligation, which -by easily granting loans that were not based on the client's needs and [by] not taking into account its economic situation and its real repayment possibilities- misled third parties and created an illusion for them of a reliance undeserved by the debtor client or of a solvency appearance of such client. Moreover, the bank did nothing other than aggravating the debtor client's liabilities, and the situation of the client at issue became thus irreparably compromised.

In order to be able to hold the bank liable on the strength of its prudence and insight obligations, certain requirements must be however fulfilled; some of them must exist prior to the conclusion of the lending contract, while others have to be subsequent thereto.

The requirements pre-existent to loan granting and necessary for entailing the bank's liability are, on the one hand, the existence of the client's financial condition that was irreparably compromised upon loan granting and, on the other hand, the bank's awareness of such condition. Only if the financial statement of the borrowing client's assets is categorically compromised upon loan granting, it can be claimed that the client's support by the bank had a direct contribution in the culpable and artificial aggravation of such client's liabilities, to the creditor's dissatisfaction.

It is obvious the fact that the irreparable financial decline of the debtor, the bank's client, is a *de facto* situation that will be appreciated by the court of law, which will take into account the debtor's apparent financial situation upon lending, which could have been known to the bank, and not the real situation that could only be known to the debtor (the management of the economic agent)¹⁸.

To be able to invoke the bank's liability in such litigation, the fact that the bank was fully aware of the real situation when granting the loan to a client that was in an irreparable economic situation must be demonstrated. Proof of knowing this situation must be produced by the creditor pleading the bank's liability, grounded on its obligation of insight into its lending activity. The case will be settled according to the extent and intensity of the obligation to inform, which is assigned to the bank by the court of law, reporting to the rules and legislation that govern the banking activity. This obligation of the bank will be appreciated more severely than its obligation to inform any other subject of law, taking into account the professional character of banking activities.

The bank has the duty to gather information about the client's situation, so that it may have insight, respectively so that it can be able to distinguish between the situations that pose or do not pose dangers to the client, respectively to third parties.

A case of banking imprudence highlighted by the legal doctrine and taken over from the French case law is that in which the bank relies on accounting documents, produced by the client, which present formal irregularities, which could induce to a professional a legitimate doubt related to document forgery¹⁹.

It is appreciated that the bank's liability can be engaged in relation to third parties also when the bank fails to comply with its prudence obligation with regard to clientele selection, in the sense that the client's financial situation is appropriate. The bank's liability in such a situation may be invoked by affected and concerned third parties when the bank provides the client with a loan that is disproportionate to its needs, which fact will ultimately result in the client's cessation of payments.

As previously highlighted, the bank must grant to its client a loan adjusted to its needs, adequate to its economic growth prospects, as well as to the client's repayment possibilities. It is also the legal doctrine, going on the same line of the French case law, that highlighted those

¹⁷ Radu N.Catană, see op.cit., p.489

¹⁸ Radu N.Catană, see op.cit., p.495

¹⁹ Radu N.Catană, see op.cit., p.499

situations stating that the bank is at fault if the loan value is excessively, disproportionately high (or low) as compared to the client's needs and possibilities, which is equivalent to a loan that "ruins" such client²⁰.

The bank's inadequate, unprofessional and even unlawful conduct, deriving from the bank's default of its professional obligations, including those previously underlined, led to the emergence of numerous litigation on the dockets of the courts of law, in which the bank has the defendant capacity.

The same ungracious role is plaid by the bank also within the challenges submitted to ANPC for settlement. In the relationship client-court of law, ANPC took an active role, in virtue of its legal competences. Thus, according to ANPC, a high number of court orders were in favor of the requests made by ANPC to modify abusive or unlawful clauses inserted in loan contracts. As a result, banks were forced to modify framework contracts and exclude or modify the respective provisions.²¹

In 2009, ANPC claims that it applied to banking institutions fines amounting to approximately EUR 700,000 and that it referred to court 140 files, whose objects were formed of banking contracts including abusive or illegal clauses.

ANPC's active role in harmonizing the client-bank relationships was recently highlighted by the approval of GEO 113/2009 that was proposed by it and that introduced in the sphere of banking regulatory acts new regulations, meant to enhance the transparency of the "consumer" client-bank relationships. Art. 178 of the abovementioned ordinance provides the fact that in order to make sure that its provisions are observed, concerned parties may either notify ANPC for the situations that are expressly provided by the ordinance, or file actions at law against [*those*] "payment services providers" that breach the provisions of the ordinance.

The emergency ordinance at issue also inserts a subject, to which banking products "consumers" can resort, *i.e.* NBR. According to Art.178(4), users of payment services may go to NBR in its capacity as a prudential supervision authority of payment institutions, in case the latter breaches the obligations expressly provided by GEO 113/2009.

NBR must ensure the application of extrajudicial procedures of remedy, that are adequate and effective, in order to settle the complaints submitted to it by the "users" of payment services, which consider themselves as prejudiced by payment services providers that carry out their activity on Romania's territory (179(1)).

The emergency ordinance to which we refer also contains provisions regarding the creation of a specialized compartment within NBR's structure, which compartment will ensure the mediation of any differences arising between the various categories of payment services providers provided by the ordinance and the users of payment services, according to the regulations issued by NBR (Art.179 (2)). This specialized compartment will be authorized to issue consultative points of view with respect to the differences that formed the object of mediation by NBR, if the court of law in charge with the settlement of litigation having the nature of those mentioned by the ordinance will request such points of view (Art. 179 (3)).

An interesting issue provided by Art. 179 (4) of the GEO, which comes to encourage parties to resort to the new competences and duties assigned to NBR, is that the procedure of differences settlement by NBR's specialized compartment is free.

The procedure of challenge settlement by NBR is facultative. GEO leaves at the discretion of "consumers" the modality to settle disputes by an extrajudicial way (Art. 178(3)). Such a modality can be represented by the mediation, settlement of differences by resorting to the services of an independent mediator specialized in banking issues.

²⁰ Radu N.Catană, see *op.cit.*, p.501

²¹ Simona Dobre, "Top 3 reclamații la ANPC: români contra bănci!", *www.incont.ro*, 11 februarie 2010, <http://www.incont.ro/banci/bancile-amendate-cu-700-000-de-euro-pentru-dobanzile-mari-si-clauzele-abuzive.html> (accessed March 10, 2010)

Romania is among the last European countries to create the institution of the banking mediator, which institution allows for a more rapid and less costly settlement of conflicts between the client and the bank, before going to court. In UK, mediators' opinions are mandatory, considering the fact that the legislation provides that only that litigation which cannot be settled by way of mediation should be submitted to judges. The solutions issued by mediators are also mandatory in states such as Spain or the Czech Republic. In Germany, the litigation having as its object amounts lower than EUR 750 can be settled only amicably. In states such as Austria, Greece or Poland, the mediator's opinion has the role of recommendation.

In Romania, initially, the initiative to create the banking mediator's institution, as a structure subordinated to banks, belonged to the Romanian Association of Banks, which initiated such a project in 2006. At that time, the Competition Council conditioned the granting of the establishment endorsement upon the existence of certain specialists in the field, banking mediators, which specialization was not provided in the Romanian education system. The Competition Council also deemed it necessary that banking mediators should be organized in a profile association, which should appoint the mediators to complaints settlement.²² All these conditions imposed on the establishment of the banking mediator as a structure competent to extrajudicially settle any conflicts arising between the bank and its clients led to the project hold-up.

Independently from the evolution of this project, in December 2009, they set up the Union of Banking Mediators from Romania, composed of mediators authorized under Law 192/2006, regarding the mediation, organization and exercise of the mediator profession. The purpose for UMBR setup is to provide the parties concerned in a conflict with the bank a possibility to amicably settle any arising differences. The role of the banking mediator is to find a solution that is beneficial to both parties. The mediation procedure offers the advantage to settle differences in a more expedite, less costly and confidential manner, as compared to their settlement by the institutions with judicial or jurisdictional duties, which already exist in Romania²³. Mediators have professions like legal counselors, economists and finances-banks specialists, and have the training required to mediate conflicts in the financial and banking field as well as in any other field of activity, respectively the civil, criminal, administrative fields.

UMBR's appearance in Romania was necessary, especially taking into account the fact that only individuals can file challenges, while corporate clients have only the way to settle their issues with the bank directly in front of the courts of common law.

However, the "consumers" of banking products from Romania are reluctant for now to resort to the services of a banking mediator.

Against the background of these numerous legal issues that sprouted in the banking system, a more and more grounded preparation of their defensive system is to be noted. One of the measures that are more and more frequently used by banks in order to consolidate their position in front of challengers is represented by the retaining of more and more risk consultants. Banks have always had a policy of protection against risks, which policy is applied and managed by specialized compartments within the bank. Banks' current position, in the economic system dramatically shaken by world recession, is not at all favorable, for which reason they deemed it necessary to strengthen their existing departments, thus aiding in risk mitigation and in the prevention of conflict situations. The banking risk analyst is to evaluate the entirety of existing or potential loan risks, setting based on the grids and drafted reports and on the calculation of specific indicators, establishing a risk rating for each and every client. When analyzing a risk associated with a client, the following are analyzed: the business field of which the client is part, the quantitative and

²² www.financiarul.com, "Mediatorul bancar în rol de Fata Morgana", 14 mai 2008, http://www.financiarul.com/articol_2975/mediatorul-bancar-in-rol-de-fata-morgana.html (accessed March 10, 2010)

²³ www.juridice.ro, "Uniunea Mediatorilor Bancari răspunde Asociației Române a Băncilor", <http://www.juridice.ro/uniunea-mediatorilor-bancari-raspunde-asocatiei-romane-a-bancilor.html> (accessed March 15, 2010)

qualitative analysis of the activity carried out by the client, etc.

For banks, the prevention of lending risks became a major priority, taking into account the fact that loan integral and timely repayment of such loans is absolutely necessary to return assigned deposits. Clients' failure to entirely and timely repay their loans generated the occurrence of litigation in which the bank was held liable for those who desired to recover their deposits. Many banks affected by the recession woke up to the impossibility to entirely or timely repay the deposits entrusted to them.

In this European context, the European Commission requested the improvement of regulations on guaranteeing bank deposits, especially with respect to their financing by banks, in order to avoid that litigation occurring further to the financial crisis be repeated.²⁴

CONCLUSIONS

All in all, we can say that, at a global level, banks are in one of the most difficult times of the last decades. Considering that banks manage the majority of financial resources belonging to individuals and States, they also take up a major responsibility, but also the role as financial market professional. Under such circumstances, banks may and must be held liable for the way in which they manage their activity and the capital collected.

Even if banks have a major fault in generating the situation in which they are, their contribution in the economic and social development in the past must not be forgotten. For that reason, it is recommendable that, when courts are to settle litigation in which banks are defendants, they should appreciate their liability somewhat benevolently since the banks' support can prove to be very important for the companies going through financial difficulties.

In order to avoid as much as possible being held liable by the interested persons, banks must nowadays reassess their conduct, they must adopt a more prudent policy, aim at yielding a profit by performing correct and transparent activities, but they must also get actively involved, through efficient measures, in the economic and financial recovery of clients and implicitly of the State where they carry out their business.

References:

1. Nicolae Hoanță. "Bani și bănci". Ed. Economică. București. 2001.
2. Radu Bufan. Robert Ștefan. "Elemente de analiză juridică a riscului de credit" *Probleme actuale în dreptul bancar – Current issues in banking law*. Ed. Wolters Kluwer. București. 2008.
3. Radu N.Catană, "Răspunderea băncilor față de terți pentru credite imprudente acordate clienților", *Probleme actuale în dreptul bancar – Current Issues in Banking Law*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008.
4. Ion Turcu. "Drept Bancar". Vol.2. Ed. Lumina Lex. București. 1999.
5. Afrodita Cicovschi. "Protecția consumatorului vrea să pună la punct băncile". *www.curierulnațional.ro*. (Ediție din arhivă) Anul 15, nr. 5631. Luni, 15 Martie 2010. <http://www.curierulnational.ro/Eveniment/2010-03+15/Protectia+Consumatorului+vrea++sa+puna+la+punct+bancile>
6. www.jura.ro. "Contractul de credit bancar". *Domenii de drept specializate si alte domenii de drept*. <http://www.jura.ro/a/48/contractul+de+credit+bancar>.
7. Aldea Tatiana. "Evaluarea nivelului de calitate al serviciilor bancare". *Revista de Drept Bancar și Financiar*. Nr. 3-4. 2008. Editura Hamangiu.
8. Simona Dobre. "Top 3 reclamații la ANPC: români contra bănci!". *www.incont.ro*. 11 februarie 2010. <http://www.incont.ro/banci/bancile-amendate-cu-700-000-de-euro-pentru->

²⁴ www.bzi.ro, "Îmbunătățirea regulilor de garantare a depozitelor bancare", 20 februarie 2010, <http://www.bzi.ro/imbunatatirea-regulilor-de-garantare-a-depozitelor-bancare-158916> (accessed March 15, 2010)

dobanzile-mari-si-clauzele-abuzive.html.

9. www.financiarul.com. “Mediatorul bancar în rol de Fata Morgana”. *Finanțe*. 14 mai 2008. http://www.financiarul.com/articol_2975/mediatorul-bancar-in-rol-de-fata-morgana.html .

10. www.juridice.ro. “Uniunea Mediatorilor Bancari răspunde Asociației Române a Băncilor”. <http://www.juridice.ro/uniunea-mediatorilor-bancari-raspunde-asociatiei-romane-a-bancilor.html> .

11. www.bzi.ro. “Îmbunătățirea regulilor de garantare a depozitelor bancare”. 20 februarie 2010. <http://www.bzi.ro/imbunatatirea-regulilor-de-garantare-a-depozitelor-bancare-158916>.

LITIGIILE BANCARE ÎN NOUL CONTEXT ECONOMIC, SOCIAL ȘI POLITIC

ADRIANA PÎRVU¹

Abstract

Activitatea bancara are un rol deosebit in noul context economic, social si politic. Pe de-o parte banciile sunt unul din subiectele active ale "dezorganizarii" mondiale, intrucat au contribuit la declansarea acesteia, dar pe de alta parte, bancile sunt si unul din subiectele passive, intrucat, alaturi de majoritatea populatiei si institutiilor, ele sunt nevoite sa suporte consecintele sistemului creat.

Intr-un astfel de context mondial banca este mai aspru trasa la raspundere,ca oricand. Banca este tinuta sa raspunda atat fata de client, in temeiul contractului incheiat, cat si fata de terti, pentru consecintele negative pe care le produc acestora actiunile imprudente ale bancii.

Institutiile bancare trebuie sa deruleze tranzactii doar pe baze contractuale, cu respectarea principiilor si regulilor unei practici bancare prudente si sanatoase precum si a reglementarilor specifice in domeniul protectiei consumatorilor. In acest sens, bancile nu mai sunt sub incidenta legii, cand speculand contextul economic, deturnezeaza sensul clauzelor contractuale in scopul obtinerii de profit. Acesta este si motivul pentru care pe rolul instantelor este inregistrat un numar in crestere de actiuni indreptate impotriva bancilor, pentru recalcularea dobanzilor si corelarea acestora cu contextual economic.

Pe de alta parte, banca trebuie sa raspunda pentru efectele prejudiciabile fata de terti ale creditelor oferite. Banca trebuie sa dea dovada de discernamant in activitatea de creditare, evitand in acest fel inselarea tertilor prin crearea unei iluzii de solvabilitate si de bunastare a clientului, care se afla de fapt intr-o situatie iremediabil compromisa. Banca este raspunzatoare fata de tert chiar daca nu cunostea situatia defectuoasa in care clientul se afla, intrucat banca detine mijloacele profesionale ce i-ar fi permis informarea cu privire la situatia compromisa a clientului.

Pe plan intern,a fost adoptata OUG 113/2009 în octombrie , avand rolul de a face mai transparente relațiile între diverse instituții și consumatori, în avantajul acestora din urmă, adoptarea acestui act normative fiind o condiție impusase de legislația europeană.

Pe plan extern, Comisia Europeana implica din ce in ce mai active in activitatea bancara. In prezent ea doreste imbunatatirea reglementarilor referitoare la garantarea depozitelor bancare, în special în privinta finantarii acestora de catre banci, pentru a evita repetarea unor litigii aparute în urma crizei financiare.

In situatia data, in care litigiile bancare au devenit din ce in ce mai frecvente, institutiile financiare au recurs la varianta de a-si intari o echipa care poate ajuta la minimizarea riscurilor si prevenirea situatiilor problematice, ele urmarind sa angajeze un numar in crestere de analisti de risc financiar. Postul de analist de risc presupune evaluarea riscului de credit asociat unei finantari pentru clienti, in functie de mai multe criterii, precum sectorul de activitate in care activeaza, analiza cantitativa si calitativa a clientilor, cat si structura de finantare.

In fine, trebuie mentionat ca relativ recent s-a constituit Uniunea Mediatorilor Bancari din Romania, formata din mediatori autorizati in conditiile L-192/2006 privind medierea, organizarea si exercitarea profesiei de mediator, inscriși in Tabloul mediatorilor autorizati. Partile intr-un litigiu bancar vor avea posibilitatea sa solutioneze conflictul dintre ele pe cale amiabila, prin mediere, cu ajutorul mediatorilor Uniunii Mediatorilor Bancari, gasindu-se o solutie reciproc acceptata, cu avantaje pentru ambele parti, mai rapida, mai putin costisitoare, confidentiala, ca alternativa la hotararile institutiilor cu atributii judiciare sau jurisdictionale deja existente in Romania.

Clientii nemulțumiti de relatia cu bancile, in afara de mediatorii bancari, vor putea sa se adreseze in continuare A.N.P.C. sau instantelor de judecata.

Cuvinte cheie: *recesiune, bancă, răspundere, litigiu, mediere*

¹ Preparator universitar, Facultatea de Științe Juridice și Administrative din cadrul Universității din Pitești, email : andalutza@yahoo.com

Banca a căpătat în ultimele decenii un rol tot mai pronunțat în dezvoltarea economică, politică și socială. Mai mult, ea a devenit indispensabilă pentru societatea actuală. Atât indivizii, cât și statele își construiesc în prezent resursele pe baza disponibilităților băncilor, care le revin sub forma creditelor bancare. Intersele contrare ale părților în raporturile bancare au făcut ca în cursul timpului să se cristalizeze anumite tipuri de litigii între bancă și client sau între bancă și terți, dar și anumite tipuri de soluții pentru aceste litigii. Recesiunea mondială, care pare să fi luat pe toată lumea prin surprindere, a sporit numărul litigiilor de natură bancară și a adus noi valențe acestora, fapt ce a determinat conceperea prezentului studiu.

Este important să se analizeze pe de-o parte fenomenul ce a determinat declanșarea într-un număr atât de mare, într-o perioadă relativă scurtă de timp, a litigiilor bancare cu care se confruntă societatea în prezent, iar pe de altă parte, trebuie tratat cu maximă prudență, luciditate și pragmatism modul în care vor fi trase la răspundere instituțiile bancare. Societatea, dar și instituțiile bancare, trebuie să detecteze mecanismele bancare ce nu au funcționat corespunzător sau acele aspecte relevante pentru raporturile bancare ce nu au fost luate în considerare și care au permis sau chiar au generat situația financiară actuală a indivizilor și a entităților cu sau fără personalitate juridică. De asemenea, deși băncile au parte lor semnificativă de responsabilitate în apariția crizei economico-financiare, tragerea lor la răspundere trebuie făcută cu prudență pentru a nu împiedica ajutorul considerabil, poate chiar indispensabil, pe care acestea îl pot da la depășirea acestor momente dificile din punct de vedere economic și financiar.

Studiul de față își propune să evidențieze unele aspecte ale politicii bancare ce au dus la apariția acestui impas în interiorul sistemului, natura litigiilor dintre client, bancă și terți, generate de negestionarea eficientă a riscurilor de către instituțiile bancare, modalitățile de evitare a acestor litigii, dar și modalități de soluționare a acestora.

Prezenta lucrare urmărește să sintetizeze aspecte ce au fost tratate în mod distinct în literatura de specialitate de-a lungul anilor, pentru a prezenta dintr-o perspectivă originală tabloul actual al relațiilor client-bancă-terț, condițiile ce l-au generat și posibilele direcții de evoluție sau involuție.

Sistemul financiar este un sistem pentru stabilitatea căruia trebuie depuse eforturi consistente și concentrate din partea mai multor părți, zi de zi. Acest fapt decurge din caracterul de intermediar al instituțiilor financiare între cei care au nevoie de bani și cei care dispun de bani. Din această postură, instituțiile financiare, băncile, în special, (al căror comportament pe piața financiară îl vom studia în prezenta lucrare), sunt "sensibile" atât la pretențiile ofertanților de fonduri, cât și la pretențiile solicitanților de fonduri. Pentru o bună funcționare a instituției bancare se impune în mod necesar ca aceasta să ia toate măsurile pentru menținerea unui echilibru între cele două "tabere": a ofertanților de fonduri și a solicitanților.

În ultimele decenii s-a remarcat însă o politică diferită a instituțiilor bancare, acestea intrând într-o strânsă competiție pentru profit, lăsând loc deciziilor strategice neprotejate și eronate, care au adus întregul sistem bancar internațional la un mare impas.

Activitatea bancară are un rol deosebit în noul context economic, social și politic. Pe de-o parte băncile sunt unul din subiectele active ale "dezorganizării" mondiale, întrucât au contribuit la declanșarea acesteia, dar pe de altă parte, băncile sunt și unul din subiectele pasive, întrucât, alături de majoritatea populației și instituțiilor, ele sunt nevoite să suporte consecințele sistemului creat.

Intr-un sistem financiar funcțional instituțiile financiare și bancare nu sunt lăsate să acționeze complet liber, fără constrângeri, tocmai datorită alunecării lor spre aceste tendințe periculoase, ale obținerii de profit indiferent de costurile plătite, tendințe extrem de periculoase nu doar pentru sistemul financiar, ci pentru întreg sistemul economic, social și politic al unui stat.

Acțiunile instituțiilor bancare trebuie să fie în permanență monitorizate și uneori chiar temperate prin decizii venite sub formă de reglementare (norme, regulamente etc) de la organismele cu atribuții de supraveghere în sistemul financiar și bancar (BNR, CNVM, ANPC

etc)². Rațiunea acestor decizii este de a preîntâmpina angajarea băncilor în acțiuni riscante ale căror efecte negative se pot răsfrânge nu doar asupra lor, ci într-o măsură ridicată asupra economiei, în general, și asupra populației.

Lipsa deciziilor oportune și operative din partea autorităților de supraveghere, control și intervenție în legătură cu unele disfuncții ce pot apărea în funcționarea sistemului financiar pot avea, alături de deciziile iraționale apărute pe fondul lipsei menționate, din partea creditorilor și debitorilor instituțiilor financiare, efecte din cele mai distrugătoare în plan economic, social și, în ultimă instanță, politic.

Contextul social, economic și politic actual pare să fie consecința faptului că instituțiile bancare au uitat principiul potrivit căruia “acolo unde există șansa unui risc, există și riscul unei pierderi”. Instituțiile bancare, în goana lor după atingerea unor noi cote de profit, suportă acum, din ce în ce mai des, consecințele unor factori de risc neglijați anterior.³

Sistemul financiar este animat de patru categorii de participanți. O primă categorie a acestora, categorie ce putem spune ca a generat sistemului financiar și bancar pe care îl avem astăzi, o constituie ofertanții de fonduri (bănești). Aceștia, când intră într-o relație de natură financiară cu banca, „trebuie să cunoască faptul că fondurile lor nu sunt imobilizate în seifurile instituției financiare, pentru că scopul acestor fonduri este să finanțeze pe alții în schimbul unui câștig trilateral (oferant, bancă, solicitant).⁴

În evoluția sa istorică și financiară, pentru a dobândi un câștig cât mai mare, banca a încercat să atragă un număr cât mai mare de solicitanți de fonduri, ofertanți, fiind de fapt, cei care puneau la dispoziția acestora cea mai mare parte a fondurilor.

În raporturile lor cu banca, solicitanții de fonduri, deveniți debitori în urma încheierii contractelor de împrumut cu banca, trebuiau să cunoască faptul că incapacitatea lor de a restitui fondurile obținute ca împrumut, poate determina ca la rândul său banca, în calitatea sa de intermediar, să devină incapabilă de a-și asuma angajamentele contractual față de ofertanții de fonduri, devenind creditori în raport cu banca prin încheierea contractelor de depozit, la scadența convenită inițial.

Față de deponenți și debitori, banca trebuie să-și mențină o poziție echidistantă și să aplice o politică de responsabilitate și de angajare maximă pentru realizarea dezideratelor fiecăreia dintre cele două categorii de clienți. În acest context, un rol deosebit de important îl joacă managerii financiari, de a căror abilitate, onestitate și corectitudine depind, în fond, buna funcționare a instituției financiare respective și încrederea participanților la intermedierea propusă de aceasta.⁵

În sistemul economic și financiar contemporan se impune cu o necesitate mai stringentă decât în ultimele decenii, existența unui supraveghetor asupra acestui „triunghi financiar” deosebit de important. Supraveghetorii trebuie să conștientizeze imensa lor responsabilitate în a impune standarde cât mai înalte pentru sistemul bancar dar și în a intermedia o întâlnire cât mai armonioasă între interesele bancare individuale și diversele sisteme sociale.

Supraveghetorii au o responsabilitate în a menține corectitudinea și continuitatea funcționării sistemului financiar, organ vital nu doar al economiei, ci și al societății și chiar al lumii, datorită strânsei interdependențe a sistemelor financiare naționale.⁶

Urmărind acest complex sistem de relații financiare, este evident faptul că fiecare participant își asumă un risc. Însă fiecare participant își asumă conștient aceste riscuri numai în contextul unor raporturi financiare corecte, transparente, îndreptate spre realizarea dezideratelor fiecărui participant, și, desigur, în contextul unor raporturi financiare intermediare și conduse cu profesionalism și eficiență de actorul principal al acestor raporturi, instituția bancară.

² Nicolae Hoanță, “Bani și bănci”, Ed. Economică, București, 2001, p.269

³ Radu Bufan, Robert Ștefan, “Elemente de analiză juridică a riscului de credit” *Probleme actuale în dreptul bancar – Current issues in banking law*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p.583

⁴ N. Hoanță, vezi op.cit, p.270

⁵ N. Hoanță, vezi op.cit, p.270

⁶ N. Hoanță, vezi op.cit., p.270

Evoluția istorică, economică și socială a societății a făcut ca instituțiile bancare să devină indispensabile existenței umane. În literatura juridică s-a ajuns de curând la opinia că instituția bancară a devenit atât de importantă încât oamenii nu o pot evita, în ciuda faptului că reușesc să evite relații sociale tradiționale mult mai firești.⁷

Privită situația din această perspectivă, pare firească responsabilitatea sporită pusă de dreptul contemporan asupra instituției bancare, instituție ce joacă un rol fundamental în dezvoltarea societății în care trăim.

Intrând, sau poate chiar generând această cursă, devenită irațională, pentru profit, banca și-a asumat conștient sau nu, o serie de riscuri, și ca o consecință, la scadență, banca va trebui să-și asume răspunderea pentru politica imprudentă pe care a aplicat-o relațiilor financiare ce s-au desfășurat prin intermediul său.

În aceste împrejurări tulburi ale sistemului financiar și bancar mondial, banca este mai aspru trasă la răspundere, ca oricând. Banca este ținută să răspund atât față de client, în temeiul contractului încheiat, cât și față de terți, pentru consecințele negative pe care le produc acestora acțiunile imprudente ale băncii.

Exigențele mediului de afaceri contemporan cu privire la sistemul bancar și funcționarea acestuia au crescut semnificativ. Înregistrând un număr de „victime” în creștere în rândul său, pierzând tot mai mulți mici întreprinzători, mediul de afaceri pretinde un bancher răspunzător pe trei paliere. Se pretinde, în primul rând, un bancher răspunzător pe țărâm contractual, față de clientul său, beneficiar al creditului.⁸ Banca poate fi trasă la răspundere de către clientul său nedreptățit prin neîndeplinirea sau prin îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale, dintre care le enumerăm pe cele mai importante, și care au căpătat noi valențe, datorită contextului economic vulnerabil pe care îl traversăm: obligația de informare și/sau sfătuire a clientului la momentul contractării creditului, obligația de confidențialitate și de păstrare a secretului profesional, obligația de a acorda credite corespunzătoare cerințelor și nevoilor clientului, obligația de transparență față de clienți în privința scopurilor și câștigurilor urmărite prin încheierea contractului.

În al doilea rând, mediul de afaceri solicită asumarea răspunderii bancherului față de garantul clientului debitor (în special față de fidejutor), răspundere care poate fi angajață tot la nivel contractual. Răspunderea băncii ar trebui să fie cu atât mai mare cu cât fidejutorul terț nu cunoaște starea debitorului principal, nefiind, de cele mai multe ori, vorba despre un fidejutor avizat (cum ar fi administratorul societății debitoare). Temeiul obligației de garanție față de fidejutor îl constituie obligația de informare pe care banca o are față de toți participanții la raporturile juridice pe care le mijlocește.

În al treilea rând, banca trebuie să răspundă juridic față de terți, răspunderea față de aceștia angajându-se la nivel delictual. Această formă a răspunderii băncii devine pregnantă în cadrul procedurii insolvenței clientului debitor, când terții creditori ai clientului împrumutat invocă răspunderea băncii în scopul de a o obliga la acoperirea unei părți din pasivul clientului, fie în mod direct (în cazuri excepționale), fie în mod indirect, prin neluarea în considerare a creanței declarate de bancă în cadrul procedurii insolvenței clientului.⁹

Instituțiile bancare trebuie să deruleze tranzacții doar pe baze contractuale, cu respectarea principiilor și regulilor unei practici bancare prudente și sănătoase precum și a reglementărilor specifice în domeniul protecției consumatorilor. În acest sens, băncile nu mai sunt sub protecția legii, când speculând contextul economic, deturneză sensul clauzelor contractuale în scopul obținerii de profit. Acesta este și motivul pentru care pe rolul instanțelor este înregistrat un număr în creștere de acțiuni îndreptate împotriva băncilor, pentru recalcularea dobânzilor și corelarea acestora cu contextul economic, pentru inserarea de clauze abuzive etc.

⁷ Radu N.Catană, “Răspunderea băncilor față de terți pentru credite imprudente acordate clienților”, *Probleme actuale în dreptul bancar – Current Issues in Banking Law*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p.489

⁸Radu N.Catană, vezi op.cit., p.489

⁹Radu N.Catană, vezi op.cit., p.489

Contractul de servicii bancare presupune existența unei obligații de informare și de sfătuire, ca accesoriu al serviciului prestat de bancă clientului, în sensul de a completa acest serviciu spre a-l face cât mai util clientului. Obligația se restrânge la informațiile și sfaturile care privesc serviciul contractat: în ce condiții este prestat și dacă acest serviciu este adecvat nevoilor clientului. În acest sens, banca este datoare să prezinte clientului tabloul complet al efectelor juridice ale serviciului contractat și să-i ofere alternativele posibile pentru ca opțiunea clientului să fie exprimată în deplină cunoștință de cauză.¹⁰

Obligația de informare a fost recent reconsiderată, prin prisma noilor prevederi legislative. Astfel, urmărindu-se armonizarea completă, pentru a se asigura același nivel ridicat de protecție a intereselor economice pentru toți consumatorii din Uniunea Europeană, Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor a elaborat un proiect normativ care s-a concretizat în OUG 113/2009. ANPC și-a fundamentat proiectul pe o serie de factori cum ar fi: „insuficiența protecției pentru consumatori, diversificarea instrumentelor de credit, legislația foarte diferită în statele membre, aceasta din urmă determinând denaturarea concurenței, neîncrederea consumatorilor de a recurge la ofertele de credit din alte state membre și, prin urmare, îngrădirea liberei circulații a serviciilor”.¹¹

Prin OUG 113/2009 s-a introdus obligația de informare precontractuală. În temeiul acestei obligații banca va pune la dispoziția clienților sau potențialilor clienți, cu cel puțin 15 zile înainte de încheierea contractului bancar, informații cu privire la termenii și condițiile contractuale aferente serviciilor de plată, care conțin costurile totale și chiar defalcarea sumelor incluse în cont, când este cazul. Cu acordul clienților, banca poate micșora acest termen.

Persoanele interesate vor avea, în acest mod, la dispoziție, informații care să le permită compararea mai multor oferte pentru a putea lua o decizie informată cu privire la eventuala încheiere a unui contract cu banca.¹²

Potrivit aceleiași ordonanțe, în orice moment al relației contractuale, la solicitarea clientului, acesta care dreptul să primească informațiile și clauzele contractuale.

Pentru orice modificare a condițiilor contractuale, clientul trebuie să fie notificat cu cel puțin 60 de zile înainte de data intrării în vigoare. În cazul în care nu se va comunica băncii neacceptarea modificării, se va considera acceptarea tacită de către client a modificărilor.

În cazul în care clientul nu acceptă modificările propuse de bancă, el poate denunța unilateral contractul.

Clienții au dreptul de a primi gratuit, o dată pe lună, informații privind operațiunile efectuate, în modalitatea agreată cu banca. Potrivit art. 85 din OUG 113/2009 părțile contractului pot însă conveni un preț pentru furnizarea, la cererea clientului, de informații suplimentare sau într-un mod mai frecvent, sau prin alte mijloace de comunicare decât cele specificate în contractul cadru. Prețul stabilit de bancă trebuie să corespundă costurilor efective necesare pentru furnizarea informațiilor, să se limiteze la acoperirea acestora, să nu conducă la obținerea de venituri suplimentare și la descurajarea clientului de a solicita informațiile suplimentare.

Obligația de informare a băncii trebuie corelată cu obligația de onestitate a acesteia. Prin utilizarea termenului de onestitate se sugerează faptul că intenția și sursa profitului băncii trebuie să reiasă în mod clar din termenii contractului. Contractele de credit bancar, având caracterul unor acte juridice de adeziune, trebuie să fie clar redactate, ele netrebuind să fie interpretabile permițând ascunderea în spatele lor a unor interese și profituri nedeclarate și ilegale ale băncii.

¹⁰ Ion Turcu, “Drept Bancar”, Vol.2, Editura Lumina Lex, București, 1999, p.49

¹¹ Afrodita Cicovschi, “Protecția consumatorului vrea să pună la punct băncile”, Curierul Național, (Ediție din arhivă) Anul 15, nr. 5631. Luni, 15 Martie 2010, <http://www.curierulnational.ro/Eveniment/2010-03-15/Protectia+Consumatorului+vrea+sa+puna+la+punct+bancile> (accesat pe 20 martie 2010)

¹² Afrodita Cicovschi, art.cit.

Inserarea unor astfel de clauze în contract duce practic la ineficacitatea și inutilitatea obligației de informare pe care banca o are față de clienți. Nu s-ar mai justifica informarea clientului asupra existenței și conținutului unor clauze din contract, atâta timp cât banca ar acorda același clauze o altă interpretare și aplicare.

O obligație deosebit de importantă a băncilor o constituie păstrarea secretului profesional, această obligație fiind reglementată îndeosebi de OUG 99/2005. Obiectul secretului profesional îl regăsim în prevederile art. 111 (1) din ordonanța sus-menționată, fiind definit ca „toate faptele, datele și informațiile referitoare la activitatea desfășurată, precum și orice fapt, dată sau informație aflate la dispoziția instituției de credit, care privesc persoana, proprietatea, activitatea, afacerea, relațiile personale sau de afaceri ale clienților ori informații referitoare la conturile clienților – solduri, rulaje, operațiuni derulate la serviciile prestate sau la contractele încheiate cu clienții”.

În mod generic spunem că banca este cea care este ținută să păstreze secretul profesional, însă în mod concret de această obligație vor fi ținute, potrivit art. 112 al OUG 99/2005, modificată și actualizată, persoanele care exercită responsabilități de administrator și/sau conducere, ori care participă la activitatea unei instituții de credit, asupra oricărui fapt, date sau informații la care se referă art. 111, de care a luat cunoștință în cursul exercitării responsabilităților ei în legătură cu instituția de credit. Aceste persoane nu pot folosi / dezvălui nici în timpul activității și nici după exercitarea acestora fapte/date care, dacă ar deveni publice ar dăuna intereselor/prestigiului unei instituții de credit sau unui client al acesteia, persoanele care obțin informații de natură celor arătate, din rapoarte ori alte documente ale instituției de credit, dar și persoanele abilitate să solicite și/sau să primească informații de natura secretului bancar (art. 116), acestea putând utiliza informațiile respective numai în scopul pentru care le-au solicitat sau le-au fost furnizate.

Prevederi similare regăsim și în OUG 113 / 2009, privind serviciile de plată, în art. 79 (1) care dispune că „membrii consiliului de administrație, salariații BNR, precum și terțele persoane împuternicite de BNR pentru efectuarea de verificări la sediul instituțiilor de plată, sunt obligați să păstreze secretul profesional asupra oricărei informații confidențiale de care iau cunoștință în cursul exercitării atribuțiilor lor, pe perioada în care dețin această calitate și după încetarea activității în cadrul băncii ori, după caz, a relațiilor cu banca”.

Ținând cont de contextul actual, tentația pentru protagoniștii mediului de afaceri este tot mai mare, de a afla informații suplimentare și, de ce nu, chiar confidențiale, privind starea financiară și disponibilul bănesc ale celorlalți protagoniști. În această situație, intervine calitatea personalului bancar, care trebuie să se abțină în a favoriza interesul unui client în detrimentul altui client, prin divulgarea unor date cu caracter confidențial. Banca nu poate fi utilizată ca un instrument de penetrare al mediului de afaceri, prin divulgarea situațiilor financiare ale clienților.

Mai mult, în doctrină se vorbește despre obligația de discreție a băncii, obligație ce are în componență atât obligația de protecție a secretului profesional, dar și de obligația de a proteja interesul clientului băncii. Se consideră astfel că „obligația de discreție se fundamentează atât pe lege, cât și pe contractul bancar”.

În calitate de confident necesar, banca este obligată să se abțină de la a divulga informațiile confidențiale despre client, indiferent dacă divulgarea acestora ar fi sau nu de natură a-l prejudicia pe client. În calitate de prestator de servicii, banca este obligată să se abțină de a divulga orice informație despre client, chiar și neconfidențială, dacă această informație ar fi dăunătoare intereselor clientului¹³.

Obligația de discreție a băncii nu ar trebui dusă însă la extrem, întrucât nu toate informațiile sunt de nedivulgat, iar ceea ce banca este autorizată să divulge, poate fi divulgat chiar fără asentimentul clientului și chiar contra unei prestații plătite de

¹³I.Turcu, vezi op.cit., p.51

beneficiarul informației. Nu sunt considerate confidențiale informațiile care prezintă un caracter mare de generalitate (de exemplu cele pe care o bancă le comunică altora cu privire la „poziția generală” a unui client sau cele de genul „nu sunt incidente de plată”), dar nici informațiile precise care sunt deja cunoscute de un număr prea mare de persoane, pentru a mai putea avea pretenția de a fi secrete (ex.: cele referitoare la fapte care fac obiectul unei dezbateri judiciare).¹⁴

O obligație de care, în ultimul deceniu, banca nu s-a achitat cum s-ar fi convenit o reprezintă obligația de discernământ în desfășurarea activităților financiare. În activitatea de creditare banca trebuie să dea dovadă de multă prudență și luciditate. Banca nu trebuie doar să-și selecteze cu atenție clientela urmărind cu atenție credibilitatea acesteia, ci trebuie și să-și protejeze clientela prin acordarea de credite adaptate capacității de rambursare a clientului debitor deoarece un credit disproportionat cu veniturile acestuia va fi mai greu de rambursat, dar și de recuperat. Totodată, însă, creditul trebuie să aibă un quantum suficient pentru realizarea obiectivului economic al clientului, altfel eșecul acestuia ar fi inevitabil. În principiu, creditul trebuie să fie adaptat perspectivei de dezvoltare ale clientului.¹⁵

Din păcate, așa cum menționam la începutul lucrării, din dorința de a-și maximiza profitul cu orice preț, banca și-a neglijat obligația de prudență, dar și pe cea de discernământ în acordarea creditelor. Este suficient să menționăm atât de popularul credit „cu buletinul”, un produs care s-a bucurat de mare succes la publicul consumator, care nu a trebuit să aducă vreo garanție și nici nu a trebuit să justifice în vreun fel destinația creditului. Și totuși, dacă lejeritatea în acordarea creditelor s-ar fi manifestat numai față de persoanele fizice, cu totul altfel ar fi arătat situația economică și juridică a băncilor. Marea problemă a instituțiilor bancare o constituie însă în prezent numărul mare al creditelor neperformante înregistrat în rândul persoanelor juridice, și în special în rândul IMM-urilor. În principiu, companiile mari au reușit, până în prezent datorită experienței și capitalului acumulat, să-și mențină poziția pe piață și, în consecință, să-și permită achitarea obligațiilor bancare.

Acordarea creditelor neperformante reprezintă cauza principală a multor falimente bancare. Ajungând în imposibilitatea de a încasa aceste credite, băncile consumă din capitalul propriu, ajung la capital negativ, iar falimentul este următorul pas.¹⁶

Faptul că un număr tot mai mare de agenți economici a fost afectat de criza economică mondială, s-a răsfrând în mod direct și asupra băncilor, agenților economici fiindu-le tot mai greu să facă față cheltuielilor, inclusiv obligațiilor bancare. Această situație a dus la adoptare, cu rapiditate, de către bănci a unei politici mai prudente, restrictive chiar. În prezent asistăm totuși la o relativă relaxare a condițiilor de creditare. Măsurile întreprinse de bănci sunt însă tardive. Efectele negative ale politicii relaxate de creditare, fiind tot mai evidente.

În practică, probleme pentru sistemul bancar au apărut în cadrul procedurii insolvenței clientului debitor, când terții creditori ai clientului împrumutat au invocat răspunderea băncii în scopul de a o obliga la acoperirea unei părți din pasivul clientului, fie în mod direct, fie indirect, prin neluarea în considerare a creanței declarate de bancă în cadrul procedurii insolvenței debitorului.¹⁷

Acest fapt a fost posibil tot datorită nerespectării obligației de discernământ a băncii, care prin acordarea facilă a creditelor neîntemeiate pe nevoile clientului și neținând cont de situația economică a acestuia și de posibilitățile sale reale de rambursare, i-a indus pe terți

¹⁴I.Turcu, vezi op.cit., p.51

¹⁵www.jura.ro, “Contractul de credit bancar”, Domenii de drept specializate si alte domenii de drept, <http://www.jura.ro/a/48/contractul+de+credit+bancar>, (accesat pe 28 martie 2010)

¹⁶Aldea Tatiana, “Evaluarea nivelului de calitate al serviciilor bancare”, Revista de Drept Bancar și Financiar, Nr. 3-4, 2008, Editura Hamangiu, p.49

¹⁷ Radu N.Catană, vezi op.cit., p.489

în eroare, creîndu-le iluzia unei încrederi nemeritate de clientul debitor, sau o aparanță de solvabilitate a acestuia. Mai mult decât atât, banca nu a făcut altceva decât să agraveze pasivul clientului debitor a cărei situație a devenit iremediabil compromisă în acest fel.

Pentru a putea trage banca la răspundere în temeiul obligațiilor de prudență și discernământ ale acesteia, trebuie îndeplinite însă anumite condiții, unele din acestea trebuind să preexiste încheierii contractului de creditare, altele trebuind să fie ulterioare acestuia.

Condițiile preexistente acordării creditului necesare pentru angajarea răspunderii băncii sunt pe de o parte existența unei situații financiare iremediabil compromise clientului în momentul creditării și, pe de altă parte, cunoașterea de către bancă, a situației acestuia.

Numai dacă situația financiar-patrimonială a clientului împrumutat este în mod categoric compromisă la data acordării creditului, se poate pretinde că susținerea clientului din partea băncii a contribuit în mod direct la agravarea culpabilă, artificială a pasivului acestuia, spre insatisfacția creditorului.

Este evident faptul că decăderea financiară iremediabilă a debitorului, client al băncii, este o situație de fapt ce va fi apreciată de instanța de judecată, care va ține cont de situația financiară aparentă a debitorului la momentul creditării, situație pe care banca putea să o cunoască, iar nu de situația reală pe care numai debitorul (conducerea agentului economic debitor) o putea cunoaște¹⁸.

Pentru a putea fi invocată răspunderea băncii într-un asemenea litigiu, trebuie demonstrat faptul că banca a fost în cunoștință de cauză atunci când a acordat creditul unui client aflat într-o situație economică iremediabilă. Dovada cunoașterii acestei situații trebuie făcută de creditorul care invocă răspunderea băncii, întemeiată pe obligația de discernământ în activitatea de creditare a acesteia. Soluționarea cauzei se va face în funcție de întinderea și intensitatea obligației de a se informa, pe care instanța o atribuie băncii, raportându-se la normele și legislația ce guvernează activitatea bancară. Această obligație a băncii va fi mai aspru apreciată decât obligația de informare a oricărui alt subiect de drept, ținându-se cont de caracterul profesionist al activităților bancare.

Banca este datoare să se informeze cu privire la situația clientului, astfel încât să poată avea discernământ, respectiv să poată distinge între situațiile care sunt sau nu periculoase pentru client, respectiv pentru terți.

Un caz de imprudență bancară pus în evidență de doctrina juridică și preluat din jurisprudența franceză, este acela în care banca se încrede în documente contabile, produse de client, documente ce prezintă neregularități formale, ce puteau induce unui profesionist îndoiala legitimă asupra contrafacerii documentelor¹⁹.

Se apreciază că răspunderea băncii poate fi angajată față de terți și atunci când banca nu își îndeplinește obligația de prudență în ce privește selectarea clientelei, în sensul că situația financiară a clientului este corespunzătoare. Răspunderea băncii într-o asemenea situație va putea fi invocată de către terții afectați și interesați atunci când banca furnizează clientului un credit disproporționat cu nevoile sale, fapt ce conduce în ultimă instanță la încetarea de plăți a clientului.

Așa cum am evidențiat și anterior, banca trebuie să acorde clientului său un credit adaptat nevoilor sale, corespunzător perspectivelor de creștere economică, dar și posibilităților de rambursare ale clientului. Tot doctrina juridică, mergând pe aceeași linie a jurisprudenței franceze, a evidențiat acele situații în care s-a statuat că banca este culpabilă dacă valoarea creditului este excesiv, disproporționat de mare (sau de mică) față de nevoile

¹⁸ Radu N.Catană, vezi op.cit., p.495

¹⁹ Radu N.Catană, vezi op.cit., p.499

și posibilitățile clientului, ceea ce echivalează cu un credit „ruinător” pentru acesta²⁰.

Comportarea neadecvată, neprofesională și chiar nelegală a băncii, izvorâtă din nerespectarea obligațiilor profesionale ale băncii, între care și cele evidențiate, anterior,, a dus la apariția pe rolul instanțelor de judecată, a numeroase litigii, în care rolul de pârât îl joacă banca.

Același rol ingrat îl joacă banca și în cadrul contestațiilor aflate în soluționarea ANPC. În relația client-bancă-instanță, ANPC și-a asumat un rol activ, în virtutea competențelor sale legale. Astfel, potrivit ANPC, un număr mare de hotărâri judecătorești au fost favorabile cererilor făcute de ANPC, de modificare a clauzelor abuzive sau nelegale din contractele de credit. Drept urmare, bancile au fost nevoite să modifice contractele-cadru și să excludă sau să modifice respectivele prevederi.²¹

În 2009, ANPC susține că a aplicat instituțiilor bancare amenzi de aproximativ 700.000 de euro și că a trimis în instanță 140 de dosare, al căror obiect îl constituie contracte bancare ce conțin clauze abuzive sau ilegale.

Rolul activ al ANPC în armonizarea relațiilor client-bancă s-a evidențiat recent prin aprobarea OUG 113/2009 propusă de acesta, prin care au fost introduse în sfera actelor normative bancare reglementări noi, menite să sporească transparența relațiilor client „consumator” - bancă. Ordonanța de urgență mai sus menționată prevede în art. 178 faptul că pentru asigurarea respectării dispozițiilor sale, părțile interesate pot fie să sesizeze ANPC pentru situațiile expres prevăzute de ordonanță, fie să inițieze acțiuni în justiție împotriva „prestatorilor de servicii de plată” care încalcă dispozițiile ordonanței.

Ordonanța de urgență în discuție introduce și un nou subiect, căruia i se pot adresa „consumatorii” de produse bancare, și anume BNR. Potrivit art.178(4), utilizatorii serviciilor de plată se pot adresa BNR în calitate de autoritate de supraveghere prudențială a instituțiilor de plată, în cazul încălcării de către acestea din urmă a obligațiilor expres prevăzute de OUG 113/2009.

BNR trebuie să asigure aplicarea unor proceduri extrajudiciare de reparație, adecvate și eficiente, pentru soluționarea reclamațiilor cu care este sesizată din partea „utilizatorilor” de servicii de plată care se consideră prejudiciați de către prestatorii de servicii de plată ce își desfășoară activitatea pe teritoriul României (art. 179(1)).

Ordonanța de urgență la care ne referim conține, de asemenea, prevederi refritoare la crearea unui compartiment specializat în structura BNR, compartiment ce va asigura medierea diferendelor apărute între diferitele categorii de prestatori de servicii de plată prevăzute de ordonanță și utilizatorii serviciilor de plată, potrivit reglementărilor emise de BNR (art.179 (2)). acest compartiment specializat va fi abilitat să emită puncte de vedere cu caracter consultativ cu privire la diferendele care nu au făcut obiectul medierii de către BNR, dacă instanța sesizată cu soluționarea unor litigii de natura celor menționate de ordonanță le vor solicita (art. 179 (3)).

Un aspect interesant prevăzut de OUG la art. 179 (4), aspect ce vine să încurajeze recurgerea părților la noile competențe și atribuții date în seama BNR, este acela că procedura de soluționare a diferendelor de către compartimentul de specialitate din structura BNR este gratuită.

Procedura de soluționare a contestațiilor de către BNR este facultativă. OUG lasă la dispoziția „consumatorilor” modalitatea de soluționare a disputelor pe cale extrajudiciară.(art. 178(3)). o astfel de modalitate o poate constitui medierea, soluționarea diferendelor prin recurgerea la serviciile unui mediator independent specializat în probleme bancare.

România este printre ultimele țări europene care a creat instituția mediatorului bancar, instituție ce permite soluționarea mai rapidă și mai puțin costisitoare a conflictelor între client și bancă, înainte de a se ajunge la instanță. În Marea Britanie opiniile mediatorilor sunt obligatorii, avându-se în vedere faptul că legislația prevede că la judecatori nu trebuie să ajungă decât acele

²⁰ Radu N.Catană, vezi op.cit., p.501

²¹ Simona Dobre, “Top 3 reclamații la ANPC: români contra băncii!”, www.incont.ro, 11 februarie 2010, <http://www.incont.ro/banci/bancile-amendate-cu-700-000-de-euro-pentru-dobanzile-mari-si-clauzele-abuzive.html> (accesat pe 10 martie 2010)

litigii care nu pot fi soluționate pe calea medierii. Soluțiile date de mediatori sunt obligatorii și în state precum Spania sau Republica Cehă. În Germania, litigiile care au ca obiect sume mai mici de 750 de euro se pot soluționa doar pe cale amiabilă. În state precum Austria, Grecia sau Polonia, opinia mediatorului are statutul de recomandare.

În România, prima inițiativă de a crea instituția mediatorului bancar, ca o structură aflată în subordinea băncilor, a aparținut Asociației Române a Băncilor care a inițiat un astfel de proiect în 2006. Consiliul Concurenței, a condiționat la momentul respectiv, acordarea avizului de înființare, de existența unor profesioniști în domeniu, mediatori bancari, specializare ce nu a fost prevăzută în sistemul de învățământ românesc. De asemenea Consiliul Concurenței a considerat necesar ca mediatorii bancari să se organizeze într-o asociație de profil, de unde să fie desemnați în soluționarea plângerilor.²² Toate aceste condiții impuse pentru înființarea mediatorului bancar ca structură competentă în soluționarea extrajudiciară a conflictelor dintre client și bancă, au dus la stagnarea proiectului.

Independent de evoluția acestui proiect, în decembrie 2009 s-a constituit Uniunea Mediatorilor Bancari din România, formată din mediatori autorizați în baza Legii 192/2006, privind medierea, organizarea și exercitarea profesiei de mediator. Scopul înființării UMBR este de a oferi părților interesate într-un conflict cu banca posibilitatea soluționării pe cale amiabilă a diferendelor apărute. Rolul mediatorului bancar este de a găsi o soluție avantajoasă pentru ambele părți. Procedura medierii oferă avantajul soluționării mai rapide, mai eficiente, mai puțin costisitoare și confidențiale a diferendelor, raportat la soluționarea acestora de către instituțiile cu atribuții judiciare sau jurisdicționale deja existente din România.²³ Mediatorii sunt de profesie juriști, economiști și specialiști finanțe-bănci, având pregătirea necesară în domeniul medierii conflictelor financiar-bancare și în orice domeniu de activitate, respectiv, civil, penal, administrativ etc.

Era necesară apariția în România a UMBR, mai ales ținându-se cont de faptul că la ANPC nu pot fi depuse contestații decât de către persoanele fizice, persoanelor juridice rămânându-le la dispoziție calea solicitării soluționării problemelor cu banca direct în fața instanțelor de drept comun.

„Consumatorii” de produse bancare din România sunt însă reticenți deocamdată în a apela la serviciile unui mediator bancar.

Pe fondul acestor numeroase probleme juridice care au încolțit sistemul bancar, se remarcă o pregătire tot mai temeinică a sistemului defensiv al acestora. Una din măsurile tot mai frecvent utilizate de către bănci pentru consolidarea poziției în fața contestatorilor o reprezintă angajarea într-un număr tot mai mare a consultanților de risc. Băncile au avut în totdeauna o politică de protecție în fața riscurilor, politică ce este aplicată și condusă de departamente de specialitate din cadrul băncii. Poziția actuală a băncilor, în sistemul economic puternic zdruncinat de recesiunea mondială, este una deloc favorabilă, motiv pentru care acestea au considerat necesar să-și întărească departamentele existente, ajutând astfel la minimalizarea riscurilor și la prevenirea situațiilor conflictuale. Analistul de risc bancar urmează să evalueze totalitatea riscurilor de credit existente sau potențiale, stabilind în baza grilelor și rapoartelor întocmite și a calculului indicatorilor specifici, stabilindu-se un punctaj de risc pentru fiecare client în parte. La analiza de risc a clientului sunt analizate domeniul de activitate din care face parte, analiza cantitativă și calitativă a activității desfășurate de client etc.

Pentru bănci a devenit o prioritate majoră prevenirea riscurilor de creditare, ținându-se cont și de faptul că recuperarea integrală și la timp a acestora este absolut necesară pentru restituirea depozitelor încredințate. Nerambursarea completă și la scadență a creditelor de către clienți a generat apariția unor litigii în care banca a fost trasă la răspundere de către cei care au dorit sa-și recupereze depozitele. Multe bănci afectate de recesiune s-au aflat în imposibilitatea de a restitui integral sau la timp depozitele încredințate.

²² www.financiarul.com, „Mediatorul bancar în rol de Fata Morgana”, 14 mai 2008, http://www.financiarul.com/articol_2975/mediatorul-bancar-in-rol-de-fata-morgana.html (accesat pe 10 martie 2010)

²³ www.juridice.ro, „Uniunea Mediatorilor Bancari răspunde Asociației Române a Băncilor”, <http://www.juridice.ro/uniunea-mediatorilor-bancari-raspunde-asociatiei-romane-a-bancilor.html> (accesat pe 15 martie 2010)

În acest context european Comisia Europeană a solicitat îmbunătățirea reglementărilor referitoare la garantarea depozitelor bancare, în special în privința finanțării acestora de către bănci, pentru a evita repetarea unor litigii apărute în urma crizei financiare.²⁴

CONCLUZII

Putem spune că la nivel mondial, băncile se află într-unul din cele mai dificile momente din ultimele decenii. Având în vedere faptul că băncile gestionează majoritatea resurselor financiare ale indivizilor și statelor, acestea își asumă o mare responsabilitate dar și rolul de profesoist pe piata financiară. În aceste condiții, băncile pot fi și trebuie să fie trase la răspundere pentru modul în care își gestionează activitatea și capitalul atras.

Chiar dacă băncile au o mare culpă în generarea situației în care se află, nu trebuie uitat aportul pe care ele l-au adus la dezvoltarea economică și socială în trecut. De aceea este recomandabil ca atunci când instanțele urmează să soluționeze litigii în care băncile se află în poziția de pârât, să aprecieze cu o oarecare bunăvoință răspunderea acestora întrucât susținerea băncilor se poate dovedi foarte importantă pentru societățile care traversează dificultăți financiare.

Pentru a evita pe cât posibil tragerea la răspundere de către persoanele interesate, în prezent, băncile trebuie să-și revizuiască conduita, să adopte o politică mai prudentă, să urmărească obținerea de profit prin desfășurarea de activități corecte și transparente, dar și să se implice activ, prin măsuri eficiente, în redresarea economică și financiară a clienților, și implicit a statului în care își desfășoară activitatea.

Referințe bibliografice:

1. Nicolae Hoanță. "Bani și bănci". Ed. Economică. București. 2001.
2. Radu Bufan. Robert Ștefan. "Elemente de analiză juridică a riscului de credit" *Probleme actuale în dreptul bancar – Current issues in banking law*. Ed. Wolters Kluwer. București. 2008.
3. Radu N. Catană, "Răspunderea băncilor față de terți pentru credite imprudente acordate clienților", *Probleme actuale în dreptul bancar – Current Issues in Banking Law*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008.
4. Ion Turcu. "Drept Bancar". Vol.2. Ed. Lumina Lex. București. 1999.
5. Afrodita Cicovschi. "Protecția consumatorului vrea să pună la punct băncile". *www.curierulnațional.ro*. (Ediție din arhivă) Anul 15, nr. 5631. Luni, 15 Martie 2010. <http://www.curierulnational.ro/Eveniment/2010-03+15/Protectia+Consumatorului+vrea++sa+puna+la+punct+bancile>.
6. www.jura.ro. "Contractul de credit bancar". *Domenii de drept specializate si alte domenii de drept*. <http://www.jura.ro/a/48/contractul+de+credit+bancar>.
7. Aldea Tatiana. "Evaluarea nivelului de calitate al serviciilor bancare". *Revista de Drept Bancar și Financiar*. Nr. 3-4. 2008. Editura Hamangiu.
8. Simona Dobre. "Top 3 reclamații la ANPC: români contra bănci!". *www.incont.ro*. 11 februarie 2010. <http://www.incont.ro/banci/bancile-amendate-cu-700-000-de-euro-pentru-dobanzil-e-mari-si-clauzele-abuzive.html>.
9. www.financiarul.com. "Mediatorul bancar în rol de Fata Morgana". *Finanțe*. 14 mai 2008. http://www.financiarul.com/articol_2975/mediatorul-bancar-in-rol-de-fata-morgana.html.
10. www.juridice.ro. "Uniunea Mediatorilor Bancari răspunde Asociației Române a Băncilor". <http://www.juridice.ro/uniunea-mediatorilor-bancari-raspunde-asociatiei-romane-a-bancilor.html>.
11. www.bzi.ro. "Îmbunătățirea regulilor de garantare a depozitelor bancare". 20 februarie 2010. <http://www.bzi.ro/imbunatatirea-regulilor-de-garantare-a-depozitelor-bancare-158916>.

²⁴ www.bzi.ro. "Îmbunătățirea regulilor de garantare a depozitelor bancare", 20 februarie 2010, <http://www.bzi.ro/imbunatatirea-regulilor-de-garantare-a-depozitelor-bancare-158916> (accesat pe 15 martie 2010)

THEORETICAL AND PRACTICAL ISSUES CONCERNING THE IMPLEMENTATION OF CEDO'S JURISPRUDENCE IN THE CASE OF PROPERTY BY THE NATIONAL JUDGE

MIRELA ALEXANDRA STOIAN¹

Abstract

Romania through the Law no.30/18.05.1994 Law, ratified the Convention on Human Rights and fundamental freedoms.

This has made the task of the Romanian state, as a contracting party, the obligation to transpose into national law by accession commitments consisting of honoring international obligations and harmonization of national legislation with the jurisprudence stemming from the interpretation of the Convention and its Additional Protocols.

After ratifying the European Convention on Human Rights by Romania, it becomes part of the system of law that can be invoked by any matter of law before national courts.

The function of the national judge is magnified, he becomes the defender of individual freedoms recognized on European plan, which is required for the interpretation and application of national law in compliance with the Convention.

General considerations

As of 20.06.1994, Romania ratified² the European Convention for the Protection of Rights and Fundamental Freedoms and recognized the jurisdiction of the Court in Strasbourg, with the right to appeal against decisions of individual citizens to national courts.

The legal force of the Convention in order national law results from constitutional provisions.

Thus, according to article no. 11 of the Constitution, "the Romanian State pledges to fulfill in good faith and perform his obligations in the treaties it is party", and in paragraph no. 2 of the same article provides "that the treaties ratified by parliament, law are part of the law".

Application priority to human rights norms contained in international treaties to which Romania is a party, finds regulation in Article 20, item 2 of the Constitution which provides that:" where there is inconsistency between the covenants and treaties on fundamental human rights to which Romania is party and national laws, international regulations have priority."

Basic Law applies in accordance with international standards contained in international documents and treaties to which Romania is party, under the provisions of Article 20, item 1 of the Constitution, which states that "the constitutional provisions on citizenship rights and fundamental freedoms shall be interpreted and applied in accordance with the Universal Declaration of Human Rights, the covenants and treaties to which Romania is party".

Provisions of article no. 20 paragraph 2 of the Constitution indicates how to handle a possible conflict between the Convention, the Treaty on Human Rights, to which Romania is party and regulations, meaning that international regulations have priority unless the Constitution or laws contain more favorable internal dispositions.

These legal dispositions find its applicability only if the internal rules governing human rights are more restrictive than the Convention.

From a procedural viewpoint, the existence of any contrariety between an internal rule relating to a right protected by the Convention and its additional protocols and provisions of the

¹ Judge, Tg. Jiu Court (e-mail: amstoian2006@yahoo.com).

² Law no.30/18.05.1994 was published in the Official Gazette, Part I, no.135/31.05.1994

Convention can be inserted before any Romanian public authorities with responsibility under the law at issue, including the courts.

Sanction applicable in such circumstances is contrary to the Convention on the inapplicability of the internal standard for the legal practice and the conflict situation examined competent public authority³.

After ratifying the European Convention on Human Rights by Romania, this one became part of the system and become directly applicable law.

European Court is directly applicable in the Romanian law is constitutional and over legislative force⁴.

Romanian state authorities faced with the provisions of the Convention and additional protocols, are bound by the CEDO jurisprudence, whether the solutions given by the Strasbourg Court, relating to judgments against Romania or the solutions imposed on other States Parties to the Convention.

The role of the national judge in CEDO jurisprudence

National judge is the judge of the common law of the Convention, whose responsibility it is to ensure punishment of law guaranteed by the European Convention on Human Rights⁵.

For each Member which has ratified this Convention has the obligation to respect the rights guaranteed by the Convention but also to eliminate the consequences of any violation by the national authorities.

The function of the national judge is outlined in the national court that the defender will implement the rights and freedoms of European contecios court, but must be interpreted and applied in accordance with national law case stemming from the interpretation of the Convention and its additional Protocols.

Through priority-subsiary game, the national court is urged to enrich the law, finding its potentiality in November, which encourages him to discover the CEDO, to supplement national law calling the Convention "to fill" gaps or to correct its deficiencies, and, finally, if national law "to reject when it is incompatible with Convention requirements"⁶.

Stated in the doctrine⁷ that the national court must be able to gradually remove its own initiative, the application of domestic legislation forming possibly an obstacle to fully effective, direct rules of the Convention.

Convention is subsidiary to national systems to safeguard human rights as enshrined in the Convention provisions aimed at replacing the rules of law and supplementing and eventually fill the gaps in national legislation.

Under the principle of subsidiary, the European Court recognized the freedom of choice of national measures implementing obligations under the Convention.

When deciding on an individual application, the Court doesn't decide in abstarcto so that it is required to assess compliance with the agreement of a national legal text, but how this text was applied to increase the interest. Thus, the court refused to set up for edicts legislator and general rules that determine the behavior of states⁸.

³ C. Bîrsan European Convention on Human Rights, Commentary on articles, Volume I, Rights and Liberties, Publishing House All Beck, Bucharest 2005, p.102

⁴ C.L. Popsecu, International protection of human rights, resources, institutions and procedures, Publishing House All Beck, Bucharest, 2000, p.150. p.151

⁵ F. Sudre, European law and international human rights Polirom Publishing House, Bucharest 2006, page 159

⁶ F. Sudre, the mentioned work, p. 159

⁷ O. J. Guillardmod „ Autonomie procédurale des Etats (articles 6,13,26 et 53 CEDH): de l'apport possible de la Jurisprudence de Luxembourg a celle de Strasbourg" in „ Mélanges en l honneur du Président Rolv Ryssdal", 1999

⁸ B. Selejean-Guțan, Protection of Human Right, Publishing House All Beck, Bucharest 2004, p. 37

States that have ratified the European Convention on Human Rights have some discretion in applying the Convention. National discretion allows states some discretion if, under court supervision in Europe.

Practical aspects concerning CEDO jurisprudence application in property matter by the national judges

Plaintiffs CM and VM have sued the defendant inconsistent with the UCC in the application Bălești Commission Local Law 18/1991 and Gorj County Commission to establish ownership of land, requesting that the court ruling will decide to declare invalid part of the absolute property title no 009751/18.09.2002 U.C.C. issued on behalf of the defendant property and preliminary acts which gave rise to the issue of title, respectively the County Commission Case no. 50/1991 and minutes of the livery.

As grounds for action, the applicants stated that on 18.09.2002, for defendant UCC has been issued the property title no. 009751 ordering the reconstruction of property rights in his favor, for the area of 2932 square meters land located on the territory of the commune Bălești, Ceauru village, Gorj county.

Plaintiffs argued that the defendant leather surface by the above title, area of 0.1776 hectares, located in the built village Cornești field 231 and 0.0278 ha area inside the point Jaleș belongs plaintiffs, as heirs of the deceased V.N.I.

Applicants have stated that the property title issued in favor of the defendant was not done with the procedure laid down by Law no. 18/1991, meaning that no decision was based on a county committee, a matter which has been communicated by the address no. 3472/2005.

Defendant U.C.C. filed the case in which the defense requested rejection of the proceedings.

The grounds of defense, defendant stated that title was released under Law no. 18/1991 under reconstruction demand made by him requesting the return of land included in CAP by its author U.N.C., according to agricultural register in the period between 1959 -1963.

The defendant claimed that the area of agricultural registry was validated by the County Commission Case no. 50/1991, and the same year, he was put in possession of certificates of ownership under no. 243/08.04.1991.

He noted that under Law 18/1991 defendant was not necessarily rebuild the old site ownership, and the ownership documents issued by the local committee under Law 18/1991 remain valid under Law 1/2000 and Law 247/2005. He also noted that a part of the land in question is a house, which, by civil sentence no. 5850/1998 of the Court of Targu Jiu, it went to the lot, the effect of the interruption state of possession.

Respondent Commission Local application of Law 18/1991 Bălești, filed in the case file, through its representative in court, legal counsel I.G., event, except the alleged lack of interest in promoting the application of the applicants of the proceedings on the ground that the area of 27.12 hectares, validated by HCJ no. 3138/12.04.2002 was reconstituted in favor of plaintiffs as heirs of the author V.N.I., which have title deeds no. 0010761/27.02.2006 for area 27.1206 hectares. and no. 0010394/06.07.2004 for area 0.9394 hectares, plus the area of 10 hectares validated in damages by HCJ no. 3074/25.02.2002, annex table no. 39.

She also cited the respondent that the applicants were also judged contradictory Bălești Commission Local Land Fund, the land of Jaleș Points, but the court forced them to rebuild their village land Bălești radius and not on the old position under civil decision no. 271 A/15.0.32005 the Court Gorj no irrevocable decision. 2993/2005 Court of Appeal Craiova.

It was also stated that the defendant can not be considered to rebuild justified person ownership because the record justifies the author's ownership in the period 1959-1963 U.N.C. It was also showed that the title was released under Law 18/1991, land allocation is not binding on the old site, and the petitioners have made application for restoring ownership in 1991.

Of corroborating the evidence that the court held as follows:

The claimants C.M. and V.M. are legal heirs of the author S.M. held area 54.5552 hectares the area was common Cornești Bălești now, it was taken over by the Romanian State Decree 83/1949, according to Form for evaluation and heritage inventory assessment of the S.M.-called. After land acquisition by the Romanian state, he went into administration Cornești former farms, which over time was transformed into IAS Cornești and since 1990 in SC Ceres SA.

On the occurrence of Law 18/1991, the land is managed by Ceres SC, being requested by the plaintiffs as heirs of the author S.M., during which between applicants and SC Ceres SA were lease contracts for area 10 hectares.

After setting up Law 1/2000, the applicants lodged several requests for restoring ownership of agricultural land and the difference from the author S.M. and by HCJ no. 3074/25.02.2002, local committee has endorsed a proposal to fund reconstruction Basesti land ownership in favor of the claimants for the area of 46.4 hectares agricultural land. Since the applicants were not placed in possession of the land which belonged to author their, S.M. they have promoted the application of summons before the court Targu Jiu registered under no. 3531/2004, in which it was pronounced the civil sentence no. 7296/15.11.2004 Court of Targu Jiu.

According to the above sentence, the court ordered the Commission Bălești Local Land Fund to draw up and submit documentation to release the ownership title to the area of 6 hectares. agricultural land located in Section Jaleș, field 231, the old site in favor of plaintiffs.

Against the above sentence was appealed and the decision no. 231 A/15.03.2005 Gorj Court has upheld the appeal court decision changed the purpose of reconstruction fund ownership in favor of the claimants for the area of 6 hectares the radius of the village farmland Bălești, without specifying from which author and location.

In this decision, the Commission issued Land Fund Local applicants for more equities than on another site that had previously been taken from the author S.M. State, claiming that it was not obligatory for reconstitution of ownership applicants old position, as it follows from the decision of the appeal.

The court finds that plaintiffs V.M. and C.M. have acquired the status of SC Ceres SA shareholders, former IAS Bălești aspect arising from the witness heard that statement, called C.G. tab attached to the file 150.

A witness reported in its statement that it has met the quality director of Ceres SC Targu Jiu, knowing that the disputed land belonged to my grandparents and parents of applicants, namely: S.M., V.I. and V.N., was taken over by the state under D 83/1949. A witness stated that two applicants, during 1990 sought to reconstitute the Commission Bălești Local, which asked to be recognized as shareholders to Targu Jiu SC Ceres area of 10 hectares which includes the disputed land.

During 1991, the Commission Bălești Local Land Fund, a shareholder acknowledged petitioners for land in dispute and he entered them in the Annex no. 19 of Law 18/1991, which was handed to the witness as a director at SC Ceres SA.

Appearance that the applicants were enrolled in Annex Table 19 Law 18/1991, and results through the address no. 9729/30.10.2008 Com Hall Bălești issued, which was filed in the case file, the deadline date of 14/11/2008.

A more evident the court, witness C.G., that the surface 9 of the 10 hectares, applicants have become shareholders of SC Ceres Targu Jiu and receiving dividends in cash. The witness stated that in 1992, several owners of Bălăcești village, commune belonging Bălești, were reconstituted in common ownership Bălești village Cornești authors applicants belonging to the ancient sites and the old site that belonged to those people in Bălăcești village.

That, in 1997, the complainants were not paid dividends in May due to financial situation in which SC was Ceres SA, indicating that this witness knows that the field 231 belonged to plaintiffs authors, but this land ownership was reconstituted in for others.

Of all the material in question given probation, that the reading of existing case file documents with the proposed C.G. witness testimony and arguments raised by plaintiffs and defendant respondent Commission Local Land Fund by the defense, court finds that the plaintiffs except the lack of interest in promoting the application of the proceedings is unfounded and will be rejected and the substantive application of the proceedings is based in part, to be granted in part, for the following reasons:

It was claimed by the respondent Commission Bălești Local Land Fund, by the welcome that the applicants do not justify the interest in promoting the application of the proceedings, since these documents have been issued to all property which belonged to the area validated the author S.M.

The court holds that plaintiffs can establish an interest in promoting the application of the proceedings, since they all applications through reconstitution made under Law 18/1991, under Law 1/2000, Law 169/2007 and Law 247 / 2005, called for restoring ownership to make the old position which belonged to their author, S.M., proven acts of ownership.

Although called restoring property rights to the old site, which they proved the old property documents, issue resulting from the expert report prepared in case of T.T. judicial technical expert, in case no. 3531/2004 of the Court from Targu Jiu, the respondent Commission Local Land Fund has not issued in favor of plaintiffs title to the old site for all land that belonged to author plaintiffs, called S.M., including the land in dispute.

May be retained by the court that the applicants were refused by the local commission proposed location of the land fund, which coincided with the old position of the author, considering the applicants that the site proposed by the Committee over the land is lower than their author.

In such case, the plaintiffs justified interest in promoting the application of the proceedings, especially given that the emergence of land laws, they had several disputes with the respondent Commission to fund land Bălești precisely because calls for restoring ownership for them to be on the old site.

The court finds that plaintiffs were wrongfully deprived of their ownership by the local Committee of the land, whereas the land in dispute they received dividends as shareholders of SC Ceres SA issue arising from the statement of witness C.G., 150 tab attached to the file, to meet quality control director of the SC Ceres SA and the address no. 9729/30.10.2008 Com Hall Bălești issued.

In such a situation, since local commission acknowledged that the applicants are entitled to be enrolled in the anexa no. 19 respectively to be recognized as shareholders of SC Ceres SA for the disputed land since 1991, appears as abusive reconstruction ownership in 2002 through the issue of a defendant's property for U.C. effect reconstruction of property rights in kind for the defendant, before the same committee after the local land fund shareholders to recognize the quality of applicants for the same land.

Recognition of shareholders in favor of plaintiffs and therefore the dividends received by them, is tantamount to recognition of the applicants for a "good" as that term is understood in the case stemming from article no. 1 of the First Additional Protocol of the European Convention on Human Rights, ratified by Romania by L. 30/1994.

Date of issue of the ownership for the defendant U.C. 18.09.2002 respectively, was in force Law 30/1994, which Romania ratified the European Convention on Human Rights and its Additional protocols that are implicitly part of the Convention. Article 1 of the First Additional Protocol of the European Convention on Human Rights guarantees every citizen ownership of his property and judicial responsible bodies and state bodies are obliged to comply with the provisions in the Covenant, and where they come contrary to the rules, to apply with priority provisions contained in treaties and conventions to which Romania is party.

Since the applicants were admitted as shareholder of the land in dispute, including dividends were granted, matters for them is tantamount to recognition of ownership of property over a "good", the local body of the land could then be reconstitute for such ownership to another person in violation in this case dispositions article no.1 of the First Additional Protocol of the European Convention on Human Rights, which guarantees the right of ownership.

Land Protection Fund Commission Local Bălești, meaning that applicants have applied in 1991 for restoring land ownership that can not be accepted by the court since the applicants were admitted as shareholder, appearing in Annex no. 19 of Law 18/1991. Also can not be accepted local defense committee that Law 18/1991 not require the reconstruction of property rights to land on the old site for the following reasons:

It is true that the dispositions of the Law 18/1991 requires no reconstitution of ownership of the persons entitled to the old site, but the case before trial is a different factual situation in that the applicants were admitted and received a shareholder dividend for the land in dispute during 1991-1997, and later, in 2002, the Local Commission Land Fund awarded the property in kind, for defendant UCC, which hold the old village site on the old range Balcesti, belonging to the municipality and the area Bălești Ceauru village, where applicants have owned the old site authors.

For the reasons exposed, it will accept the application for the proceedings, the purpose of finding absolute nullity in part of the ownership title no. 009751/18.09.2002, issued for defendant U.C.C., the surface of 1498 square meters, field 231, wedge A 19 / 2, and the minutes of livery no. 9565/09.09.2002 the same area of 1498 square meters (field 231, wedge A 19 / 2).

Will reject the application on the end of the HCJ absolute nullity no. 50/1991 on the defendant U.C.C., as defendant the person entitled to property rights for surface reconstruction which has partially annulled title issued in favor of this request of the proceedings, but the author's old position which belonged to the applicants, but on his old site where it is free, or at another location provided by the local commission, in reserve, where there is no free land.

For the reasons set out, the court saw the dispositions of article 1 of the First Additional Protocol of the European Convention on Human Rights, article 11 of Romania's Constitution, Law 30/1994 and article III point 1 of the Law 169/1997, as amended by Law 247/2005, rejected the plea of lack of quality applicants interest in promoting the application of the proceedings the respondent raised by event, and in substance admitted demand side of the proceedings brought by the plaintiffs.

Conclusions

After ratifying the European Convention on Human Rights by Romania national judge function is enhanced, it became the defender of individual rights and freedoms recognized at European level, which is required for the interpretation and application of national law in compliance with the Convention.

In the present case presented above, the national court has made a priority application of the provisions inserted in article 1 of the First Additional Protocol of the CEDO, considering specifically the case if the application of national legislation in relation to recovery of property rights case law contrary to the European court litigation, by its analysis of the concept of 'good' prospects.

References

1. Berger, V., *Jurisprudența CEDO, ediția a IV-a, Institutul Român pentru drepturile omului*, București, 2003;
2. Bîrsan, C., *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole, vol. I, Drepturi și libertăți*, Ed. All Beck, București, 2005;
3. Bîrsan C., *Dreptul de proprietate în CEDO aplicații ale jurisprudenței*, Revista de drept

public nr.4/2004;

4. Chiriță R., *Convenția europeană a drepturilor omului comentarii și explicații Volumul II*, Editura C.H. Beck, București 2007

5. Humbert A., *Drept internațional și drepturile omului în Constituția României*, în R.R.D.O.-APADOR-CH, București;

6. Guillardmod O. J. *Autonomie procédurale des Etats (articles 6,13,26 et 53 CEDH): de l'apport possible de la Jurisprudence de Luxembourg a celle de Strasbourg* în „Mélanges en l'honneur du Président Rolv Ryssdal”, 1999 ;

7. Popescu C-L., *Protecția internațională a drepturilor omului-surse, instituții proceduri*, Ed. All Beck, București, 2000;

8. Selejean-Guțan B., *Protecția europeană a drepturilor omului*, Ed. All Beck, București 2004;

9. Sudre F., *Drept european și internațional al drepturilor omului*, Ed. Polirom, București 2006;

10. Voicu M., *Protecția europeană a drepturilor omului, Teorie și jurisprudență*, Ed. Lumina Lex, București, 2001

THE PROVISIONS OF THE NEW CIVIL CODE IN THE FIELD OF FAMILY LAW – THE MARRIAGE –

ARDELEANU ANCA MONICA¹

Abstract

The new Civil Code (Law no.287/2009 published in M.Of.511/24.07.2009) aims to rethink the provisions in the field of family law, giving up the idea of a separate code, and also to offer a unitary regulation of all aspects of civil law, including the family law.

Beyond the new methods of regulation, the new Civil Code aims to give the Romanian society a new and adapted regulation that is in accordance with the new social realities – as a natural evolution in time – such as the legal recognition of some existing situation in everyday life (e.g. the engagement).

The aim of this paper is to analyze all these new provisions concerning the institutions such as: the marriage, the goods that spouses have achieved together, the matrimonial systems, the matrimonial conventions, etc.

Keywords: *New Civil Code, Family Law, Family Code, Marriage, Divorce, Adoption*

1. Introduction

The Civil Code is a mirror of a social system. The provisions comprised in it fulfill some actual needs and, in the same time, are trying to meet the dynamic of the social life. The Code represents a coordinator of interpersonal relationships, offering life conducting principles for those individuals that interact with other and with themselves.

The principles that govern human relationships are the same, in their essence. This is the reason why a Civil Code offers constant law principles which represents the base of any society, no matter the time or the space.

However, the profound metamorphosis of the Romanian society and of the European contemporary realities, claim the safeguarding of new social, moral, cultural and economic values, and the civil rule must answer the requirements arising from the commitments made by Romania in the process of European integration, and also from the new Romania's status as a member of European Union.

The matter studied is particularly important because some of the provisions are completely different than the provisions that is in force in present times, so for the practitioners is crucial to understand and handle these new institutions.

The paper aims to analyze which are the exact provisions that changed regarding the marriage institution in comparison with the regulation existing in the Family Code.

2. The sources of the new civil code

The new Romanian Civil Code was elaborated considering a large number of national, European and international instruments, such as: Romanian Constitution (republished) , the Civil Code, the Family Code, Quebec Civil Code, French Civil Code, Italian Civil Code, Spanish Civil Code, Swiss Civil Code, Swiss Code of Obligations, German Civil Code, Brazilian Civil Code, etc.

The most complete national regulations in the field can be found, *de lege lata*, in the **Quebec Civil Code** from 1991 – one of the main models of the Romanian draft of the New civil code – and in the **Swiss Civil Code**, for which reason these updated and extremely efficient regulations had been the main inspiration sources for the people in charge with drawing up the Romanian Draft of the New civil code.

¹ Associated Professor, University of Bucharest, Faculty of Business and Administration (e-mail: monica_ardeleanu@yahoo.com).

3. The structure of the new civil code

The New Civil Code is comprised of seven books, preceded by a preliminary title.

Book I – “About persons” – covers the civil capacity of persons (individuals and juridical persons) and reintroduces in the Civil Code the provisions of some special laws in this key area.

Book II – “About family” – proposes a rethinking of the regulations in the field of family law, giving up the idea of a separate code, as exists in the present.

Book III – “About goods” – unifies the existing provisions concerning goods, considering the solutions given by the doctrine and the jurisprudence.

Book IV – “About inheritance and other liberalities” – regulates the field of inheritance and the starting point in its structure was the necessity of revision of some important institutions such as the will.

Book V – “About obligations” – aims for a unified approach of the obligation relations, in terms of quitting the traditional division into civil relations and commercial relations and also aims for a proper protection of the consumers.

Book VI – “About prescription, decay and calculation of periods” – takes over, with substantial improvements, the provisions of Decree no.167/1958, systematized on specific topics. Further more this Book contains a general regulation of decay periods, which is an absolute novelty in Romanian civil law.

Book VII – “Provisions of international private law” consecrates the free will of spouses in terms of their freedom to choose, with some limits though, the law applicable to their matrimonial system

4. The structure of book II – “about family”

Built-up considering the provisions of international conventions ratified by Romania, such as the Convention on children’s rights, and also considering the principles comprised in European recommendations in this area, this Book replaces the actual Family Code, regulation that often does not fully protect the values of family

Title I – “General provisions” – stipulates the general principles of family law such as: social protection for the family, free consent of the spouses, equal rights for all children, superior interest of the child.

Title II – “The marriage” – contains rules regarding the fundamental conditions required to be met in order to have a valid marriage, the formal proceeding that have to be satisfied, nullity of marriage, personal and patrimonial rights and obligations, and also regulations regarding the divorce.

Title III – “The kinship” – includes provisions on blood and legal relations, descendants, maternal and paternal filiations and adoption.

Title IV – “Parental authority” – aims to regulate the rights and obligations of the parents with respect of their underage child and his goods, the way that the parental authority is carried out, possibility of loosing the parental rights, etc. This title represents only a general frame for a more detailed regulation on child protection.

Title V – “Obligation of sustentation” – contains the rules regarding the obligations that members of a family have towards each other, what is the order in which the obligation must be carried out, the conditions to be fulfilled in order to be entitled to receive sustentation, and also the criteria for establishing the amount owed.

5. New aspects regarding the marriage in the new civil code

Considering the application of the principle of civil private rules unification, in the new Civil Code² were reintroduced the provisions in the field of family law, which, traditionally, represent a part of civil law.

² Law no. 287/2009, published in M.O. no. 511/24.07.2009

The family, *the oldest institution of humanity*, as it was defined by the distinguished Professor Jean Carbonier³, has a new approach which, even though is not perfect, manages to modernize the provisions in this field, according to the contemporary values of the society. This new approach makes allowance for the new realities arisen in the field of family life generated on one hand by the evolution of the report between the freedom of the person and the family interest, which determines a bigger patrimonial independence of each of the spouses, and on the other hand generated by a new interpretation and protection of the superior interest of the child.

Generally, the new Civil Code brings a series of substantial and procedural novelties.

A. The Engagement

This institution of family law which does not exist in the present Family Code, but existed in the regulation system before that, represents the mutual promise of two persons for marriage.

Although the marriage is not conditioned by the settlement of the engagement, and the engagement is not necessary to end by settlement of a marriage, the engagement can determine legal effects in certain situations.

In the old regulation the engagement did not produce legal effects, the authors considering that the abandoned fiancé is entitled to bring to trial the other fiancé who refuses to enter in a settled marriage. Also, it was considered that the abandoned fiancé is entitled to request a compensation, considering that the prejudice can be proved⁴. In the new regulation the engagement produces some legal effects.

In the case that the engagement is off, the presents received by the fiancées in consideration of their engagement, or during the engagement in consideration of their marriage, are to be returned, except of the regular presents.

The regulation does not specify what presents are taken into consideration: the presents received by any of the fiancées from other persons, or the presents made by the fiancées to each other. In the silence of the law we consider that all presents must be returned. Also, taking into account that the law does not define which presents are considered regular, the courts will have to determine the criteria to estimate the goods that are to be returned or not.

Likewise, the fiancé that unduly breaks off the engagement or who wrongfully determines the other one to break off the engagement can be forced to pay a certain compensation.

Tutulary court – a new institution introduced by this new Civil Code – has the competency to instrument the case, and the period for exercising this right is of one year starting with the day of the breaking off of the engagement.

B. The Marriage

In the aspects regarding the marriage, the new regulation is not fundamentally different from the one in force. However we can see a tendency towards the contractualist theory of marriage, by giving the opportunity for the spouses to sign a prenuptial contract and to choose the matrimonial system or to introduce preciput clauses⁵ in their prenuptial contracts. As we can observe, the spouses are no longer forced to obey a unique imperative rule to govern their entire family life.

The new Civil Code specifically stipulates that the marriage can be concluded only by a man and a woman. Moreover the marriages concluded abroad by the persons of same sex – Romanian or foreign citizens – are not acknowledged in Romania. This is a resolute reaction of the Romanian lawgiver toward the international tendency of approving the marriages between the persons of the same sex.

³ Carbonier, J., 2004, p. 315

⁴ Hamangiu, C., Rosetti-Bălănescu, I., Băicoianu, Al., 1998, p.188

⁵ PRECIPUT, (French law) – An object which is ascertained by law or the agreement of the parties, and which is first to be taken out of property held in common, by one having a right, before a partition takes place. The preciput is an advantage, or a principal part to which some one is entitled - *praecipium jus*, which is the origin of the word preciput.

The fundamental conditions that have to be met in order to get married settled by the new regulation do not differ much from the ones contained by the Family Code, which is the regulation in force.

With respect of the name that the future spouses can choose after the marriage, in the new Civil code is inserted a new rule that allows one spouse to maintain his/her surname and for the other to combine the two surnames.

Also, a new regulation is settled with respect of the spouses' patrimonial rights and obligations. Thus, in respect of the new regulation the spouses have the opportunity to organize the patrimonial aspects of their cohabitation according with the life style and material situation of every family, between the limits settled by the law.

In this respect, the law establishes a series of general rules that are applicable to any family, no matter the matrimonial system chosen by the spouses, general rules that are gathered under the title "Patrimonial rights and obligations of the spouses".

Named „*primary imperative system*”, „*basic imperative statute*”, „*basic matrimonial statute*”⁶, „*primary matrimonial system*”, „*marriage legal effects*”⁷, this set of rules represents – as Paul Vasilescu stated⁸ – the common denominator of all matrimonial systems that exists in the national legal system. The same author defines these rules as “*a set of imperative and fundamental rules of immediate application no matter the matrimonial system chosen by the spouses*”⁹.

These rules cannot be considered as representing a matrimonial system itself and an adequate system to organize the patrimonial relationship of the spouses or the patrimonial relationship of the spouses with the third parties; it only represents a set of fundamental rules that govern these relationships and that are applicable to all married people¹⁰.

Further on the future spouses can choose one of the three matrimonial systems defined by the new Civil Code: legal community, separation of goods, conventional community.

For the clarity of the presentation, some definitions must be made for the concept of “*matrimonial system*”.

As defined in the doctrine, any matrimonial system is formed by a set of rules that govern the goods of the spouses¹¹. The object of the matrimonial system can be defined from a substantial perspective and from a legal perspective.

From the *substantial perspective*, the matrimonial system consists of the rules that are applicable to all the goods of the spouses, no matter the period or the procedure of their acquisition. Therefore, the object of regulation consists in all goods that spouses had at the moment they got married together with the good they obtained or purchased – jointly or separately – by onerous title or free of charge.

From the *legal perspective*, the goods existing in the patrimony of the spouses are regulated by a set of rules considered as a whole. Some of these rules refers to the ownership rights and they help to establish if some goods that spouses had at the moment they got married or obtained later on, if these goods are their own goods or if these goods are owned jointly. Other rules regulate the way that the spouses are allowed to administrate the goods existing in their patrimony.

Coming back to the provisions of the new regulation, it must be said that these rules stipulate the period of the matrimonial system applicability – which can overlap the duration of the marriage or can be of a shorter period if the matrimonial system is changed.

⁶ Bénabent, A., 2000, p. 155

⁷ Terré, F., Simler, Ph., 2005, p. 41

⁸ Vasilescu, P., – 2003, p. 33

⁹ Terré, F., Simler, Ph., 2005, p. 42; Vasilescu, P., – 2003, p. 33

¹⁰ Voirin, P., Goubeaux, G., 2006, p. 12

¹¹ Albu, I., 1975, p. 118; Cornu, G., 1997, p. 24; Colomer, A., 1990, p. 2; Hamangiu, C., Rosetti-Bălănescu, I., Băicoianu, Al., 1998, p.1

Other important matter established by the new Civil Code is the fact that the moment of entering into force of the matrimonial system may differ. Between spouses the moment of entering into force depends on when they adopt this system. If the matrimonial system is adopted starting with the beginning of their marriage, it enters into force the day they are celebrating the wedding. If the spouses decide to adopt a matrimonial system during their marriage, the matrimonial system enters into force at the moment decided by them, or at the moment of signing the contract. Against third parties the matrimonial system adopted by the spouses enters into force at the moment they satisfy the formalities for making it public, as required by the law.

The new regulation stipulates that choosing any other matrimonial systems – except the system of legal community of goods – requires signing a matrimonial convention. In the situation that spouses choose the legal community system, the law does not mention if they have the possibility to sign matrimonial conventions. In the silence of the law, we consider that the persons who choose the legal community system have also the opportunity to sign matrimonial conventions without changing the matrimonial system. Otherwise these persons would not have the chance of including the preciput clauses, and this would lead to discriminatory situations.

The concept of “matrimonial convention” is non-existent in our present system of law. The matrimonial convention represents the legal document – writ – through which the future spouses, exercising the freedom conferred by the lawgiver, establish their own matrimonial system or they modify, during the marriage, the matrimonial system established in the moment they got married. In other words, the matrimonial convention is the convention through which the future spouses establish the matrimonial system they agree to obey¹².

In the Romanian system of law before of the Family Code entering to force, the matrimonial convention was assimilated to the concepts of “matrimonial contract”, “institution of the endow”, “paper of endow”, “marriage contract”, an defined as being “the convention through which the future spouses regulate their matrimonial system, or else said the regulation of the status of their present and future goods, in the patrimonial relationships that emanate from the marriage”¹³.

The new Civil Code does not mention the concept of the “marriage contract”, which exists in other law systems. This concept is usually used with the meaning of “matrimonial convention”, but in other countries it represents a legal act which can contain – besides the matrimonial convention itself – some other clauses such as: child recognition, donations made by other persons to only one or both spouses, donations that spouses make to each other¹⁴. It is a part-whole relationship, the matrimonial convention representing a part, and the marriage contract representing the whole.

In the terms described by the new Civil Code, we consider that the act legalized by the notary through whom the spouses will establish the matrimonial system applicable to their marriage will be named matrimonial convention and it will contain only clauses regarding the matrimonial system chosen and, possibly, preciput clauses.

These preciput clauses – included in the new Civil Code – represent the possibility owned by the survivor spouse in order to take, without any payment and before sharing the inheritance with the other heirs, one or more goods owned by the spouses – jointly or in quotas.

Being a contract signed by future spouses or during the marriage by spouses, the conditions that have to be met regarding the legal capacity of the parties are similar with the conditions required in order the marriage to be valid.

Thus, the legal capacity for future spouses is required in the same conditions as for the marriage. The general principle of law states that the one who has the capacity of getting married, has also the capacity of signing a matrimonial convention¹⁵. This rule is nowadays a general one in

¹² Filipescu, I.P., 2000, p. 42

¹³ Hamangiu, C., Rosetti-Bălănescu, I., Băicoianu, Al., 1998, p. 4

¹⁴ Terré, F., Simler, Ph., 2005, p. 124

¹⁵ “*Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*”

the law systems that form the romano-germanic law family¹⁶.

The new Civil Code establishes also the conditions to be met by the underage person who has reached the matrimonial age can sign or modify a matrimonial convention. So, for signing a matrimonial convention during infancy, the underage person who wants to get married has to obtain the approval of his legal guardian and also the authorization from the tutelary court. The lack of the approval or the authorization is sanctioned with relative nullity, which can be conjured in a one year period starting with the wedding date.

It is our opinion that the situation described before is applicable only if the underage signs or modifies a matrimonial convention prior to getting married, because if the signing or modification of the matrimonial convention is made after the wedding celebration – during marriage – he/she cannot be considered an underage, even if he/she is not full age yet, because by marriage he/she gains full legal capacity.

Considering that the minimum age established for marriage is the age of 18 years, we appreciate that the expression "*the underage that has reached matrimonial age*" refers to the underage of 16 years old, who can get married in the exceptional situation stipulated by the Civil Code, namely when there are solid reasons, when he/she obtains the medical notice required by the law, the approval from the parents and the authorization from the tutelary court. Only in these conditions the underage person, man or woman, can perform a valid marriage.

The underage person that enters in a marriage and meets the conditions described before, can sign a matrimonial convention only with the approval of his/her legal guardian and with the authorization of the tutelary court. The lack of the approval or of the authorization can determine the nullity of the matrimonial convention signed by the underage.

In fact we are talking about meeting the same requirement as for the marriage of the underage that has reached the age of 16, so, the lack of the parents' approval or his legal guardian's approval, or the lack of the authorization from the tutelary court lead inevitably to the nullity of the marriage itself.

Therefore, as shown above, the underage person that has 16 years old need an approval and an authorization to get married, an also distinct ones for signing the matrimonial convention.

But what will happen with the matrimonial system applicable to this marriage, after the annulment of the matrimonial convention because of the lack of the authorization/approval?

The answer is given by the Civil Code that stipulates that in the situation of matrimonial convention annulment, the system of legal community of goods is applicable to that marriage, without threatening the rights gained by the third parties.

The personal consent of the future spouses is, also, necessary when signing the matrimonial convention, this being considered an essential condition to be met in order the matrimonial convention signed to be considered valid.

Basically, the free consent of the future spouses is enough for the signing of the matrimonial convention, except the situation of the underage future spouse, described above.

The signing of the matrimonial convention must be made public by following a certain procedure, which implies the enlistment of the matrimonial convention in the National Notary Register for the Matrimonial Conventions, the purpose of the enlistment being the protection of the third parties who will sign various contracts with the future spouses.

Regarding the regulation of the three matrimonial systems the spouses can choose between – according to the new Civil Code – these systems offer solutions for organizing all kinds of patrimonial relationships in all families, no matter its peculiarity.

The legal matrimonial system, applicable to those who did not choose a conventional system, remains a community system, as we can find in almost all European legal systems.

¹⁶ Voirin, P., Goubeaux, G., 2006, p. 38.

The legal community system, covered by very detailed rule in the new Civil Code, is fairly similar to the present legal community system in the matters regarding the structure of the spouses' patrimony. But the rights of disposal, administration and use were changed in comparison with the regulation in force in the present. In the new Civil Code was introduced the principle of joint management to govern the spouses' rights regarding the goods they own together. This institution will replace the institution of the mutual tacit mandate which functions in present. The new institution will offer the spouses more freedom of their patrimonial relationships. Besides, this is a general tendency observed in the evolution of the family law at European level, but not only there.

The second matrimonial system regulated by the new Civil Code – the separation of goods system – offers the spouses maximum of patrimonial freedom during a marriage.

In this matrimonial system there are no goods owned jointly by the spouses. Every good has a sole owner, which is one of the spouses, and he/she disposes freely of his/her goods. The goods that are purchased together by the spouses follow the common legal rule, and will represent a joint ownership in quotas.

The third matrimonial system is the conventional community system that the spouses can choose by derogation from the legal community system rules mentioned in the new Civil Code. Under this system, the aspects on which the spouses can reach an understanding are limited and are specifically mentioned in the new regulation. The possible derogations contain many aspects on which the spouses can decide together, such as the scale of the joint patrimony – which can be extended or limited, but also they can reach an understanding on the rules regarding the administration of the goods owned together by them, or on the ways to abolish the conventional community. The spouses have the opportunity of organizing a matrimonial system with equitable rules for both of them that can be adapted to the specific and actual situation of every family.

It is also allowed for the spouses to include the preciput clause in the matrimonial convention.

6. Conclusion

The new regulation brings to the Romanian law system a very necessary adjustment to the evolution of the real social life, to the actual conditions in which the families cohabit and a flexibility that can only benefit spouses in the context of the contemporary Romanian and European society.

Beyond the incontestable benefits that the new Civil Code brings to the system of law, there is the possibility that at a certain point some abuses to be committed. The courts of justice will have the hard mission of not letting this happen.

This paper presented a small part of the new provisions concerning the institutions such as: the marriage, the goods that spouses have achieved together, the matrimonial systems, the matrimonial conventions, etc. which are of most interest for the theoreticians and for the practitioners as well.

References

1. Albu, Ioan, *Dreptul familiei*, Ed. Didactică și Pedagogică, București 1975
2. Bénabent, Alain, *Droit civil. La famille*, Ed. Litec, Paris, 2000
3. Carbonier, Jean, *Droit civil. Volume I, (Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple)*, Paris : Presses universitaires de France, 2004, Collection Quadriga
4. Colomer, André, *Régimes matrimoniaux*, Litec, Paris 1990
5. Cornu, Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 9^e édition, Presses Universitaires de France, Paris 1997
6. Filipescu, Ion P., *Tratat de dreptul familiei*, Ed. ALL BECK, București 2000
7. Hamangiu, Constantin, Rosetti-Bălănescu, Ion, Băicoianu Alexandru, *Tratat de drept civil*

român, vol.1, Ed. ALL, București, 1998

8. Terré, François, Simler, Philippe, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Ed. Dalloz, 4^e édition, Paris, 2005

9. Vasilescu, Paul, *Regimuri matrimoniale. Partea generală*, Ed. Rosetti, București, 2003

10. Voirin, Pierre, Goubeaux, Gilles, *Droit civil. Droit privé notarial. Régimes matrimoniaux. Successions-libéralités*, Tome 2, 24^e édition, Ed. L.G.D.J., Paris, 2006

COMMUNICATION IN MEDIATION

ARDELEANU ANCA MONICA¹
JOSAN IOANA JULIETA²

Abstract

In the field of resolving legal controversies, mediation offers an informal method of dispute resolution, in which a neutral third party, the mediator, attempts to assist the parties in finding resolution to their problem through the mediation process. Although mediation has no legal standing per se, the parties can (usually with assistance from legal counsel) commit agreed points to writing and signing a document. In other words, mediation is a form of alternative (ADR) or "appropriate dispute resolution", that aims to determine the conditions of any settlements reached — rather than accepting something imposed by a third party.

Mediators use appropriate techniques and/or skills to open and/or improve dialogue between disputants, aiming to help the parties reach an agreement (with concrete effects) on the disputed matter.

People that are in conflict tend not to communicate effectively and poor communication can cause disputes to occur or escalate. For mediators to encourage communication efficiently, they themselves must be good communicators and practice good speaking and listening skills, pay attention to non-verbal messages and other signals emanating from the context of the mediation.

The aim of this paper is to justify the crucial importance of communication in the mediation process, and also to discuss the practical issues related to it.

Among the issues to be addressed are: what to communicate to the other party, how is the message sent in terms of syntax and techniques of communication, who is sending the message, to whom is the message sent, when should be the message sent, which are the most appropriate methods and techniques of communication in mediation.

Keywords: *Alternative dispute resolution, Mediation, Mediator, Communication, Strategies of communication*

1. Introduction

Mediation is a non-adversarial, out-of-court alternative for resolving disputes between two or more parties in conflict. It is a process in which the parties to a dispute, with the assistance of an independent and impartial third person (the Mediator), identify the issues, develop and explore options, consider alternatives and endeavor to reach a mutually beneficial solution to their conflict.³

As the costs of pursuing legal avenues to resolve disputes continue to rise, more people are turning to Mediation as a more cost effective, efficient, quicker, friendlier and less stressful alternative to litigating. With a high success rate, all parties benefit from this co-operative, voluntary approach to resolving conflict. It can preserve or restore important relationships and may avoid the need for expensive, stressful and lengthy legal action.

Mediation looks to the future. The objective for all parties is to work out a resolution they can live with and trust. The focus is on solving problems, not necessarily uncovering the truth or imposing legal rules, as in a court case where a judge reviews the past to determine who was right and who was wrong. Based on their decision, either a penalty or award is imposed.

The mediator however, does not have authority to impose a decision or force an outcome, so nothing is decided unless all parties agree to it. This greatly reduces their tension and the likelihood of parties' clinging to an extreme position. The parties are empowered to decide on their

¹ Associated Professor, University of Bucharest, Faculty of Business and Administration (e-mail: monica_ardeleanu@yahoo.com).

² University of Bucharest, Faculty of Business and Administration, ioanajulieta@yahoo.com

³ <http://www.collaborateaustralia.com.au> accessed March 12, 2010

own 'win-win' outcome and if mediation is successful, usually enter into a written agreement, which sets out the terms of settlement.

Dealing with difficult conversations and conflict is never easy but the sooner the parties start communicating effectively, the easier it will be to resolve their dispute. In the vast majority of cases, most people want to continue their relationship with the party or parties they are currently having problems with, particularly if they are family members or work colleagues. To avoid damaging relationships in the process, so they can be maintained or even strengthened and improved once the issues are dealt with, it is helpful to learn more about effective communication.

Communication plays an essential part in mediation and can be the key for a successful mediation, or it can ruin it. The matter studied is particularly important, because by knowing and handling the strategies of communication, the mediator can assist the parties in conflict situations in making the first and subsequent approaches a little easier. By having a good use of these techniques the mediator would know how to open the lines of communication, build trust and be an active listener.

The paper aims to analyze which are the most appropriate strategies of communication in mediation.

2. Communication barriers and aspects regarding the efficiency of communication

Barriers can be found in all parts in the act of communication, and as well as in the entire process. In specialized works there are two types of barriers: barriers related to the system and barriers related to the process.

In the first category can be identified common issues both at transmitter and at receiver. System-related barriers may be manifested in the form of lacks of transmission and reception of the information, the conceptualization of the message depending on the situation and purpose, the choice of communication channels, the social status of communicators, languages and group rules. The causes of these barriers may be seen as a permanent physical or situational factor, but also as socio-cultural factors.

In the second category can be identified four factors that lead to inefficiency effects of communication, thus:

- Non-concurrence of verbal messages with non-verbal message - when the two are consonant shows a decrease in efficiency of communication, causing even a lack of credibility;
- Shown and hidden intentions of partner's communication - the higher is the difference between what communicators say and what really want, the more communication lose the authenticity, causing conflicts and inefficiency;
- Action-emotional side of communication activities - the higher emotional dimension is, the more communication control decrease;
- Functions to support the task group.

Hybels and Weaver⁴ analyzed the communication barriers in light of internal and external environment of the origin of noise. On the one hand the external noises are represented by elements from the external environment and make the message difficult to understand. On the other hand internal noises are raised in the mind of the issuer, but also in the mind of the receiver when they think or feel at something else other than the message sent directly in the process of communication.

Other authors, like Wilcox, Ault and Agee⁵, conferred a central role to the message in the communication process, saying that the receiver can "amplify the message, interpret it wrongly or to ignore it". These operations are called self-selection and self-perception.

⁴ Hybels and Weaver, 1989, p. 11

⁵ Wilcox, Ault and Agee, 1989, p. 200

Barriers identified from the perspective of these three authors can be summarized in these:

- Differences in terms of participants' experience;
- Differences in education;
- Differences of interest regarding the message;
- Differences on the intelligence level;
- Lack of mutual respect;
- Differences of age, gender, race, social class;
- Differences of language mastery;
- Lack of communication skills of the transmitter;
- Lack of ability at listening of the receiver;
- Affirming an ignorant attitude towards to receiving the transmitted message.

Therefore, there are many factors which may constitute barriers in communication process. Differences in perception are just the origin of other communication barriers. *"The way we see the world is influenced by our previous experiences, so that people of different ages, nationalities, cultures, education, occupation, gender, temperament will have other perceptions and will receive statements in a different way,"* says Nicki Stanton⁶.

Other specific communication barriers⁷ are:

1) Distortion appears when the message undergoes alteration, including differences in repertoire between transmitter and receiver, imprecision of language, misinterpretation in receiving the message, social distance or barriers between the transmitter and receiver status. The lack of a common repertoire between transmitter and receiver of the message often leads to disruption of communication.

2 Omission occurs when the transmitter filter the message on purpose or when in not able to include the entire message.

3) Overloading refers to the fact that many times the receiver has to cope with an abundant extreme information;

4) Synchronization involves the identification of the most appropriate period for each stage of deployment task that we want to achieve.

Some elements limit the absorption of information or new ideas, as:

– The complexity of the idea (the more complex is the idea, the fewer people will be able to understand);

– Difference in terms of known patterns (people accept new ideas more difficult if these are totally different from what they know);

– Competition with existing ideas (new ideas compete with ideas already accepted);

– The necessity to prove (the ideas are more easily accepted if they can be proven or if there is evidence to support);

– Power interests (interests may be powerful enough to block new ideas);

– An unfulfilment need (when the message doesn't take into account the needs of the receiver – the receptor interest to the message decreased to extinction);

– Frequent repetition (an idea succeeds only if the receiver is constantly reminded of it).

Communication and "toxic language"

Toxic language means any form of verbal abuse, seen as a barrier to effective communication act. Arthur H. Bell (2005) has made an interesting parallel between the circumstances giving rise to any "victims" of verbal abuse and the reasons of the "abuser"⁸.

⁶ Stanton, 1995, p. 6

⁷ Steers, 1988, p.395-399

⁸ Bell & Gardner, 2005, p.101

The factors that give rise to verbal abuse are:

- The abused person's personality style conflicts with the abuser style;
- The abused person is perceived as a "punching bag" because he never responds;
- The abused person may be perceived as socially marginalized.

Factors leading to the emergence of verbal abuse:

- Verbal abuse is seen as an element of hold control, imposing a hierarchy in the relationship;

- Lack of state of anger management;
- Lack of a conciliatory style.

One of these barriers can be overcome by learning an efficient method of communication.

This involves introducing a new teaching of communication skills which means:

- promoting self-discovery through a communication resource;
- a familiarity with all forms of communication process;
- discovery of latent personal skills;
- activation of a communication skills;
- discovery of other communication resources;
- an optimum use of multiple channels of issue and receipt;
- valuing a seamless communication, etc⁹.

3. Verbal and non-verbal communication

3.1. Verbal communication

The common theory that if the parties talk to each other that means that they will be able to solve their differences is not necessarily a valid theory.

Inefficient communication can determine the parties to stop interacting or to make them not able to start the negotiations. Seldom the mediators structure the communication or assist parties through the process.

Mediators' actions for modifying the communication imply the control or the assistance in order to establish:

- What is communicated
- How is the message communicated – in terms of syntax and means of transmitting
- Who communicates the message
- To whom is the message communicated
- When is the message communicated
- Where is the message communicated

We will analyze each of these matters in order to better understand how non-verbal communication applies to mediation process.

What is communicated to the other party – The content of the message that a speaker is transmitting to a listener could be an important information, such as: problems concerning data, interests, positions, information on how one party wants or doesn't want to do something, or information on the emotional stage of the negotiation.

Mediators have many ways that enables them to direct what the parties say.

First, the mediator can meet one party before the joint session or during a private discussion for assisting it in establishing the information that might or might not be transmitted to the other party. Knowing the preferences and the adversities of one party can help the mediator to make suggestions regarding the communication during the joint sessions, that will better satisfy the parties' necessities. The consultant role of the mediator is often very important.

⁹ Şoitu, 1996, p. 26

Second, the mediator can influence what is said by one party during the joint session by ‘translating’ it into a ‘language’ that is understood and accepted by the other party. After transmitting the message can make efforts to clarify things in order to be sure that his listener fully understands the content of the message and its implications. Usually, the clarifying process means summarizing the declarations.

Summarizing is a mediator’s compass helping to keep everyone on the same track. Summarizing involves reflecting back to a speaker the essence of the communication. In order to summarize, a mediator must focus carefully on the message.

Reasons to summarize;

- Allow parties to feel heard
- Transition to new topic
- Identify underlying emotions/concerns
- Focus parties on problem solving
- Encourage parties that progress has been made
- Point out different views
- Keep track of the deal

For summarization to reach its purpose, the mediator must;

- Be concise
- Choose the words carefully
- Move beyond words
- Omit blame
- Leave the judgment out of the summary and be neutral
- Ask if he is correct
- Paraphrase only if sensitive issue or precise wording is key.

The key phrases for summarizing are;

- “As I hear you . . .”
- “Let’s see where we are . . .”
- “I’ve heard you say . . .”
- “We’ve resolved these issues . . .”
- “You’ve agreed on . . .”
- “We are still left with the issues of . . .”
- “What you are saying is . . .”

Third, the mediator can modify what has been said so the parties can make only limited and controlled statements. For example, the mediator can allow parties to discuss only one subject, can interrupt them saying that the other party did not receive the message or he can even block the communication involving parties in other discussions.

How is the message communicated – in terms of syntax and means of transmitting –

The mediators can help in establishing the way that the message is communicated. *How* refers not only to the means of transmission – written, verbal (face to face or by phone), but also refers to the syntax used in transmitting the message. For example, written messages eliminate the inefficient non verbal communication and can be more explicit. It takes more time to prepare it and answer to it, and this allows the parties to think more about what they have to transmit and receive. Verbal direct communication can be considered appropriate for some negotiations, but not very suitable for others. Sometimes the mediator would want to transmit the message because he feels that the party would accept it easier from him instead of the other party.

Who communicates the message – often the mediators have the initiative to establish who communicates during a negotiation. In some conflicts, negotiator may consider a message more or less acceptable considering the person who transmits it. If, for example, a mediator discovers that a group is disturbed by the leader of another group, may recommend that the message, in order to be accepted, should be transmitted by some other person.

To whom is the message communicated – the communication can be received or rejected, depending on the person to whom the message is addressed. Considering that the mediator knows the structure of the conflict, he can suggest to whom should be addressed the message. The mediator should consider;

- Who has the authority to decide?
- Who is psychologically ready to listen to the message?
- Which is the protocol of the message transmission?

When is the message communicated – the time of communication is very important. *When* is communicated the message, is very often more important than *what* is communicated. The mediators can and should control the right time got communicating, either by inhibition of the discussion, or by encouraging it.

Where is the message communicated – the place where the message is communicated can also be of a high importance. An extreme request made in a joint session in the presence of the entire enemy group can face a powerful rejection, unless the same request is made in a more private and less official environment. In some cases a relaxing atmosphere can lead to a solution and in other a hostile environment can be more effective. The mediators can often establish the time and the location in order to increase the efficiency of the process.

3.2. Non-verbal communication

Non verbal communication – gestures, space usage and handling issues – can be intentionally or unintentionally, but transmits a message.

Non verbal communication could be the main method of expressing authority, a dominant position and position. If the mediator is going to assist the parties he must know all the forms of non verbal communication and how it can be used for their benefit.

Gestures, visual contact and attitude. It is commonly agreed that non verbal gestures can transmit a huge quantity of information about the attitude of a party involved in a conflict and also give information about the power balance between the parties.

The mediators can try to control the gestures direct, by making requests such as:

- Parties should look at each other when they speak;
- Parties should look only at the mediator and address questions only to him in order to avoid eye contact with the adversary;
- To avoid making involuntary movements with the legs or fingers;
- To adopt a posture that expresses willingness rather than competition.

4. Listening

4.1. Active listening¹⁰

Active listening is a way of listening and responding to another person that **improves mutual understanding**. Often when people talk to each other, they don't listen attentively. They are often distracted, half listening, half thinking about something else. When people are engaged in a conflict, they are often *busy formulating* a response to what is being said. They assume that they have heard what their opponent is saying many times before, so rather than paying attention, they focus on how they can respond to win the argument.

Active listening is a structured form of listening and responding that **focuses the attention on the speaker**. The listener must take care to attend to the speaker fully, and then repeats, in the listener's own words, what he or she thinks the speaker has said. The listener does not have to agree with the speaker - he or she must simply state what they think the speaker said. This enables the speaker to find out whether the listener really understood. If the listener did not, the speaker

¹⁰ International Online Training Program On Intractable Conflict, Conflict Research Consortium, University of Colorado, USA.

can explain some more.

Often, the listener is encouraged to interpret the speaker's words in terms of feelings. Thus, instead of just repeating what happened, the active listener might add "I gather that you felt *angry* or *frustrated* or *confused* when. . . [a particular event happened]." Then the speaker can go beyond confirming that the listener understood what happened, but can indicate that he or she also understood the speaker's psychological response to it.

Active listening has several benefits. First, **it forces people to listen attentively** to others. Second, it **avoids misunderstandings**, as people have to confirm that they do really understand what another person has said. Third, it tends to **open people up**, to get them to say more. When people are in conflict, they often contradict each other, denying the opponent's description of a situation. This tends to make people defensive, and they will either lash out, or withdraw and say nothing more. However, if they feel that their opponent is really attuned to their concerns and wants to listen, they are likely to explain in detail what they feel and why. If both parties to a conflict do this, the chances of being able to develop a solution to their mutual problem becomes much greater.

4.2. Empathic listening¹¹

The Benefits of Empathic Listening

Empathic listening (also called active listening or reflective listening) is a way of listening and responding to another person that improves mutual understanding and trust. It is an essential skill for third parties and disputants alike, as it enables the listener to receive and accurately interpret the speaker's message, and then provide an appropriate response. The response is an integral part of the listening process and can be critical to the success of a negotiation or mediation. Among its benefits, empathic listening:

1. builds trust and respect;
2. enables the disputants to release their emotions;
3. reduces tensions;
4. encourages the surfacing of information; and
5. creates a safe environment that is conducive to collaborative problem solving.

Though useful for everyone involved in a conflict, the ability and willingness to listen with empathy is often what sets the mediator apart from others involved in the conflict.

Even when the conflict is not resolved during mediation, the listening process can have a profound impact on the parties.

How to Listen with Empathy

Empathy is the ability to project oneself into the personality of another person in order to better understand that person's emotions or feelings. Through empathic listening the listener lets the speaker know, "*I understand your problem and how you feel about it, I am interested in what you are saying and I am not judging you.*"

The listener unmistakably conveys this message through words and non-verbal behaviours, including body language. In so doing, the listener encourages the speaker to fully express herself or himself free of interruption, criticism or being told what to do. It is neither advisable nor necessary for a mediator to agree with the speaker, even when asked to do so. It is usually sufficient to let the speaker know, "I understand you and I am interested in being a resource to help you resolve this problem."

While this article focuses on mediation, it should be apparent that empathic listening is a core skill that will strengthen the interpersonal effectiveness of individuals in many aspects of their professional and personal lives.

¹¹ Salem, Richard. "Empathic Listening." **Beyond Intractability**. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Research Consortium, University of Colorado, Boulder. Posted: July 2003

Guidelines for Empathic Listening:

1. Be attentive. Be interested. Be alert and not distracted. Create a positive atmosphere through nonverbal behaviour.

2. Be a sounding board - allow the speaker to bounce ideas and feelings off you while assuming a nonjudgmental, non-critical manner.

3. Don't ask a lot of questions. They can give the impression you are "grilling" the speaker.

4. Act like a mirror - reflect back what you think the speaker is saying and feeling.

5. Don't discount the speaker's feelings by using stock phrases like "It's not that bad," or "You'll feel better tomorrow."

6. Don't let the speaker "hook" you. This can happen if you get angry or upset, allow yourself to get involved in an argument, or pass judgment on the other person.

7. Indicate you are listening by:

a. Providing brief, noncommittal acknowledging responses, e.g., "Uh-huh," "I see."

b. Giving nonverbal acknowledgements, e.g., head nodding, facial expressions matching the speaker, open and relaxed body expression, eye contact.

c. Invitations to say more, e.g., "Tell me about it," "I'd like to hear about that."

8. Follow good listening "ground rules:"

a. Don't interrupt.

b. Don't change the subject or move in a new direction.

c. Don't rehearse in your own head.

d. Don't interrogate.

e. Don't teach.

f. Don't give advice.

g. Do reflect back to the speaker what you understand and how you think the speaker feels.[9]

The ability to listen with empathy may be the most important attribute of interveners who succeed in gaining the trust and cooperation of parties to intractable conflicts and other disputes with high emotional content. Among its other advantages, as Burley-Allen points out¹², empathic listening has empowering qualities. Providing an opportunity for people to talk through their problem may clarify their thinking as well as provide a necessary emotional release. Thomas Gordon agrees that active listening facilitates problem-solving¹³

5. Improving communication

Misunderstanding - Social conflicts always involve some misunderstanding. Conflict parties communicate by what they say (or do not) and how they behave toward one another. Even normal interaction involves faulty communication but conflict seems to increase it. The higher the level of conflict, the more costly misunderstanding may be. At every stage and level of conflict, clear communication among parties usually works to reduce unwise decisions by, and costs for, the participants.

Communication Accuracy - Much determines the accuracy of communication among conflict parties. As a conflict emerges, adversaries become more emotional. Anger, fear, hostility, and suspicion all serve to make communicators more likely to send and receive faulty messages from their opponents, even from their supporters. Emotion control would be one way of encouraging accuracy. The context of the communication is also important. The more noise and distraction, the less clear the message. The pace of message exchange would also influence clarity, for example, how long and carefully one considers a message before responding to it. How easily one can respond would affect such consideration. A conflict among physics faculty, for instance, intensified as participants were able to dash off e-mail responses to one another, unrestrained by

¹² Madelyn Burley-Allen, *Listening the Forgotten Skill*, (John Wiley & sons, 1982).

¹³ Thomas Gordon, *Leadership Effectiveness Training*, (Bantam Books, 1977)

slower, more direct and more stressful ways of communicating. Finally, a verification capability for conflict parties would tend to increase communication accuracy, checking that messages sent were correctly received.

Sending and Listening Skills - Conflict parties should use a message checker for written communications, somewhat like a computer's spell check function. A checker is someone who will ask you what you wish to convey by your intended message and whether it will actually be heard that way by the recipient. This is often done incidentally but building it formally into the communication process would give it the prominence it deserves. Much misunderstanding is created simply by careless and imprecise use of words, the "sounds like but isn't" problem.

The more hostile communication is, the less accurately it may be heard. Hostility produces a defensive reaction by the receiver, who is then less likely to pick up nuances that give a message greater clarity. An important sending skill is knowing how to favour disarming language over arming language. The latter selects more forceful over more moderate words, uses statements rather than questions and when spoken, is usually accompanied by hostile intonations, pauses and other non-verbal messages that convey hostile feeling.

Making points and expressing emotions through "I" messages is a technique that often works to expand an opponent's ability to listen and hear. Such messages locate the conflict outside of the listener, where it can more easily be reframed for co-operative resolution. "I" messages also focus on behavior rather than person as the source of the conflict. Less likely to be felt as personal attacks, they encourage a similar "I" response from the "other."

Often a conflict party is less interested in being clearly understood than in "having their say." If their opponent is similarly motivated, a war of words with little clear communication is probable. However, having one's say is a necessary first step toward mutual disclosure and emotional openness to resolving the conflict. An opponent's disarming listening, though, may be as useful as her disarming language. In fact, how one listens tells the speaker much. The technique of active listening¹⁴ has several functions. First, the listener permits the venting of emotion. The speaker feels heard, tension is released. The listener's body posture and gestures such as head nodding confirm for the speaker the sense of being heard. His feelings are reflected back by the listener (e.g. "It really was important for you that...."). She restates or paraphrases what the speaker has said, again checking with him for accuracy. She then asks clarifying questions for further information. The telling-listening function is extremely important in conflict resolution. This is particularly true where a continuing relationship between the parties is necessary, whether it be divorcing parents or ethnic communities in Bosnia.

5.1. Improving verbal communication

Action direction to be taken into account in order to improve verbal communication:

- Capture attention and increase understanding (choosing a language close to the receptor, organizing the message, using examples);
- Demonstrate utility (how things work, how they can be used).

In addition, the authors Ferreol and Flageul¹⁵ add other items to be considered in the process of oral communication: concision, clarity (avoid linguistic tics, words belonging to the technical language), elasticity (the presence of spontaneity in communication).

The author Luminița Popescu is listed a number of strategies and tactics designed to reduce, even eliminate various barriers to communication that arise in the communication process. These strategies are summarized in the table below¹⁶:

¹⁴ Hocker and Wilmot 1991, 239

¹⁵ Ferreol and Flageul, 2007

¹⁶ Popescu, 2007, p.248

Categories	Features
Tactics used by the transmitter	<ul style="list-style-type: none"> • Promote two-way communication and encouraging feed-back; • Increase attention to the language used, adapted to the receptor; • Promote and maintain credibility; • Promote sensitivity to the receiver perception.
Tactics used by the receiver	<ul style="list-style-type: none"> • Developing good skills of listening; • Promote sensitivity to the transmitter perception
Common Tactics	<ul style="list-style-type: none"> • Checking the messages accuracy by issuing or by receiving them; • Regularization of the information flow.

Therefore, a very good knowledge of the context and of the communication barriers has a remarkable contribution both in terms of intervention for the prevention of their appearance and in terms of development of specific strategies to reduce and even eliminate them.

Techniques for effective communication:

a) Listening instead of explanations and justifications

The tendency to explain or justify their actions to receive feed-back should be avoided. Defensive behavior interrupts the flow of communication because people understand that the interlocutor is more concerned to justify than to understand the impact it has on others.

b) Request for more information

In particular, in the process of granting open feedback can be obtained more information if the person receiving encourages and supports continuous flow of feed-back with remarks like: This helps me. Tell me more. Could you tell me anything else about it?

c) Check data

To ensure that she/he understood what she/he wants to tell to the other person, the mediator should summarize what he heard and to ensure that the other person understood.

d) Expressing appreciation and future planning

After feedback, mediator must be aware of the risk has assumed the person who gave him feedback and for this reason the mediator should express gratitude for this effort. It is also a good time to plan future meeting for the receipt of feedback. The next meeting can be less stressful and therefore the productivity may be higher than in the first session.

There are five stages of oral communication that can be followed to have an effective oral communication process:

- the style specific to non-cooperative forms of communication - the transmitter doesn't know the recipient, and the recipient is not able to influence the discourse of the transmitter in any way;

- the formal style of addressing corresponds to a large audience, whose reactions are, this time, audible to the speakers. And, in this case, the speech presents a high level of consistency; the phrase is carefully constructed of a various lexical material. Reiteration, use of slang expressions or familiar expression, ellipses and leaving the phrase unfinished are avoid;

- the advisory style is specific to professional discussions like business negotiations. The participation of interlocutor at the dialogue is active. Communication plan is not detailed, it is transmitted only basic information, enriched in the process, according to the partner request;

- the occasionally style is specific to free conversations between friends;

- the intimate style is characterized by the use of a personal code, which no longer seeks to communicate to external data, but provides information about personal feelings of the subject.

5.2. Improving non-verbal communication

Non-verbal communication is the single most powerful form of communication and includes facial expressions, body language, gestures, use of personal space, tone of voice, eye gaze and posture amongst others. Daily we are responding to thousands of non-verbal cues which help let us in on what is going on in someone else's mind.

It has been revealed that **up to 93% of communication effectiveness is determined by non-verbal cues**. Non-verbals convey mood/state of mind, interpersonal feelings, support our verbal message (spoken words) and provide feedback and insight into the messages we are receiving when listening. Improving your skills in interpreting non-verbal communication will enhance your ability to interact meaningfully with others and reduce misinterpretation of messages and conflict situations.

According to Alton Barbour, author of "Louder Than Words: Nonverbal Communication"¹⁷, the total impact of a message breaks down like this:

- 7% WHAT you say (words);
- 38% HOW you say it (volume, pitch, tone, rhythm, etc);
- 55% your BODY language (facial expressions, gestures, posture, etc).

People communicate on many levels and every gesture communicates something if you 'listen with your eyes.' **Both verbal and non-verbal communication work together to convey a message.** You can improve your spoken communication by using non-verbal cues and gestures to reinforce and support your message. This is very useful when making presentations or speaking to a large group of people.

"When we speak (or listen), our attention is focused on words rather than body language. But our judgement includes both. An audience is simultaneously processing both verbal and nonverbal cues. Body movements are not usually positive or negative in and of themselves; rather, the situation and the message will determine the appraisal".¹⁸

Tips for Improved Non-Verbal Communication:

1. **Eye Contact** - Maintain frequent eye contact but avoid staring, glaring or looking away. When people fail to look others in the eye, it may be interpreted they are trying to hide something. However, too much eye contact can be confronting or intimidating.

2. **Facial Expressions** – Whilst other non-verbal cues may vary depending on culture, the facial expressions for happiness, sadness, fear and anger are similar throughout the world. Use facial expressions - especially a smile - to communicate sincerity to your listener. Before talking on the telephone, be conscious of your facial expression – if you are smiling, this will be conveyed in your tone of voice.

3. **Tone of Voice** - The tone of your voice conveys an array of information - from excitement to disinterest to anger. The important parts of your message can be reinforced by changing your vocal pitch. Stress and intonation patterns help to make your message clearer and more meaningful to the listener. Notice how your voice tone affects how others respond to you. Try using tone of voice to emphasize the message you want to communicate.

4. **Body Movement** - Be relaxed and attentive. To gain acceptance, lean slightly toward your listener. Avoid slouching or sitting rigidly. Sit up straight – good posture conveys a professional image. Nodding your head from time to time will signal you understand the message being conveyed.

5. **Gestures** – Use selective hand movements that enhance your message and 'paint the picture' for your listener. Avoid distracting non-verbal behaviours like fiddling with a pen which will negatively impact your listener and show you are not truly concentrating.

¹⁷ Alton Barbour, "Louder Than Words: Nonverbal Communication" Columbus, Ohio: Charles E. Merrill, 1976.

¹⁸ Givens, D.B. (2000) 'Body Speak: What Are You Saying?' Successful Meetings magazine (October 2000) 51 p4

6. Groups of Signals - Look for groups of signals that reinforce a common point rather than putting too much emphasis on just one isolated signal out of many. This may lead you to come to an inaccurate conclusion about what a person is trying to communicate. e.g. If a person is smiling, nodding, leaning forward and taking notes, one could comfortably conclude they are genuinely interested in what they are hearing.

7. Incongruent Behaviour - If a person's words say one thing but their non-verbal behaviour does not match then you need to pay careful attention. Research reveals that when words fail to be consistent with non-verbal signals, people tend to ignore what has been said and concentrate instead on non-verbal expressions of moods, thoughts, and emotions. e.g. a person might say "I'm fine" but they look to the ground and their voice tone signals you otherwise.

8. Ask Questions - If you are getting confused messages about a person's non-verbal signals, ask questions to clarify what they really mean or re-state what you think they have said. e.g. "So what you are saying is that..." or "By that statement do you mean..."

9. Practice, practice, practice - Being able to "read people" is a skill you can build by watching and practicing different types of non-verbal communication with others. By enhancing these skills, you can dramatically improve your communication abilities.

5.3. Opening lines of communication

In conflict situations, lines of communication between people and groups often break down. People stop talking to each other, they withdraw representatives (such as ambassadors or observers) that they have in the other's countries, regions, or groups, and they are much less open about the information they release to the other side. The result is often frequent misunderstandings, exaggerated and overly hostile stereotypes, distrust and fear. Opening lines of communication is one very important step to take if one wants to de-escalate a conflict. Just by re-establishing communication, misunderstandings can be corrected and avoided, stereotypes can be broken down, and trust can be built over time.

However, communication is often difficult to start. When a conflict is very escalated, it is often not possible to simply call up a representative of the other side on the phone and have a "normal" conversation. Usually some kind of structured framework for initial communication must be developed.

This is often done by a third party intermediary, who often will initiate communication by carrying messages or ideas back and forth between two sides. Eventually, when certain agreements about process can be met, then the intermediary may actually get the parties together for face-to-face communication. This may be very carefully structured and confined at first. Then, as a certain level of interpersonal trust is developed, the communication process can be opened up to be freer, and even made routine, so that communication between parties becomes common, and the assistance of a third party is no longer needed.

5.4. Respectful communication

One simple way to communicate more effectively is to treat the person you are addressing respectfully - even if you do not, really, respect him or her. Exhibiting disrespect is almost never helpful, as it immediately places the listener in an adversarial, and probably hostile frame of mind, and encourages them to disregard or dispute anything that is said. This does not mean that you have to agree with everyone and hide any opposition you hold to their attitudes, beliefs, values, or positions. It simply means that you should state your differences in a way that does not belittle theirs. For instance, instead of saying "that is a really stupid way of looking at the situation," it is usually more helpful to say "well, I see the situation somewhat differently." Then you can go on to explain how you see it, without ever saying directly that they are "stupid" or even wrong, but simply that it is possible to see things in different ways.

What does this say about expressing anger? Anger should not be hidden, as it is important that your opponent understand that something they did or something that happened made you very angry. Yet you can explain that without lashing out and escalating the conflict further. By explaining, with "I messages," that "I am very angry because . . ." you can explain your feelings without being as likely to generate an anger-escalating response.

The level of anger and hostility which is considered appropriate to exhibit will vary, of course, from culture to culture. But when in doubt, treating opponents with respect and a relatively calm demeanor is likely to be helpful.

6. Conclusions

This paper presented the current literature on communication (strategies and tactics) and its impact on mediation process. The paper tried to answer the following questions: What is the role of communication in the mediation process? What kind of communication forms is used in mediation? What are the obstacles encountered in communication? What are the communication strategies for removing the barriers? What means a process of effective communication? Those who strive to become mediators need to approach communication as an area worthy of analysis and practice. After all, mediators not only need to use strong communication skills to understand a dispute and to connect to parties; they also need to help the parties to engage in a constructive exchange when their own poor communication skills may be at the heart of the conflict.

In light of this, the understanding of communication efficiency in relation to mediation process should not be seen as a linear process but as a whole circular process in which both verbal and nonverbal communication is very important for mutual understanding between the both parties and mediators, and especially between the parties in conflict.

References

- Barbour, Alton, *Louder Than Words: Nonverbal Communication*, Columbus, Ohio: Charles E. Merrill, 1976
- Bell, Arthur H. and Gardner, James, *Overcoming Anxiety, Panic, and Depression: New Ways to Regain your Confidence*, Career Press, 2005
- Burley-Allen, Madelyn, *Listening the Forgotten Skill*, John Wiley & sons, 1982.
- Dinu, Mihai. *Comunicarea. Repere fundamentale*. București: Editura Orizonturi, 2007
- Ferreol, Gilles, and Flageul Noel. *Metode și tehnici de exprimare scrisă și orală*. Iași: Editura Polirom, 2007
- Gordon, Thomas, *Leadership Effectiveness Training*, Bantam Books, 1977
- Givens, D.B. (2000) 'Body Speak: What Are You Saying?' *Successful Meetings* magazine (October 2000) 51
- Hocker, Joyce and Wilmot, William, *Interpersonal conflict*. Third edition. Dubuque, IA: W. C. Brown, 1991
- Hybels, Sandra, and Weaver Richard. *Communicating Effectively*. New York: Random House, 1989
- Pânișoară, Ovidiu. *Comunicarea eficientă*. Iași: Editura Polirom, 2008
- Popescu, Gabriela Luminita. *Comunicarea în administrația publică*. București: Editura Economică, 2007
- Salem, Richard. *"Empathic Listening." Beyond Intractability*. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Research Consortium, University of Colorado, Boulder. Posted: July 2003
- Stanton, Nicki. *Comunicarea*. București: Editura Societatea Știință și Tehnică, 1995
- Steers, Richard. *Introduction to Organizational Behavior*. Glenview : Scott, Foresman Publishing House, 1988

- Şoitu, Laurenţiu. *Comunicare și educație*. Iași: Editura Spiru Haret, 1996
- Wilcox, Dennis, Ault Philip and Agee Wareen. *Public Relations. Strategies and Tactics*. New York: Harper & Row Publishers, 1989
- <http://www.collaborateaustralia.com.au> accessed March 12, 2010
- International Online Training Program On Intractable Conflict, Conflict Research Consortium, University of Colorado, USA.

THE INJURY-VICE OF CONSENT?

CAMELIA STĂNCIULESCU*

Abstract

According to the civil code, the injury is a famous institution. Doctrinal disputes in the field, deal especially with the place injury has in the formation of the civil legal act. More specifically, the question still raised is if injury is either a problem of consent or if it refers to the object of the legal act. In the context of the new regulations of the Civil Code in 2009, we consider that a new brief analysis over the institution of injury is likely to clear up the eternal questions raised by the doctrine. To achieve a comprehensive analysis of this institution we study basic characteristics of the concept of injury like evolution of the concept of injury, punishments on the cause of the injury and scope in the context of the 1864 Civil Code.

Keywords: injury, legally foundation, vice of consent, civil code, sanctions.

I. Introduction To The Concept Of Injury – Definition, Structure And Conditions

In civil doctrine, 'injury' has two meanings.

Lato sensu, the word refers to the prejudice a person suffers generally after closing a judicial act.

Broadly, the injury was defined as the material damage one of the contracting parties suffers, due to the obvious disproportion in value – determined precisely at the moment of closing the contract – between the services it committed to and the services it would receive in exchange. The balance, between the services each party fulfilled in synallagmatical contracts, is considered in relation to the value criterion, referring both to the content of the main clauses and the collateral ones¹.

Stricto sensu, the word refers generally to the damage a party of the synallagmatical contract suffers due to the imbalance of services².

Briefly, the injury is always simultaneous with the closure of the contract. The annulment of the legal act, on the grounds of a damage suffered after the contract was closed, due to the changing of the actual position throughout the execution of the contract, relies on the theory of unpredictability, which is a controversial matter in the speciality literature.

Furthermore, we define the injury as *the material damage suffered by one of the parties because of the obvious disproportion in values of the counter services, that are to be found precisely at the moment of closing the convention*³.

In the same context, we underline that, according to art. 950 from The Project of the Civil Code of 2004, 'the injury vitiates the consent (except for the cases foreseen by law, s.n.) only in the case of minors and persons under court order, and art. 951 paragraph (2), shows that 'Injury is involved when one of the parties, taking advantage of the state of needs, the lack of experience or

* Assistant Ph., Faculty of Business and Administration, Bucharest University (e-mail: av_cameliastanciulescu@yahoo.com).

¹ See Demontes, *Le fondement juridique de la lesion*, R.C.L.J., Paris, 1924, p. 37 and others, J, Ghestin, *op. cit.*, p. 441 and others.

² Developed at the end of the 20th century by the French administrative jurisdiction, 'the theory of unpredictability gives both parties the possibility to annul the contract, if previously to closing the contract, the economic situation changed without further notice and in such a way that 'it breaks the balance of services of the parties'. For further details, see Gr. Giurcă, Gh. Beleşiu, *The theory of unpredictability – „rebus sic standibus” – in civil law*, in Law no. 10/1993, p. 29 and others.

³ The injury – vice of consent, consists in 'the obvious disproportion in value between the parties' (*laedere – to injure; laesio – wound, injury, damage*); see G. Boroi, *op. cit.*, p. 229.

knowledge of the other party, stipulates for himself or for another party a service paid at the date of closing the contract considerably better than the value of the personal service’.

The field of injury is limited by its own nature to *bilateral contracts with onerous and commutative character*, through which the parties undertake to provide mutual services considered generally fair.⁴ The injury undergoes other limitations according to its closure, as it was made famous by the 1864 Romanian lawmaker as a protection measure for minors who, without the consent of their legal representatives, venture on a land contract, taking responsibilities on their own.

Taking into account the provisions of art. 951 of The Civil Code, according to which ‘the minor can contest his commitment for a cause of incapacity only in the case of injury’, but also the provisions of the art. 25 from Decree no 32/ 1954, the doctrine issued the opinion that the injury does not consider the consent ‘as a problem related to capacity’(s.n.)⁵.

The fore-mentioned opinion is open to discussions, taking into consideration the following arguments⁶: exceptionally, the legislation in force accepts the injury in the case of adults, too (art.694, 2nd thesis, Civil Code), and, in such a case, we could not admit the injury as a case of cancellation on the grounds of incapacity; even in the case governed by art.25 from Decree no 32/1954, the annulment of the legal act and, consequently, the restitution are used, not only for the cause of minors, but also for that of material damage suffered by the party with limited power of decision, that is for injury - *minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus*.

On the above context, we underline that the unanimous opinion of the French doctrine is that injury is *an issue of value of the object* (and it should be treated as such)⁷. The opinion of the French doctrine was adopted also by the national theory, but isolated.⁸

The structure of the injury is different in relation to the concept that regulates it.

The subjective concept considers that the injury supposes two elements: *one objective factor*, that consists in the disproportion in value between parties; *a subjective factor*, that consists in taking advantage of the state of need the co-contractor is found.

Structurally, the injury involves (in the objective concept⁹), *a sole element*: the material damage is equal to the disproportion in value between counter services.

Our legislation issues the objective concept on injury. Consequently, the one who brings injury as argument *must prove only the obvious disproportion in value between counter services*¹⁰. But if a party took advantage of the state of need of the other party, at the moment of closing the legal act, the latest one is no longer struck by relative nullity, but, moreover, by absolute nullity for an immoral cause¹¹.

⁴The doctrine considered injury as ‘a phenomenon unknown to the unilateral act, being characteristic to contractual obligations. In the same way, the injury has as result the reinforcing of the patrimonial balance between the parties, under the conditions stipulating that contracts involve the equality in rights; see M. Avram, *quoted works.*, p. 65.

⁵ Thus, it is considered (as a general opinion) that in our law system, the injury does not represent a vice of consent, but it is ‘a condition of cancellation of legal acts committed by minors with a limited power of decision, who close on their own, without the agreement of the parents or of their tutor, contracts which are valid without the previous consent of the tutelage party; see D. Cosma, *quoted works.*, p. 153.

⁶ See A. Pop, Gh. Beleiu, *quoted works.*, p. 239; G. Boroï, *quoted works.*, p. 230.

⁷ In the French doctrine, the injury was defined as ‘the damage resulted from *the inequality in value between the mutual services done by parties*’; see J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, *quoted works.*, p. 191.

⁸ See D. Cosma, *quoted works.*, p. 150 and others

⁹ In the subjective concept, additional to the disproportion between services, it must be proved also that one of the parties took advantage of *the weakness, ignorance and the need of the other party to get rich.*; see V.V. Popa, *quoted works.*, p. 125.

¹⁰ According to art. 951 paragraph (3) from The Bill of The Civil Code of 2004 ‘The injury is *presumed* in the case of the existence of an important disproportion in services’ (s.n.).

¹¹ To this approach, I. Rucareanu, *quoted works.*, p. 289.

Some conditions are required to be fulfilled simultaneously in order to establish the annulment of the legal act on the grounds of injury.

The material damage the victim underwent must be the direct consequence of the closure of the respective act.

*The material damage must be in relation to the moment of closing the legal act*¹².

The disproportion in value must be obvious. As a consequence of introducing the objective conception over the injury, the Romanian lawmaker does not pretend to prove the state of need or the degree of psychological development of the victim.

Eventually, we emphasize that, although art. 953 of The Civil Code, does not exclusively consider the injury as vice of consent (together with the error, the fraud or violence), from the other regulations of The Civil Code comprised in art. 951, art. 1157-1160, corroborated with the regulations of art 25 from The Decree no 32/ 1954 regarding the natural and legal persons, results implicitly that *the injury is a consent vice, too.*

The regulation of the injury can be found in The Civil Code art. 951, art. 1157-1160, art.1062-1065. The provisions in discussion refer to the provisions of art. 25, paragraph (1) and (2) from Decree no 32/ 1954, according to which 'applying the provisions regarding the annulment on the grounds of injury is restricted to the underaged who, being fourteen years old, close on their own, without having their parent's or tutor's consent, legal acts which are valid without the previous consent of the tutelar authority, if these acts cause them any injury whatsoever. The legal acts minors (under the age of fourteen) close, can be annulled on the grounds of incapacity, even though injury is not brought into the matter'¹³.

II. Punishments On The Cause Of The Injury

The injured party, who in our law system is the minor with limited power of decision, and, exceptionally, the grown-up, will be able to bring to court the action in rescission.

The action for annulment (*rescindere* means annulment) is the civil act through which the entitled party can ask in court the annulment of a legal act on the grounds of the damage suffered through the obvious disproportion between the mutual services provided by parties.

The action is at the disposal of the minor, aged between 14 and 18 years, and exceptionally, it can be promoted also by the adult heir, in the conditions of art. 694 of The Civil Code or by the injured party in the contract of naval assistance, according to the legislation in force.

The minor under fourteen's deeds are null and void on the grounds of legal incapacity, their character as injury having no significance whatsoever.

As the law does not allow adults, who suffer a prejudice because of the unbalance of services in a synallagmatic contract, to obtain a rescission, they will claim in court to register the immoral or illegal cause of the contract in litigation as cause of annulment of the legal act.

The proof of injury devolves upon the minor with limited power of decision who brings it into discussion. As the Romanian Civil Code launches an objective concept on injury, the victim will have to prove only the disproportion between the service he did and the service of the counter party, but not the error, the fraud or the violence that would have vitiated the consent¹⁴.

The injury is sanctioned by *rescission*, that is *the relative nullity* of the act in cause. The act could be in the advantage of the victim, once the relationship between the services done by parties is reestablished, reason for which the courts of justice often choose to maintain the contract,

¹²A case when the damage is subsequent to this moment is regulated in the French legislation, when the author who agrees to exploitation over his artistic and intellectual works, undergoes an injury higher than 7/12, that can be estimated by comparing it to the whole profit registered by the other party from the activity using the works of the claiming author. It is a unique case when injury is considered subsequent to the moment of closing the legal act, by comparing it to the incomes generated by the execution of the contract; see J. Ghestin, *quoted works*, p. 446;

¹³See G. Boroi, *quoted works*, p. 229-230.

¹⁴See G. Răducan, *The nullity of the civil legal act*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2009, p. 117.

applying either a raise or a decrease of one of the services.

In the French doctrine, the re-checking of the contract is considered as a partial annulment of the contract of injury¹⁵.

III. The Evolution Of The Concept Of Injury

Due to its formal character, The Roman Law did not treat the regulation of injury as a necessity, considering that the fulfillment of required ritual formulas was enough for the validity of the contract.

The Roman Law included nullity for injury in the case of acts closed by *infans*, considered completely incapable, in the case of minors between seven and fourteen years old, who could commit validly only with the help of the tutor, as well as in the case of minors under twenty five years – Lex Pletoria- if they closed the act without the consent of the guardian of the minor. The respective acts were sanctioned through a *restitutio in integrum*¹⁶.

During the rule of Christian emperors, the injury is regulated in the case of some contracts closed between grown-ups. The punishment of injury is comprised within a range of measures with the purpose of protecting the weak party, *humiliores*, that was often forced to give up his land to those who owned the power at that time, *potentes*, at ridiculous prices.

The Middle Ages, strongly influenced by the Christian ideology, highlight the doctrine of fair price contracts. The equivalence of services in synallagmatical contracts relied on the principles of the Christian conscience, through which Saint Thomas and his followers prohibited gaining excessive profits to the detriment of the co-contractor. The term of 'fair price', insufficiently developed by St. Thomas's followers, will determine malfunctions in the economic life, especially when the trade is revitalized. Furthermore, the French customary right from the that period, will not accept injury as a general principle.

In the given background of forbidding the usury and the speculation, theologues influenced the followers of the positive right, The French royal power imposing fixed prices for certain categories of products, although the clerical jurists opposed, considering that the Roman right approved violence only exceptionally. They feared that the regulation of injury in a general manner, would bring prejudices to the security of the legal system and will bring the rebirth of trade within the space of the ex-empire¹⁷.

The father of the French Civil Code defines a general concept of injury *founded on social justice* and defending the liberty of consent, thought able to attract the nullity of the contract, even if the injured party is the buyer, and not the vendor¹⁸.

The period of the French revolution is more radical regarding the applying of injury, the suppression of the action in rescission being the result of the individualist ideas of liberal nature that places the individual in the position of the best judge of his own interests.

On the forementioned context, the drafters of the French Civil Code will not agree on defining the injury either generally or exceptionally. Hence, for the ending of the dispute, the intervention of the emperor was required. Thus, from the point of view of the parties, on the matter of disproportionate contracts, the Civil Code will not retain the injury as cause of annulment, but will allow it in the case of minors, and exceptionally, in the case of grown-ups, but only in relation to certain types of legal transactions¹⁹.

¹⁵See J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, quoted works, p. 175.

¹⁶See J. Ghestin, *quoted works*, p. 443 and others.

¹⁷By fighting against usury and establishing some limits of prices, *the concept of social solidarity* gains ground, having as consequence the extension of applying the injury also in the case of unilateral contracts (for example, donations); see M. Planiol, G. Ripert, *quoted works*, p. 261.

¹⁸See R.J. Pothier, *quoted works*, p. 33 and others;

¹⁹According to the provisions of art. 1118 of The French Civil Code, the injury does not vitiate the conventions, but only certain types of contracts and only in relation to certain categories of contractors.

The French legislation on consumer's protection describes the abusive clause through 'the significant lack of balance between the rights and obligations of the parties' (art. 132-1 from The Consumer's Code)²⁰. It is not a return to St. Thomas's principles who defined the validity of a contract through its results, as the content of the law states that 'the assessment of the abusive character of clauses is not made in relation to the fairness of the price of the sold property or service provided'. A great importance has the prevailing position of the party that enables it to dictate the contractual terms.

Consequently, both *the doctrine and the French jurisprudence admitted the injury, but only at an exceptional level*, out of the desire to ensure the security of the legal system.

The French Civil Code and the complementary legislation considers the injury as 'an objective vice' (and not as vice of consent) consisting *exclusively in an economic imbalance*²¹.

The injury, vice of consent generally applied, is sanctioned by The German Civil Code of 2009 (BGB), which in article 138 provides that 'the legal act contrary to good morals is null'. Similarly, the legal act is null and void if somebody exploits, in his own interest or of a third party, the need, the superficiality or the lack of experience of the co-contractor who has committed to lend in exchange of benefits. These patrimonial advantages surpass the value of the service provided that in the given circumstances, can be abnormal.

A similar provision is encountered in The Swiss Code of obligations, that stipulates in art. 21 that 'in case of obvious disproportion between the service one of the parties committed to and the counter service, the injured party may ask, within one year, for the cancellation of the contract and for the refund of what it has paid if the injury was determined by the exploitation of need, ease and lack of experience.'²²

In the socialist regime, the injury had a limited explanation, considering that "it cannot arise in the contracts closed between two socialist organizations, or between a socialist organization and an individual, as the juridical, legal and compulsory regime of prices always gives value equivalence of the assumed mutual services."²³

Studying on the perception that various lawmakers had on the notion of injury, we can identify two opposed concepts related to its foundation. The arguments of these two concepts will be emphasized as follows:

The objective concept that puts injury in relation to the real value of things, without taking into account the circumstances that caused it. Therefore, the injury can be identified only after a single factor, namely the damage that is equal to the disproportion of value between counter services.

The subjective concept considers the injury in relation to the psychological state of the party that suffered. The injury is nothing else but a vice of consent: either as result of misleading, or of coercion. One party takes advantage either by the weakness or ignorance of the victim, vitiating its consent by fraud or violence; the disproportion in providing services by the parties are only the consequence of these vices²⁴.

If the party aware of this imbalance, will still close the legal act, it is considered as being animated of a liberal intention, subscribing, in the terms of law, to an indirect liberality.

In the French doctrine the question is raised like this: what importance could injury have, as soon as the injured party can claim the annulment of the legal act, on the grounds of fraud or

²⁰ See G. Raducan, *quoted works*, p. 322.

²¹ See F. Terre, P. Simler, Y. Lequette, *quoted works*, p. 251.

²² See J. Ghestin, *quoted works*, p. 445 și M. Planiol, G. Ripert, *quoted works*, p. 214.

²³ That's why, the doctrine and the jurisprudence of that period did not use the injury, considering it against socialist ideals; J. Ghestin, *quoted works*, p. 444.

²⁴ In subjective concept, *the structure of injury involves two elements*: the disproportion in value between counter services is enhanced by the state of need one of the parties experiences and of which the other one takes advantage; see E. Lupan, *quoted works*, p. 230; P. M. Cosmovici, *quoted works*, p. 109.

violence, thus, the damage underwent having no relevance?

Answering to the above-asked question, it was considered that there is still a practical interest in those cases when conditions required by law are not fulfilled in order to annul the contract, founded on the alteration of the will²⁵. For example, the case of error upon value, that is an indifferent error, which does not bring the nullity of the contract by itself, but only when it is the consequence of an error at the core of the contract or at the identity of the co-contractor²⁶.

IV. The Area Of Influence Of Injury In The Civil Code From 1864

Our civil code *defines the objective concept* of the injury, considering not only necessary, but also sufficient the presence of the determined damage caused by the imbalance of services for contract cancellation. Thus, the injury is not accepted when dealing with contracts closed by adults, but only by minors.

Thus, in relation to the actual stage of regulation, *the injury has a limited area of influence*, both in terms of the people who can use it as cancellation cause and from the point of view of legal acts likely to be annulled on grounds of injury.

In the first situation, the injury refers only to minors aged between 14 and 18 years, hence to those with limited power of decision. To this approach, art.1165 of the Civil Code specifies that 'the adult, on grounds of injury, cannot pursue the action in rescission.'²⁷

As an exception, the adult can quote the injury when, after he accepted expressly or tacitly the succession, 'the succession would be absorbed or reduced to more than half, through the appearance of an unknown will at the moment of acceptance'(art. 694, 2nd thesis of the Civil Code).

The provisions of the Civil Code on this issue, regarding minors, were completed with the provisions of art.25, paragraph (1) and (2) from The Decree no 32/1954 for the coming into force of The Code of Family and Decree no 31/ 1954, regarding natural and legal persons²⁸.

According to the forementioned normative acts 'applying the provisions concerning the action in annulment on grounds of injury, is limited to the minors who, aged fourteen, close on their own, without their parents' or tutor's consent, legal acts that are valid without the prior approval of the guardianship authority, if such acts cause them any harm. Legal documents closed with minors who are not 14 years old yet, are open to annulment on the grounds of incapacity, even if injury is not involved²⁹.

As an exception, our law system always approves the introduction of the action in rescission for acts closed by an adult *in the following situations*:

On the grounds of art. 66 from Decree no 443/ 1972 concerning the civil navigation, 'the jurisdictional authorities can increase the conventional remuneration due to rescuers when their expenses were higher than estimated in the contract or when rescuing conditions were more difficult and some expenses higher than the ones foreseen or when the rescued party has concealed

²⁵ See G. Ripert, R. Boulanger, *quoted works*, p. 268.

²⁶ Thus, the injured party will be able to win the sanction of the contract on the grounds of injury, cancelling the contract or obtaining the rebalance of services, if the conditions required by the Romanian legislation are met in full. For further details regarding 'the foundation of exceptions: the subjective and objective concept of injury'; see J. Four, J.L. Aubert, E. Savaux, *quoted works*, p. 194-195.

²⁷ Regarding the admissibility of injury, see G. Boroï, *quoted works*, p. 231 and the excise quoted by the author: C.A. Brasov, civil section, dec. no 81/2002, in Court Of Appeal of Brasov. The Bulletin of Jurisprudence. Collection of 2002 judicial practice, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 2004, p. 99.

²⁸ According to art. 951, paragraph (4) from the Bill of The Civil Code (2004)'Injury can exist also when the minor takes an excessive obligation in comparison with its patrimonial situation, with the advantages he obtains from the contract or with the ensemble of circumstances'.

²⁹ See F. Popa, *quoted works*, p. 193.

the real situation of events³⁰.

According to The Romanian Civil Code, the annulment on grounds of injury is also upheld on accepting the succession, if after the moment of acceptance appears a testament unknown until then, which absorbs more than half of the inheritance³¹.

Leaving aside the situation when the adult is allowed to use the injury, legal acts, that can be annulled on the cause of injury, must accomplish the following *conditions*:

a) *To be legal acts of administration*. Legal acts, closed by the minor with limited power of decision without the previous consent of the guardianship authority, although such a consent would be necessary according to the law, can be annulled without the necessity to prove the injury suffered³². Thus, the legal act of disposition closed by the minor with limited power of decision, on his own (without the twofold previous consent: of the legal tutor and of the guardianship authority), is struck by relative nullity, no matter if it may be injurious for the minor³³.

b) To be closed by the minor with limited power of decision, aged between 14 and 18 years, without the consent of the parent or legal tutor, and for whom it cannot be asked, according to the law, the consent of the guardianship authority³⁴. If the legal act was closed with the consent of the guardianship authority, then it cannot be annulled on the grounds of the damage suffered by the minor with limited power of decision, but, it would be likely that the legal tutor will take up responsibility.

c) The acts must be *of injurious nature for minors*, condition easy to prove due to the introduction of the objective concept on injury, which requires only the proof of disproportion between counter parties.

d) The acts must be *bilateral, with onerous and commutative title*. The requirement that the acts be bilateral and onerous is imposed by force of records, because only in this very case we can discuss of a balance of services.

The general opinion accepts the action in rescission only in the case of the commutative act, because the parties' disproportion in services is taken into account no matter what the objective and subjective concept on the regulation of injury may be, at the moment of closing the contract.

The injury can be studied *only in the contracts that from the very beginning stipulated the rights and obligations parties have* (but not in the aleatory contracts that involve the risk factor, throughout the development of the contract, the party being able to appreciate to what extent the contract was profitable or not)³⁵.

³⁰ The injury suffered at the closing of a convention of naval assistance, underwent by the rescued ship could be annulled on the grounds of injury; previously, the provision being into force, although altered subsequently, from 1950.

³¹ The excerpt was entirely taken from The French Civil Code.

³² From the corroboration of the forementioned provisions with art 129, paragraph (2) and art. 133 paragraph (2) from the Family Code, it is drawn the conclusion that it can be annulled on the grounds of injury 'only those patrimonial acts (damaging for the minor) that do not go beyond the right of administration, more specifically those acts of preserving and acts of administration', because the acts closed by the minor with limited power of decision, are open to annulment (on the grounds of incapacity), without the need to prove the injury; see D. Cosma, *quoted works*, p. 202; St. Rauschi, *quoted works*, p. 120 and the practice: T.S Civil section, dec. no. 1985/1975, in CD no. 1975, p. 74.

³³ The legal act of preservice closed by the minor is also not liable to annulment on the grounds of injury, because such an act is always helpful. See G. Boroi, *quoted works.*, p. 231 and quoted TS practice, civil division, Dec. no. 1985/1975, in C.D. for the year 1975, p. 74.

³⁴ In this context, we mention that the legal acts closed with minors who are not 14 years yet *are open to annulment on the grounds of incapacity* [even if it is not injury, art. 25 paragraph (2) from Decree no 32/1954].

³⁵ According to art. 952 from the Bill of The Civil Code of 2004 'The aleatory contracts, the transition, as well as the contracts stipulated by law, cannot be taken into court on the grounds of injury.

V. Conclusions On Injury, In The Terms Of The Civil Code Of 2009

According to art. 1221 of The Civil Code of 2009, the injury is claimed when one of the parties, *taking advantage of the state of need, lack of experience or lack of knowledge of the other party*, 'stipulates either in his or somebody else's favour a service of a considerably higher value, at the date when the contract is closed, than the value of their own service' (art. 1221 of The Civil Code).

The injury *is estimated and depends on the nature and purpose* of the contract.

We can talk about injury 'also when the minor takes up an excessive responsibility in comparison with his economic status, with the advantages he can get from the contract or from all circumstances'. (Art. 1221 paragraph 3 of the Civil Code).

The injured party can choose between 'the annulment of the contract or the abatement of its obligations to the value of damage-interests that it would be entitled to'. (art. 1222, paragraph 1 of the Civil Code).

Proceedings for annulment on the grounds of injury *are admissible only if the injury exceeds half the amount of the benefit promised or performed*.

Injury is inadmissible in aleatory contracts, transactions and other agreements specifically provided by law (art. 1224 of The Civil Code).

The Court of justice, '*can maintain the contract* (s.n.) if the other party makes a fair offer on reducing the debt or, as it is the case, an increase of its own obligations' (art.1222, paragraph 3 of the civil code).

The right to the action in annulment or to the abatement in obligations for injury becomes extinguished *after 2 years* from the completion of the contract (art. 1223 of The Civil Code).

Consequently, according to the relevant provisions and contextual characteristics, it is drawn the conclusion that *in the view of the Civil Code in 2009, the injury is an issue relating to the civil juridical act of consent*.

References

- 1.M. Avram, *Unilaterally act in private law*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2006
- 2.G. Boroi, *Civil law. The general civil law. Persons*, Hamangiu Publishing House, Bucharest,, 2008
- 3.*The Bulletin of Jurisprudence*. Collection of 2002 judicial practice, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 2004
- 4.D. Cosma, *The general theory of civil legal act*, Scientific Publishing Bucharest, 1969
- 5.P. M. Cosmovici, *Civil law. Introduction to civil law*, All Publishing Bucharesti , 1998
- 6.Demontes, *Le fondament juridique de la lesion*, R.C.L.J., Paris, 1924
- 7.J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations. L acte juridique*, Edition XII, Sirez, Paris, 2006
- 8.J. Ghestin, *Traite de droit civil. Les obligations. Le contrat*, LGDJ, Paris, 1980
- 9.Gr. Giurcă, Gh. Beleiu, *The theory of unpredictability – „rebus sic standibus” – in civil law*, in Law no. 10/1993
10. E. Lupan, *Civil law. The general civil law*, Argonaut Publishing, Cluj Napoca, 1997
11. M. Planiol, G. Ripert, *Trataite pratique de droit civil francaise. Obligations*, LGDJ, t. VI, Paris, 1952
12. A. Pop, Gh. Beleiu, *Civil law. The general theory of civil law*, Bucharest, 1980
13. V.V. Popa, *Civil law . Partea generală. Persoanele*, All Beck Publishing , Bucharest, 2005
14. R.J. Pothier, *Traite des obligations*, Edition Beauce, Paris, 1818
15. G. Răducan, *The nullity of the civil legal act*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2009

-
16. St. Răuschi, *The general civil law. Individual and juridical person*. Chemarea Publishing, Iași, 1993
 17. G. Ripert, R. Boulanger, *Traite de droit civil. Obligations et droits reel*, LGDJ, Paris, 1957
 18. I. Rucăreanu, *Civil law treaty. General theory*, Vol I, Academiei Publishing , București, 1967
 19. F. Terre, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 1999

LEZIUNEA – VICIU DE CONSIMȚĂMÂNT ?

CAMELIA STĂNCIULESCU*

Abstract

În dreptul civil leziunea este o instituție consacrată. Disputele doctrinare în materie, privesc îndeosebi, locul pe care leziunea îl ocupă în formarea actului juridic civil. Mai concret, în materie dăinuie întrebarea dacă leziunea este o problemă de consimțământ sau privește obiectul actului juridic.

În contextul noilor reglementări ale Codului civil 2009, apreciem că o nouă analiză, succintă, a instituției leziunii este de natură a diminua eternele semne de întrebare ale doctrinei. Pentru a putea realiza o analiză complexă a acestei instituții vom studia caracteristicile de bază ale noțiunii de leziune precum evoluția conceptului de leziune, sancțiunea și domeniul de aplicare în contextul Codului Civil de la 1864.

Cuvinte cheie: leziune, fundament juridic, viciu de consimțământ, cod civil, sancțiuni

I. Introducere în noțiunea leziunii – definiție, structură și condiții.

În doctrina civilă „leziunea” are două înțelesuri.

Lato sensu, termenul desemnează prejudiciul pe care o persoană îl încearcă în general, de pe urma încheierii unui act juridic.

În sens larg, leziunea a fost definită drept acea pagubă materială pe care o suferă una din părțile contractante, din cauza disproporției vădite de valoare – apreciată chiar la momentul încheierii contractului – între prestația la care s-a obligat și prestația pe care ar urma s-o primească în schimbul ei. Echilibrul prestațiilor părților în contractele sinalagmatice este apreciat în funcție de criteriul valoric, raportându-se atât la conținutul clauzelor principale, cât și la cel al clauzelor accesorii¹.

Stricto sensu, termenul denotă, în general, paguba pe care o parte dintr-un contract sinalagmatic o suferă din cauza neechivalenței prestațiilor².

În sens restrâns, leziunea este întotdeauna concomitentă cu încheierea contractului. Desființarea actului juridic întemeiată pe un prejudiciu ulterior perfectării sale, datorat schimbării stării de fapt pe parcursul executării acestuia, este întemeiată pe un prejudiciu ulterior perfectării sale, datorat schimbării stării de fapt pe parcursul executării acestuia, este întemeiată pe teoria impreviziunii, subiect controversat în literatura de specialitate.

Față de cele de mai sus, definim leziunea ca fiind *prejudiciul material suferit de una din părți din cauza disproporției vădite de valoare între contraprestații, ce există în chiar momentul încheierii convenției*³.

În același context, precizăm că, potrivit art. 950 din Proiectul din 2004 al Codului civil „leziunea nu viciază consimțământul (cu excepția cazurilor prevăzute de lege, s.n.) decât în privința minorilor și a persoanelor puse sub interdicție judecătorească iar art. 951 alin. (2) arată că

* Asistent universitar doctor, Facultatea de Administrație și Afaceri, Universitatea din București (e-mail: av_cameliastanciulescu@yahoo.com).

¹ A se vedea Demontes, *Le fondement juridique de la lesion*, R.C.L.J., Paris, 1924, p. 37 și urm., J, Ghestin, *op. cit.*, p. 441 și urm.

² Dezvoltată la începutul secolului al XX-lea de către jurisdicția administrativă franceză, „teoria impreviziunii acordă posibilitatea părților rezilierii acestuia, dacă ulterior perfectării contractului, situația economică se modifică în mod imprevizibil și de așa natură încât să „rupă echilibrul prestațiilor părților”. Pentru amănunte, a se vedea Gr. Giurcă, Gh. Beleiu, *Teoria impreviziunii – „rebus sic standibus” – în dreptul civil*, în *Dreptul* nr. 10/1993, p. 29 și urm.

³ Leziunea – viciu de consimțământ, constă în „disproporția vădită de valoare între contraprestații” (*laedere* – a răni; *laesio* – rană, vătămare, pagubă); a se vedea G. Boroi, *op. cit.*, p. 229.

„Există leziune când una din părți, profitând de starea de nevoie, de lipsa de experiență sau de cunoștințe a celeilalte părți stipulează pentru sine ori pentru altul o prestație de valoare considerabil mai mare, la data încheierii contractului, decât valoarea propriei prestații”.

Domeniul de aplicare al leziunii este limitat prin însăși natura acesteia la *contractele bilaterale cu caracter oneros și comutativ*, în care părțile se obligă la prestații reciproce considerate, în principiu echivalente⁴. Leziunea cunoaște și alte limitări în conformitate cu finalitatea acesteia, așa cum a fost ea consacrată de legiuitorul român de la 1864 ca măsură de protecție a minorilor care, fără încuviințarea reprezentanților legali, se aventurează pe tărâm contractual, asumându-și și obligații în nume propriu.

Având în vedere dispozițiile art. 951 C. civ., potrivit căroră „Minorul nu poate ataca angajamentul său *pentru cauză de necapacitate*, decât în caz de leziune”(s.n.) dar și cele ale art. 25 din Decretul nr. 32/1954, în doctrină s-a exprimat opinia că leziunea nu privește consimțământul, „*fiind o problemă în legătură cu capacitatea*”(s.n.)⁵.

Opinia de mai sus este discutabilă, în considerarea următoarelor argumente:⁶ în mod excepțional, legislația în vigoare admite leziunea și în cazul majorilor (art. 694 teza a II-a C. civ.), iar, într-un asemenea caz, nu s-ar mai putea admite că leziunea ar fi o cauză de anulabilitate pentru incapacitate; chiar în cazul reglementat de art. 25 din Decretul nr. 32/1954, anularea actului juridic și, ca o consecință, restituirea intervin nu atât pentru minoritate, cât pentru paguba materială suferită de cel cu capacitate restrânsă de exercițiu la încheierea actului juridic, adică pentru leziune – *minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus*.

În contextul de mai sus precizăm că opinia unanimă a doctrinei franceze este că leziunea este *o problemă de valoare a obiectului* (și trebuie tratată ca atare)⁷. Opinia doctrinei franceze a fost preluată și în teoria națională, însă izolat⁸.

Structura leziunii diferă în raport de concepția care stă la baza reglementării ei.

În cadrul concepției subiective, leziunea presupune două elemente: un *element obiectiv*, ce constă în disproporția de valoare între contraprestații; un *element subiectiv*, constând în profitarea de starea de nevoie în care se găsește cocontractantul.

Ca structură, leziunea implică (în concepția obiectivă⁹), un *singur element*: prejudiciul material egal cu disproporția de valoare între contraprestații.

Legislația noastră consacră concepția obiectivă despre leziune. În consecință, cel ce invocă leziunea *trebuie să dovedească numai vădita disproporție de valoare între contraprestații*¹⁰. Dacă însă o parte a profitat de starea de nevoie în care se afla cealaltă parte, în momentul încheierii actului juridic, acesta nu mai este lovit de nulitate relativă, ci chiar de nulitate absolută pentru cauză imorală.¹¹

⁴ În doctrină s-a opinat astfel, că leziunea este „un fenomen străin actului unilateral, fiind specifică obligațiilor contractuale”. Tot așa, leziunea are ca finalitate restabilirea echilibrului patrimonial între părți, în condițiile în care contractul presupune egalitatea părților; a se vedea M. Avram, *op. cit.*, p. 65.

⁵ Astfel se susține (într-o opinie apreciată, în general) că în dreptul nostru leziunea nu constituie viciu de consimțământ, ci „o condiție de anulare a actelor juridice săvârșite de minorii cu capacitate de exercițiu restrânsă, care încheie singuri fără încuviințarea părinților sau a tutorelui, acte pentru a căror validitate nu se cere și încuviințarea prealabilă a autorității tutelare”; a se vedea D. Cosma, *op. cit.*, p. 153.

⁶ A se vedea A. Pop, Gh. Beleiu, *op. cit.*, p. 239; G. Boroș, *op. cit.*, p. 230.

⁷ În doctrina franceză, leziunea a fost definită drept „prejudiciul rezultat din *inegalitatea de valoare dintre prestațiile reciproce ale părților*”; a se vedea J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, p. 191.

⁸ A se vedea D. Cosma, *op. cit.*, p. 150 și urm.

⁹ În concepția subiectivă, pe lângă disproporția dintre prestații, trebuie dovedit și că una din părți a profitat de *slăbiciunea, ignoranța sau nevoia celeilalte părți pentru a se îmbogăți*; a se vedea V.V. Popa, *op. cit.*, p. 125.

¹⁰ Potrivit art. 951 alin. (3) din Proiectul (2004) Codului Civil „Leziunea *se prezumă* în cazul existenței unei disproporții considerabile în prestații” (s.n.).

¹¹ În acest sens, I. Rucăreanu, *op. cit.*, p. 289.

Pentru a determina anularea actului juridic pe considerentul leziunii se cer a fi îndeplinite cumulativ câteva condiții.

Prejudiciul material suferit de victimă trebuie să fie consecința directă a încheierii actului juridic respectiv.

*Prejudiciul material să existe în raport cu momentul încheierii actului juridic*¹².

Disproporția de valoare să fie vădită. Consecința a consacării concepției obiective asupra leziunii, legiuitorul român nu pretinde și dovedirea stării de nevoie sau a gradului de dezvoltare psihică a victimei.

În finalul secțiunii, precizăm că, deși art. 953 C. civ., nu consacră, expres, leziunea drept viciu de consimțământ (alături de eroare, dol sau violență), din celelalte reglementări ale Codul civil cuprinse în art. 951, art. 1157-1160, art. 1062-1065 coroborate cu cele ale art. 25 din Decretul nr. 32/1954 privitor la persoanele fizice și juridice rezultă, implicit, că *leziunea este (și ea) viciu de consimțământ.*

Reglementarea leziunii se află în Codul civil art. 951, art. 1157-1160, art. 1062-1065. Dispozițiile în cauză se raportează însă și la cele ale art. 25 alin. (1) și (2) din Decretul nr. 32/1954, conform cărora „aplicarea dispozițiilor referitoare la acțiunea în anulare pentru leziune se restrânge la minorii care, având vârsta de patrusprezece ani împliniți, încheie singuri, fără încuviințarea părinților sau a tutorelui, acte juridice pentru a căror valabilitate nu se cere și încuviințarea prealabilă a autorității tutelare, dacă aceste acte le pricinuesc vreo vătămare. Actele juridice ce se încheie de minorii care nu au împlinit vârsta de patrusprezece ani sunt anulabile pentru incapacitate, chiar dacă nu este leziune”¹³.

II. Sancțiunea leziunii

Partea vătămată de pe urma leziunii, care în sistemul nostru de drept este minorul cu capacitate restrânsă de exercițiu, și excepțional majorul, vor putea promova în instanță acțiunea în resciziune.

Acțiunea în resciziune (*rescindere* însemnând anulare) este acțiunea civilă prin care partea îndreptățită poate cere instanței de judecată anularea unui act juridic în temeiul pagubei suferite prin disproporția vădită între prestațiile reciproce ale părților.

Acțiunea este pusă la îndemâna minorului între 14 și 18 ani, iar în mod cu totul excepțional poate fi promovată și de succesorul major în condițiile art. 694 C. civ., sau de partea vătămată în contractul de asistență maritală, conform legislației în vigoare.

Actele minorului sub 14 ani sunt nule pe considerentul incapacității acestora, caracterul lor lezionar neprezentând vreo semnificație.

Întrucât legea nu permite majorilor care suferă un prejudiciu prin dezechilibrul contraprestațiilor într-un contract sinalagmatic să obțină resciziunea, aceștia vor cere instanței să rețină drept cauză a nulității actului juridic cauza imorală sau ilicită a contractului în cauză.

Proba leziunii incumbă minorului cu capacitate restrânsă care o invocă. Întrucât Codul civil român consacră o concepție obiectivă asupra leziunii, victima va fi ținută să dovedească numai disproporția între prestația sa și contraprestația celeilalte părți, iar nu eroarea, dolul sau violența care i-ar fi viciat consimțământul¹⁴.

Leziunea este sancționată cu *resciziunea*, care nu este altceva decât *nulitatea relativă* a actului în cauză. Actul ar putea profita victimei, odată restabilit raportul între prestațiile părților, motiv pentru care instanțele de judecată aleg deseori să mențină contractul, operând fie o majorare, fie o diminuare a uneia dintre prestații.

¹² Un caz în care prejudiciul este ulterior acestui moment este reglementat în legislația franceză, când autorul care cedează dreptul spre exploatare asupra operelor sale artistice și intelectuale suferă o leziune mai mare de 7/12, apreciabilă prin raportarea la întregul profit înregistrat de cealaltă parte din activitatea de punere în valoare a operelor autorului contestatar. Este singurul caz în care leziunea se apreciază ulterior momentului încheierii actului juridic, prin raportare la veniturile generate de executarea contractului; a se vedea J. Ghestin, *op. cit.*, p. 446.

¹³ A se vedea G. Boroi, *op. cit.*, p. 229-230.

¹⁴ A se vedea G. Răducan, *Nulitatea actului juridic civil*, Editura Hamangiu, București, 2009, p. 117.

Revizuirea contractelor este apreciată în doctrina franceză drept o anulare parțială a contractului lezionar¹⁵.

III. Evoluția conceptului de leziune.

Datorită caracterului său formalist, în dreptul roman nu se impunea ca o necesitate reglementarea leziunii, apreciindu-se că îndeplinirea formulilor rituale cerute era suficientă pentru valabilitatea contractului.

În dreptul roman exista nulitate pentru leziune în cazul actelor încheiate de *infans*, considerați pe deplin incapabili, în cazul impuberilor între 7-14 ani, care se puteau obliga valabil numai cu asistența tutorelui, precum și în cazul minorilor sub 25 de ani – Lex Pletoria – dacă încheiau actul fără încuviințarea curatorului. Actele respective erau sancționate printr-o *restitutio in integrum*¹⁶.

În perioada împăraților creștini, leziunea este reglementată în cazul unor contracte încheiate între majori. Sancționarea leziunii se va înscrie în ansamblul de măsuri cu scopul protejării celui slab, *humiliores*, care era adeseori silit să-și cedeze pământurilor potențialilor vremii, *potentes*, la prețuri derizorii.

Evul mediu, puternic marcat de ideologia creștină, aduce în prim plan doctrina justului preț în contracte. Fundamentând echivalența prestațiilor în contractele sinalagmatice pe principiile moralei creștine, Sfântul Toma și adepții săi interziceau obținerea unui profit excesiv în dauna cocontractantului. Noțiunea „prețului just”, insuficient dezvoltată de tomoști, va crea disfuncționalități în viața economică, mai ales o dată cu revigorarea comerțului. Mai mult, dreptul cutumiar francez din perioada respectivă nu va admite leziunea ca principiu general.

Sub aspectul interzicerii împrumutului cu camătă și a speculei, teologii sunt urmași de dreptul pozitiv, puterea regală franceză impunând prețuri fixe pentru anumite categorii de produse, deși juriștii laici s-au opus, apreciind că dreptul roman admitea violența doar cu titlu excepțional. Reglementarea leziunii de o manieră generală, se temeau ei, va prejudicia securitatea circuitului juridic, și renașterea comerțului în spațiul fostului imperiu¹⁷.

În viziunea părintelui Codului civil francez apare o concepție generală asupra leziunii, *întemeiată pe dreptatea socială* și apărarea libertății consimțământului, considerată aptă să atragă nulitatea contractului chiar dacă partea vătămată este cumpărătorul, iar nu vânzătorul¹⁸.

Perioada revoluției franceze este mai radicală în ceea ce privește aplicarea leziunii, suprimarea acțiunii în resciziune fiind rezultatul ideilor individualiste de sorginte liberală care așezau individul în poziția de cel mai bun judecător al propriilor sale interese.

În contextul de mai sus, redactorii Codului civil francez nu vor cădea de acord asupra consacării leziunii cu caracter general sau excepțional, pentru stingerea disputei fiind necesară intervenția împăratului. Astfel Codul civil nu va reține leziunea drept cauză de anulabilitate în cazul contractelor disproporționate din perspectiva prestațiilor părților, ci o va admite în cazul minorului, și excepțional în cazul majorului, raportată însă la anumite tipuri de operațiuni juridice¹⁹.

Legislația franceză din domeniul protecției consumatorului caracterizează clauza abuzivă prin „dezechilibrul semnificativ între drepturile și obligațiile părților” (art. 132-1 din Codul consumatorului)²⁰. Nu este o revenire la principiile tomiste prin care se aprecia valabilitatea unui contract prin rezultatele sale, căci în chiar textul legii se precizează că „aprecierea caracterului abuziv al

¹⁵ A se vedea J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, p. 175.

¹⁶ A se vedea J. Ghestin, *op. cit.*, p. 443 și urm.

¹⁷ Prin lupta împotriva cametei și stabilirea unor prețuri limită, începe să se afirme în această perioadă concepția *solidarității sociale* cu consecința extinderii aplicării leziunii și în cazul contractelor unilaterale (de exemplu donații); a se vedea M. Planiol, G. Ripert, *op. cit.*, p. 261.

¹⁸ A se vedea R.J. Pothier, *op. cit.*, p. 33 și urm.

¹⁹ Potrivit dispozițiilor art. 1118 din Cod civil francez, leziunea nu viciază convențiile, ci doar în anumite tipuri de contracte și cu privire la anumite categorii de contractanți.

²⁰ A se vedea G. Răducan, *op. cit.*, p. 322.

clauzelor nu se face prin raportare la justetea prețului bunului vândut sau serviciului oferit”, caracteristică fiind poziția dominantă a părții care îi permite să dicteze termenii contractuali.

În concluzie, atât *doctrina cât și jurisprudența franceză au admis leziunea, dar numai cu caracter de excepție*, din dorința de a salva securitatea circuitului juridic.

Codul civil francez și legislația complementară tratează leziunea drept un „viciu obiectiv” (și nu ca viciu al consimțământului) constând *exclusiv într-un dezechilibru economic*²¹.

Leziunea, viciu al consimțământului cu aplicație generală este sancționată de Codul civil german de la 1900 (BGB) care, în cuprinsul art. 138, prevede că „actul juridic contrar bunelor moravuri este nul”. Tot astfel, este nul actul juridic prin care cineva exploatează, pentru el sau pentru un terț, nevoia, superficialitatea sau lipsa de experiență a cocontractantului care s-a obligat să ceseze, în schimbul unei prestații, avantaje patrimoniale care depășesc valoarea acelei prestații într-o manieră care, în funcție de circumstanțe este anormală.

O prevedere similară întâlnim în Codul elvețian al obligațiilor, care, în art. 21 stipulează că „în caz de disproporție evidentă între prestația la care s-a obligat una dintre părți și contraprestația celeilalte, partea lezată poate, în termenul de un an, să ceară rezilierea contractului și să i se întoarcă ceea ce a plătit dacă leziunea a fost determinată prin exploatarea nevoii, ușurinței sau inexperienței sale”²².

În regimul socialist leziunea avea o explicație restrânsă, considerându-se că „ea nu se poate ivi în contractele încheiate între două organizații socialiste, ori între o asemenea organizație și o persoană fizică, deoarece regimul juridic legal și obligatoriu al prețurilor practicate asigură întotdeauna echivalența valorică a prestațiilor reciproc asumate”²³.

Din analiza percepției pe care diferiți legiuitori au avut-o asupra leziunii observăm două concepții opuse asupra fundamentului acesteia, ale căror argumente le vom evidenția în cele ce urmează.

Concepția obiectivă pune leziunea în legătură cu valoarea reală a lucrurilor, fără a ține seama de împrejurările care au determinat-o. Deci leziunea se identifică după un singur element, și anume paguba egală cu disproporția de valoare între contraprestații.

Concepția subiectivă apreciază leziunea în raport cu starea psihologică a părții care a avut de suferit din cauza ei. Leziunea nu este altceva decât un viciu al consimțământului: fie ca urmare a inducerii în eroare, fie ca urmare a constrângerii. Victima profită fie de slăbiciunea, fie de necunoașterea victimei, viciindu-i consimțământul prin dol sau violență, disproporția existentă între prestațiile părților nefiind decât consecința acestor vicii²⁴.

Dacă partea conștientă de acest dezechilibru va încheia totuși actul juridic, este prezumată ca animată de o intenție liberală, subscriind, în condițiile legii, la o liberalitate indirectă.

În doctrina franceză s-a pus astfel întrebarea: ce interes ar mai putea prezenta leziunea, din moment ce partea vătămată poate obține anularea actului juridic pe temeiul dolului sau al violenței, paguba suferită neavând nici o relevanță?

Răspunzând la întrebarea de mai sus, s-a opinat că există, totuși un interes practic în acele cazuri când nu sunt îndeplinite condițiile cerute de lege pentru anularea contractului, fundamentat pe alterarea voinței²⁵. De exemplu, în cazul erorii asupra valorii, eroare indiferentă, care nu atrage nulitatea contractului prin ea însăși, ci numai când este consecința unei erori asupra substanței

²¹ A se vedea F. Terre, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 251.

²² A se vedea J. Ghestin, *op. cit.*, p. 445 și M. Planiol, G. Ripert, *op. cit.*, p. 214.

²³ De aceea, doctrina și jurisprudența acelei perioade nu au făcut aplicarea leziunii considerând-o contrară idealurilor socialiste; J. Ghestin, *op. cit.*, p. 444.

²⁴ În concepția subiectivă, *structura leziunii implică două elemente*: pe lângă disproporția de valoare între contraprestații, presupune starea de nevoie în care se află una din părți și de care profită cealaltă; a se vedea E. Lupan, *op. cit.*, p. 230; P. M. Cosmovici, *op. cit.*, p. 109.

²⁵ A se vedea G. Ripert, R. Boulanger, *op. cit.*, p. 268.

obiectului contractului sau asupra identității cocontractantului²⁶.

IV. Domeniul de aplicare al leziunii în Codul civil de la 1864

Codul nostru civil *consacră concepția obiectivă* asupra leziunii, apreciind nu numai necesară dar și suficientă, prezența prejudiciului provocat de dezechilibrul prestațiilor pentru anularea contractului. Astfel, nu este admisă leziunea în materie de contracte încheiate de majori, ci numai cu privire la minori.

Astfel, în raport de stadiul actual al reglementării, *leziunea are un domeniu de aplicare restrâns*, atât sub aspectul persoanelor ce o pot invoca drept cauză de anulare, cât și sub aspectul actelor juridice susceptibile de anulare pentru leziune.

Sub primul aspect, leziunea privește numai pe minorii între 14 și 18 ani, deci pe cei cu capacitate de exercițiu restrânsă. În acest sens, art. 1165 C. civ. prevede că „majorul nu poate, pentru leziune, să exercite acțiunea în resciziune”²⁷.

Ca excepție, majorul poate invoca leziunea în cazul în care, după ce a acceptat succesiunea expres sau tacit, „succesiunea ar fi absorbită sau micșorată cu mai mult de jumătate, prin descoperirea unui testament, necunoscut în momentul acceptării” (art. 694 teza a II-a C. civ.).

Dispozițiile Codului civil în materie, referitoare la minori, au fost completate cu prevederile art. 25 alin. (1) și (2) din Decretul nr. 32/1954 pentru punerea în aplicare a Codului Familiei și a Decretului nr. 31/1954, referitor la persoanele fizice și juridice²⁸.

Potrivit actelor normative de mai sus „aplicarea dispozițiilor referitoare la acțiunea în anulare pentru leziune se restrânge la minorii care, având vârsta de 14 ani împliniți, încheie singuri, fără încuviințarea părinților sau a tutorelui, acte juridice pentru a căror valabilitate nu se cere încuviințarea prealabilă a autorității tutelare, dacă aceste acte le pricinuesc vreo vătămare. Actele juridice care se încheie de minorii ce nu au împlinit vârsta de 14 ani sunt anulabile pentru incapacitate chiar dacă nu este leziune”²⁹.

Ca excepție, sistemul nostru de drept admite introducerea acțiunii în resciziune pentru actele încheiate de către un major în *următoarele cazuri*.

În temeiul art. 66 din Decretul nr. 443/1972 privind navigația civilă, „organele de jurisdicție pot majora retribuiția convențională cuvenită salvatorilor în cazul în care cheltuielile acestora au fost mai mari decât cele estimate în contract, atunci când condițiile de salvare au fost mai grele și unele cheltuieli mai mari decât cele prevăzute sau când partea salvată a ascuns situația reală în care se află”³⁰.

Conform Codului civil român, este de asemenea admisă anularea pe considerentul leziunii a acceptării unei succesiuni, dacă ulterior momentului acceptării se găsește un testament necunoscut la acel moment, care absoarbe mai mult de jumătate din succesiune³¹.

Exceptând situația în care este permis și majorului să invoce leziunea, actele juridice care pot fi anulate pentru leziune, trebuie să întrunească următoarele *condiții*.

²⁶ Astfel, partea vătămată va putea obține sancționarea contractului pe temeiul leziunii, stricând contractul sau obținând reechilibrarea prestațiilor, dacă sunt îndeplinite condițiile cerute de legislația română. Pentru amănunte privind „fundamentul excepțiilor: concepția subiectivă și obiectivă a leziunii”; a se vedea J. Four, J.L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, p. 194-195.

²⁷ Cu privire la admisibilitatea leziunii, a se vedea G. Boroș, *op. cit.*, p. 231 și practica citată de autor: C.A. Brașov, secția civilă, dec. nr. 81/2002, în Curtea de Apel Brașov. Buletinul Jurisprudenței. Culegere de practică judiciară 2002, Ed. Lumina Lex, București, 2004, p. 99.

²⁸ Potrivit art. 951 alin. (4) din Proiectul (2004) Codului civil „Leziunea poate exista și când minorul își asumă o obligație excesivă prin raportare la starea sa patrimonială, la avantajele pe care le obține din contract ori la ansamblul circumstanțelor”.

²⁹ A se vedea F. Popa, *op. cit.*, p. 193.

³⁰ Leziunea suferită prin încheierea unei convenții de asistență maritimă, suferită de nava salvată putea fi anulată pentru cauză de leziune anterior, prevederea fiind în vigoare, deși modificată ulterior, încă din 1950.

³¹ Textul a fost preluat integral din Codul civil francez.

a). *Să fie acte juridice de administrare*. Actele juridice încheiate de minorul cu capacitate de exercițiu restrânsă fără încuviințarea prealabilă a autorității tutelare, deși o asemenea încuviințare ar fi fost necesară potrivit legii, sunt anulabile fără a mai trebui să se dovedească leziunea³². Astfel, actul juridic de dispoziție încheiat de către minorul cu capacitate de exercițiu restrânsă, singur (fără dubla încuviințare prealabilă: a ocrotitorului legal și a autorității tutelare), este lovit de nulitate relativă, indiferent că ar fi sau nu lezionar pentru minor³³.

b). Să fie încheiate de către minorul cu capacitate de exercițiu restrânsă, între 14 și 18 ani, fără încuviințarea părintelui sau ocrotitorului legal, și pentru care nu se cere, potrivit legii, și încuviințarea autorității tutelare³⁴. Dacă actul juridic a fost încheiat cu încuviințarea ocrotitorului legal, atunci el nu mai poate fi desființat pentru paguba suferită de minorul cu capacitate de exercițiu restrânsă, ci, eventual, se va angaja răspunderea ocrotitorului legal față de minorul respectiv.

c). Actele trebuie să fie *lezionare pentru minor*, condiție facil de dovedit datorită consacării concepției obiective asupra leziunii, care presupune doar dovedirea disproporției între contraprestațiile părților.

d). Actele trebuie să fie *bilaterale, cu titlu oneros și comutative*. Cerința ca actele să fie bilaterale și oneroase se impune cu forța evidenței deoarece numai în cazul acestora putem discuta de un echilibru al prestațiilor.

Opinia majoritară admite numai în cazul actelor comutative acțiunea în resciziune, deoarece disproporția prestațiilor părților se apreciază indiferent de concepția obiectivă sau subiectivă a reglementării leziunii, la momentul încheierii contractului.

Leziunea poate fi analizată *doar în contractele în care părțile cunosc de la început întinderea drepturilor și obligațiilor ce le revin* (nu și în contractele aleatorii, care implică ideea de risc, pe parcursul derulării acestuia partea putând aprecia în ce măsură contractul i-a profitat sau nu)³⁵.

V. Concluzii privind leziunea, în concepția Codului civil 2009.

Potrivit art. 1221 C. civ. 2009, leziunea există atunci când una dintre părți, *profitând de starea de nevoie, de lipsa de experiență ori de lipsa de cunoștințe a celeilalte părți*, „stipulează în favoarea sa ori a unei alte persoane o prestație de o valoare considerabil mai mare, la data încheierii contractului, decât valoarea propriei prestații” (art. 1221 C. civ.).

Leziunea *se apreciază și în funcție de natura și scopul contractului*.

Există leziune „și atunci când minorul își asumă o obligație excesivă prin raportare la starea sa patrimonială, la avantajele pe care le obține din contract ori la ansamblul circumstanțelor” (art. 1221 alin. 3 C. civ.).

Partea lezată poate alege între, „anularea contractului sau reducerea obligațiilor sale cu valoarea daunelor-interese la care ar fi îndreptățită” (art. 1222 alin. 1 C. civ.).

³² Din coroborarea dispozițiilor de mai sus cu cele ale art. 129 alin. (2) și art. 133 alin. (2) C. fam. rezultă că nu sunt anulabile pentru leziune „decât actele patrimoniale (păgubitoare pentru minor) care nu depășesc dreptul de administrare, adică actele de conservare și actele de administrare”, deoarece actele încheiate de minorul cu capacitate de exercițiu restrânsă, sunt anulabile (pentru incapacitate), fără a trebui să se mai dovedească leziunea; a se vedea D. Cosma, *op. cit.*, p. 202; St. Răuschi, *op. cit.*, p. 120 și practica: TS, secția civilă, dec. nr. 1985/1975, în CD nr. 1975, p. 74.

³³ De asemenea, nu este susceptibil de anulare pentru leziune nici actul juridic de conservare încheiat de către minor, deoarece un asemenea act este întotdeauna util. A se vedea G. Boroi, *op. cit.*, p. 231 și practica citată T.S., secția civilă, dec. nr. 1985/1975, în C.D. pe anul 1975, p. 74.

³⁴ În acest context, menționăm că actele juridice încheiate de minorii care nu au împlinit vârsta 14 ani *sunt anulabile pentru incapacitate* [chiar dacă nu este leziune, art. 25 alin. (2) din Decretul nr. 32/1954].

³⁵ Potrivit art. 952 din Proiectul din 2004 al Codului civil „Nu pot fi atacate pentru leziune contractele aleatorii, tranzacția, precum și contracte prevăzute de lege.

Acțiunea în anulare pentru leziune este admisibilă numai dacă leziunea depășește jumătate din valoarea prestației promise sau executate.

Leziunea este inadmisibilă în contractele aleatorii, tranzacția, precum și alte contracte anume prevăzute de lege (art. 1224 C. civ.).

Instanța de judecată „poate să mențină contractul (s.n.) dacă cealaltă parte oferă, în mod echitabil, o reducere a propriei creanțe sau, după caz, o majorare a propriei obligații” (art. 1222 alin. 3 C. civ.).

Dreptul la acțiunea în anulare sau în reducerea obligațiilor pentru leziune se prescrie în termen de 2 ani de la data încheierii contractului (art. 1223 C. civ.).

În concluzie, potrivit încadrării dispozițiilor corespunzătoare și a caracteristicilor de fond, rezultă că, în concepția Codului civil 2009, leziunea este o problemă ce ține de conștiința actului juridic civil.

Referințe bibliografice

- 1.M. Avram, *Actul unilateral în dreptul privat*, Ed. Hamangiu, București, 2006
- 2.G. Boroș, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, ediția a III-a , Editura Hamangiu, București, 2008
- 3.Buletinul Jurisprudenței. Culegere de practică judiciară 2002, Ed. Lumina Lex, București, 2004
- 4.D. Cosma, *Teoria generală a actului juridic civil*, Ed. Științifică, București, 1969
- 5.P. M. Cosmovici, *Drept civil. Introducere în dreptul civil*, Ed. All, București , 1998
- 6.Demontes, *Le fondement juridique de la lesion*, R.C.L.J., Paris, 1924
- 7.J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations. L acte juridique*, Edition XII, Sirez, Paris, 2006
- 8.J. Ghestin, *Traite de droit civil. Les obligations. Le contrat*, LGDJ, Paris, 1980
- 9.Gr. Giurcă, Gh. Beleiu, *Teoria impreviziunii – „rebus sic standibus” – în dreptul civil*, în Dreptul nr. 10/1993
10. E. Lupan, *Drept civil. Partea generală*, Ed. Argonaut, Cluj Napoca, 1997
11. M. Planiol, G. Ripert, *Trataite pratique de droit civil francaise. Obligations*, LGDJ, t. VI, Paris, 1952
12. Pop, Gh. Beleiu, *Drept civil. Teoria generală a dreptului civil*, București, 1980
13. V.V. Popa, *Drept civil . Partea generală. Persoanele*, Ed. All Beck, București, 2005
14. R.J. Pothier, *Traite des obligations*, Edition Beauce, Paris, 1818
15. G. Răducan, *Nulitatea actului juridic civil*, Editura Hamangiu, București, 2009
16. St. Răusch, *Drept civil. Partea generală. Persoană fizică. Persoană juridică*, Ed. Chemarea, Iași, 1993
17. G. Ripert, R. Boulanger, *Traite de droit civil. Obligations et droits reel*, LGDJ, Paris, 1957
- I. Rucăreanu, *Tratat de drept civil. Teoria generală*, Vol I, editura Academiei, București, 1967
18. F. Terre, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 1999

COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE COUNTERFEIT ACTION AND UNFAIR COMPETITION ACTION IN THE MATTER OF INDUSTRIAL DESIGNS

ANCA-ANDREEA NISTOREANU*

Abstract

The problem that arises in the industrial models and designs field is that of the relation between the counterfeit action and the unfair competition. In other words, the question is if the unfair competition action can constitute a supplementary protection for the intellectual property rights or the unfair competition action can be exercised together with the counterfeit action, within the private law.

Key words: *registration certificate, exclusive operating rights, counterfeit action, confusion risk, unfair competition action.*

Foreword

The industrial designs and models represent a special category of the industrial property rights. However, the literature in this field underlined the fact that these are, however, an intermediate category, whose juridical regime is based on two basic systems, that is, on the patent and, respectively, on the copyrights.

Indeed, the creations exclusively utilitarian, the procedures, the devices are deemed to be protected by invention patent, so as the exterior form that these utilitarian creations have is not taken into consideration.

On the other side, the creations that are exclusively of the esthetic form, without any kind of utility from the industrial point of view, as are, for example, the paintings, sculptures, novels, artistic and literary works, are protected in general by the intellectual property rights, and in the restricted sense, by the copyrights regime.

In these circumstances, the question is of what kind of protection will benefit an item with a utilitarian character, expressed under an aesthetic way, respectively the item which represents the intermediate category of industrial models and designs.

In the specialised literature, it has been revealed the fact that the creator of an unregistered design or model can get its protection, as an artistic work, that means within the copyrights system. According to the theory of "art unity", the holder of a registered design or model can invoke, cumulatively, both the protection within the copyrights system, as well as the protection specific to industrial models and designs, granted by their registration,¹ which is known under the name of protection accumulation system, and the author of the industrial model or design benefits both of the regime specific to industrial models and designs protection, as well as of that of copyrights or other intellectual property rights, system that has been adopted by the Romanian legislation.

In other words, the act of creating a model or design confers to its author, by itself, on the one hand, the quality of author of a work of art, and on the other hand, the right to get a specific protection title, respectively the registration certificate of the industrial model or design.

* Lecturer, Ph.D., Faculty of Law, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: bnp.nistoreanu@gmail.com).

¹ J. Schmidt-Zalewski, J.-L. Pierre, *"Droit de la propriété industrielle"*, Ed. Litec, Paris, 1996, p. 163

The content and juridical character of the rights on industrial models and designs

Taking into account the above mentioned, the doctrine admitted that, regarding the industrial models and designs seen as works of art, their achievement gives rise to two categories of distinctive rights, but specific to copyright system, thus: moral rights, with a permanent character and patrimonial rights, limited in time.

Besides the non-patrimonial rights recognized to any author of an work of art, including in the case of models and designs authors, (publishing right, the work paternity right, the right to the work integrity, the withdrawal right), the regulation of the specific protection of industrial models and designs grants to the authors some specific rights:

- the right to invoke the priorities recognized by law;
- the right to issue the specific protection title;
- the right to mention the first name, last name and the quality of author in the issued registration certificate, or the right to mark the products in a way that expresses the model or design paternity.

As regards the authors of registered industrial models and designs, if these are the holders of the registration certificates, besides the attributes with patrimonial character of the author, that are included in the representation right, the publishing right and the succession right, as it is regulated by the French legislation, the protection specific to industrial models and designs gives them exclusive supplementary rights.

In this way, according to the art. 30 of the Law no. 129/1992², republished, during the whole validity period, the registration certificate gives to the holder an exclusive exploitation right of the industrial model or design, as well as the right to forbid to third parties to make, without his/her consent, the following acts: - copy, - manufacturing, - trading, - selling, - placing it on the market, - import, - export or – using a product which has the model or design incorporated or applied or – warehousing such a product for these purposes.

As results from legal provisions, the main right conferred upon the holder of a registration certificate of an industrial model or design is represented by the exclusive exploitation right.

Although the law doesn't define directly the content of the exclusive right of exploitation, the doctrine considered that this consists in fact of the right to exclude the third parties from exercising any activities related to an industrial model or design.

In this sense, both the TRIPS³ Agreement, and the Romanian law, stipulate that the holder of a protected industrial model or design, is entitled to deny to third parties, acting without his/her consent, to manufacture, to sell or to import items that have or contain a design or model, which is wholly or in a substantial way, a copy of this protected model or design, when these acts are made with commercial purposes.

We mention that, although the law doesn't stipulate it expressly, the breach of the exclusive exploitation right opens the way to a civil counterfeit action, specific to industrial property rights.

² The Law no. 129/1992 regarding the protection of industrial models and designs, published by the Official Journal of Romania, Part I, no. 10/08.01.1993, republished by the Official Journal of Romania, Part I, no. 876/20.12.2007 based on art. IV of the Law no. 280/2007 for modification and completion of Law no. 129/1992 regarding the protection of industrial models and designs, published by the Official Journal of Romania, Part I, no. 729/26.10.2007, which allocated to the text new numbers.

This Law transposes the provisions of Directive 98/71/CE regarding the juridical protection of communitarian models and designs, published by the Official Journal of the European Communities. L no. 289 of 28 October 1998, and creates the juridical framework needed to direct application, as of the adhesion date of Romania to the European Union, of the Regulation no. 6/2002/CE regarding communitarian designs and models, published by the Official Journal of European Communities L no. 3 of 5 January 2002

³ Art. 26 of TRIPS Agreement or Trips Agreement (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights). The Agreement forms the Annex 1 C to the Agreement regarding the establishing of the World Trade Organization, concluded in Marrakesh, Maroc, at 15 April 1994

On the other hand, the breach of the exclusive exploitation right of the industrial model or design gives to the entitled person the right to damages. It must be mentioned also that the law-makers granted the right to damages starting with the date of publication of the registration request, on condition that the request is not withdrawn or rejected.

However, the effective enforcement of damages can be made only after the issue of the industrial model or design registration certificate. In addition, it must be mentioned that, as regards the conditions of granting damages, these are those foreseen for civil liable to penalty responsibility event, respectively the illicit fact, the guilt, the prejudice, the causality link between fact and damage.

The civil counterfeit action

In the industrial models and designs field, the counterfeit action is regulated expressly by the law, as well as in the geographical marks and indications, only as offence and that means as penal action. The counterfeit offence defends in fact, the exclusive right to protection of the industrial model or design, conferred by issuing the registration certificate.

By consequence, we consider that, in case of any breach of the exclusive right of exploitation of the industrial model or design, the registration certificate holder has the possibility to initiate the proceedings before the Court for a counterfeit action.

In this sense, the art. 30 of the Law no. 129/1992, republished, stipulates that "during the whole validity period, the registration certificate confers to the holder the exclusive exploitation right of the industrial model or design, as well as the right to forbid to the third parties, without his/her consent, the following acts: - copy, - manufacturing, - trading, - selling, - placing it on the market, - import, - export or – using a product which has the model or design incorporated or applied or – warehousing such a product for these purposes."

The civil counterfeit action is recognized expressly by the French doctrine and case-law, although sometimes the French law regulates the counterfeit, in principle, as a penal offence.

This way, the art. 521-4 of the French Code of intellectual property is punishing by a fine, in a general formulation, any intentional breach of the rights guaranteed by law.

On the other hand, the art. 335-2 of the same French law stipulates that any achievement of a written novel, musical composition, painting, design, or any other work of art, printed or embossed, made by breaching the law and the regulations related to authors' property is a "counterfeit", and "any counterfeit represents an offence".

By consequence, any total or partial copy, without the author consent, constitutes an act of counterfeit.⁴

In addition, the French case-law stated that a counterfeit exists independently of a damage occurrence, by the simple breach brought to the intellectual property right, being thus sufficient for qualifying the act as counterfeit.

Also, the confusion does not represent a necessary condition of the counterfeit, and the simple fact of borrowing the work of another person, without his/her consent, it is sufficient.⁵

The Romanian law, as the French law, assimilates to the counterfeit the following acts: manufacturing, copy, trading or selling, placing it on the market, - import, - export or – using a product which has the model or design incorporated or applied or – warehousing such a product for these purposes.

This gives the possibility to sue in the Court the traders that offer for sales products containing a protected industrial design or model or the importers or exporters of such products.

⁴ A. Chavanne, J.J. Burst, "*Droit de la propriété industrielle*", Ed. Dalloz, ed. a IV-a, Paris, 1993, p. 417

⁵ Paris 25 ian. 1968, Gazeta Pal. 1968 și Paris 22 nov. 1919, in Public Records 1921, cited by A. Chavanne and J.J. Burst in op.cit, p.417

In this sense, the French case-law stated that the "professional seller, which doesn't see the similarity that the industrial model that has been delivered to him/her presents related to the creation of a manufacturer whose production is followed by the competition, and which publishes catalogues with his/her creations, was qualified as counterfeit". The French Supreme Court added that the simple fact of sales, import or transit on the French territory represents a counterfeit.⁶

An additional argument for supporting the counterfeit act as a civil action, not only penal, is the moral element that means the subjective attitude of the counterfeiting person.

This way, in case of penal counterfeit action, the faithlessness is an essential condition for the offence existence and, therefore, for penal responsibility.

By contrary, in case of a civil action for the industrial models and designs field, the counterfeit exists independently of the faithlessness or good faith of the defendant, the plaintiff having the responsibility to prove only the existence of the counterfeit acts by which the exclusive exploitation right of the holder was infringed.⁷

By consequence, we consider, by contrary to other authors⁸, the civil counterfeit action could be admitted even in case of the lack of any fault of the defendant and in the absence of any damage. For admitting a civil counterfeit action, it is necessary to establish if that act breaks or not the protection conferred by the registration certificate.

In this sense, the Romanian law stipulates that the civil protection coverage is determined by the graphical representations of the registered models or designs.

In addition, it must be mentioned that the protection coverage depends upon the novelty part contained by these graphic representations, the borrowing, even of part of this novelty being considered counterfeit.⁹

Also, the Law no. 129/1992, republished, stipulates at article 31 paragraph 2 that "the protection granted to a model or design based on this law extends to any design or model that cannot produce a different global visual impression to an experienced person". In addition, the law stipulates that when establishing the protection, it is taken into consideration the freedom degree of the author in making the model or design.

In the specialised case-law and doctrine, it was mentioned that it is not necessary that the model be identically reproduced, but it is enough to have represented its essential elements, characteristics.

Therefore, one of the fundamental rules in industrial design and models area, as well as for trade marks, is that according to which the counterfeit it is appreciated by similarities, and not by differences. In order to appreciate if there is or not counterfeit, it shall be taken into account the whole image created by the industrial model or design.

In contrast to the trade marks field, as regards the appreciation of the counterfeit in the industrial models and designs field, the confusion risk is neither necessary, nor sufficient condition. In this way, it is counterfeit when a constitutive element of the originality of protected work is copied.

Unfair competition action

The trade freedom principles lead to the consecration of the free competition principle between those exercising the same commercial activity.

In the specialised doctrine it has been underlined that there is competition any time more persons have, in their economic activity, the same purpose or one similar, and the competition freedom is a guarantee of progress. This guarantee can be affected by the abusive exercise of the

⁶ Cass. com, 27 mai 1986, Ann. 1988, cited by A. Chavanne and J.J. Burst in op. cit., p. 418

⁷ A. Chavanne, J.J. Burst, op. cit., p. 418

⁸ J. Schmidt-Zaleski, op. cit. p. 171. The author qualifies the civil counterfeit action as a simple civil offence action, situation when the plaintiff must prove not the faithlessness, but the imprudence or negligence

⁹ A. Chavanne, J.J. Burst, op. cit., p. 419

freedom competition, which requires the adoption of preventive measures for fighting against such practices. The idea that represents the fundamentals of preventive measures is that, in competition fight, the partners have to observe a minimum of morality and the freedom of competition is limited by honest trading customs¹⁰.

According to Law no. 11/1991, modified¹¹, it is unfair competition in the legal sense, any act or fact contrary to honest customs in the industrial activity and products trading, works execution as well as services provision. Also, the law stipulates that committing an unfair competition act incurs civil, contravention or penal responsibility, according to law.

And, according to art. 5 paragraph 1 of the Law no. 11/1991, it is an offence the use (...) of an industrial model or design (...) that could generate confusion with those legally used by another trader.

Although the law expressly incriminates these acts as offences, we consider that there is no obstacle in their sanctioning by the civil law, as by the way, the law stipulates.

The problem for the industrial models and designs field is that of the relation between the counterfeit and unfair competition actions.

In other words, the question is, on the one hand, if the unfair competition action can constitute a supplementary protection for the holder of an intellectual property right or if the unfair competition action can be exercised together with the counterfeit action, when the private law is broken.

The Western case-law succeeded to make progress, in this regard, for some guiding principles. This way, it was stated, on one hand, that the unfair competition action can be exercised solely or together with the counterfeit action, when there is a risk of confusion between products or as regards their origin.

On the other hand, the practice demonstrated that the admissibility solution of the unfair competition action, regardless the confusion risk, is more and more extended, especially in the situations of servile imitation, when the confusion risk is not questioned anymore, and this is presumed.¹²

In doctrine was constantly specified that the unfair competition action is a form of civil offense responsibility, which punishes the acts or facts contrary to the honest customs in the trade or industrial activity. This is the reason for which, in a first stage, the basis of the responsibility for unfair competition was formed by the provisions of the Civil Code related to responsibility, provisions that apply, by the way, in completing the special norms adopted by Law no. 11/1991.

This way, the doctrine¹³ stressed that the unfair competition action supposes:

- A competition act between persons that exercise trade, industrial or professional activities of the same nature;
- the occurrence of a damage;
- the incorrect, unfair character of the competition act, consisting in the generation of a confusion situation related to the origin of some products, etc, the breach of any other obligations of honest behavior, of good faith, in relation with the persons developing an activity of the same kind;
- the guilt of the author of the competition act;
- the causality link between the fact committed by the author of the unfair competition act and the damage.

¹⁰ Y. Eminescu, *"Unfair competition"*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 1995, p. 4

¹¹ Law no. 11/1991 regarding the fight against unfair competition, published by Official Journal of Romania, Part I, no. 24 of 30 January 1991, was modified by the Law no. 21/1996 published by Official Journal of Romania, Part I, no. 88/30. 04. 1996 and by Law no. 298/2001 published by Official Journal of Romania, Part I, no. 313/12.05.2001

¹² J. Passa, *"Contrefaçon et concurrence déloyale"*, Ed. Litec, Paris, 1997, p. 191

¹³ V. Roş, *"Intellectual property rights"*, Global Lex Publishing House, Bucharest, 2001, p. 540

On the other hand, the holder of the right on a model or design of a form creation has the possibility to follow the way of a counterfeit action against any reproduction or total or partial representation made by a third party, without permission. And, by contrast to the unfair competition action, the counterfeit action of an industrial model or design shall have chances to be won, independently of the existence of a confusion risk between the products on which has exclusive rights and the counterfeit product.

In addition, the counterfeit can be invoked, without any impediment, and against any person that it is not in competition relation with the right holder¹⁴, being sufficient to exist a copy or illicit imitation of the original or part of the original.¹⁵

Conclusions

As regards the relation between the counterfeit action and the unfair competition action, as regards the industrial designs and models, when there is a risk of confusion, the doctrine distinguished between two situations:

- the risk of confusion in the presence of a counterfeit,
- the risk of confusion in the absence of a counterfeit.

As regards the first situation, when there is a risk of confusion in the presence of a counterfeit of the protected design or model, it is questionable if the holder of the right has the possibility to initiate both the counterfeit action, as well as the unfair competition action.

The answer of an important part of the doctrine and case law is one affirmative, and sustained that the risk of confusion resulting from the copy or imitation of the protected form justifies – by itself – the possibility of the plaintiff to bring together the two actions, that, in this situation, remain distinct.

This way, as it is well known, in the industrial models and design field, the confusion risk is not taken into consideration on the occasion of the counterfeit appreciation (in the broad sense of the word, that of "usurpation of the exclusive exploitation right"), and this is a damaging fact, different of the exclusive right usurpation. In other words, although the confusion risk results from the material point of view of the counterfeit acts, being, therefore, indivisible under this aspect (material) of counterfeit, this constitutes, however, a removable element, from the juridical point of view, which justifies the possibility of the coexistence of the unfair competition action with that of counterfeit action.

In this sense, in a case, the French Supreme Court of Appeal retained that "the servile copy invoked was realized by counterfeiters with the intention to generate confusion among consumers as regards the competitive models, so as the defendants were guilty of both counterfeit acts, and deliberate unfair competition".¹⁶

As regards the second situation, where there is no risk of confusion regarding some products that have incorporated designs or models, which are not protected and, in this case, as we cannot talk about counterfeit, and the French case-law decided that the unfair competition action can be initiated, regardless the existence of a counterfeit.

In this way, it has been retained that if the manufacturing of a servile copy of a model previously exploited by a competitor can generate confusion, and in this way, the owner of the previous model could suffer damages, then such an action is subject to be characterized, even in the absence of the exclusive right on the respective model, as an unfair competition act.¹⁷

¹⁴ J. Passa, op. cit., p. 192

¹⁵ Paris, 14 May 1990, RIPIA 1990-93, cited by J. Passa, in op. cit., p. 192

¹⁶ Cass. com 21 May 1979, cited by J. Passa, in op. cit., p. 197. In the same sense, the same Supreme Court of Appeal stated that "a conviction for unfair competition can be pronounced in the same time with one for counterfeit, if the Court draw the conclusion that the doer continued to manufacture and sell an apparatus that it is a servile copy of a protected model", Cass. com 2 Jan. 1964

¹⁷ Cass. com 16 dec. 1983, cited by J. Passa, in op. cit., p. 205

In conclusion, we consider, together with other authors, that the counterfeit action does not exclude, from juridical point of view, the unfair competition action. In addition, we mention that the doctrine and the case-law in the field have underlined the fact that the unfair competition action can be initiated independently of the existence of a confusion risk, for other reasons, as are, for example, to get benefit of the fame already obtained by another competitor, the sales of the copied product at smaller prices compared to the original, the violation of manufacturing secrets etc.¹⁸

References

- J. Schmidt-Zalewski, J.-L. Pierre, "Droit de la propriété industrielle", Ed. Litec, Paris, 1996
- A. Chavanne, J.J. Burst, "Droit de la propriété industrielle", Ed. Dalloz, ed. a IV-a, Paris, 1993
- Yolanda Eminescu, "Unfair competition", Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 1995
- Jérôme Passa, "Contrefaçon et concurrence déloyale", Ed. Litec, Paris, 1997
- Viorel Roş, "Intellectual Property Rights ", Global Lex Publishing House, Bucharest, 2001
- Law no. 129/1992 regarding the protection of industrial models and designs
- TRIPS Agreement
- Law no. 11/1991 regarding the fighting against unfair competition

¹⁸ In the French doctrine "the fact to benefit illegally, of the fame, reputation or notoriety of a professional that develops an activity, even different of an unfair competition act, known under the denomination of "parazitism", Y. Saint-Gal, "Concurrence déloyale et concurrence parasitaire", cited by J. Passa, in op. cit., p. 251

ANALIZĂ COMPARATIVĂ ÎNTRE ACȚIUNEA ÎN CONTRAFACERE ȘI ACȚIUNEA ÎN CONCURENȚĂ NELOIALĂ ÎN MATERIA DESENELOR ȘI MODELELOR INDUSTRIALE

ANCA-ANDREEA NISTOREANU*

Abstract

Problema care se ridică în materia desenelor și modelelor industriale este aceea a raportului care există între acțiunea în contrafacere și acțiunea în concurență neloială. Cu alte cuvinte, se pune problema, pe de o parte, dacă acțiunea în concurență neloială poate constitui o protecție complementară pentru titularul unui drept de proprietate intelectuală sau, dacă acțiunea în concurență neloială poate fi exercitată alături de acțiunea în contrafacere atunci când există o atingere adusă dreptului privativ.

Cuvinte cheie: *certificat de înregistrare, drept exclusiv de exploatare, acțiune în contrafacere, risc de confuzie, acțiune în concurență neloială.*

Introducere

Desenele și modelele industriale reprezintă o categorie aparte a drepturilor de proprietate industrială. Cu toate acestea, literatura de specialitate a subliniat faptul că acestea constituie, totuși, o categorie intermediară, al cărei regim juridic se întemeiază pe două regimuri de bază, și anume cel al brevetului și, respectiv, cel al dreptului de autor.

Într-adevăr, creațiile exclusiv utilitare, procedeele, dispozitivele sunt susceptibile de a fi protejate prin brevet de invenție, astfel încât forma exterioară pe care aceste creații utilitare o îmbracă nu este luată în considerare.

Pe de altă parte, creațiile care poartă exclusiv asupra unei forme estetice, fără nici un efect de utilitate, din punct de vedere industrial, cum sunt, spre exemplu, tablourile, sculpturile, romanele, operele literare și artistice, în general, sunt protejate prin drepturile de proprietate intelectuală, în sens restrâns, adică prin regimul drepturilor de autor.

În aceste împrejurări, se pune problema de ce tip de protecție va beneficia un obiect care deține un caracter utilitar, exprimat sub o formă estetică, respectiv acel obiect care reprezintă categoria intermediară a desenelor și modelelor industriale.

În doctrina de specialitate s-a relevat faptul că, creatorul unui desen sau model neînregistrat poate obține protecția acestuia, în calitate de operă de artă, adică prin sistemul dreptului de autor. Potrivit teoriei "unității artei", titularul unui desen sau model înregistrat poate invoca, în mod cumulativ, atât protecția în baza sistemului dreptului de autor, cât și protecția specifică desenelor și modelelor industriale, acordată prin înregistrarea acestora,¹ ceea ce poartă denumirea de sistemul cumulului de protecție, autorul desenului sau modelului industrial beneficiind simultan atât de regimul specific de protecție pentru desenele și modelele industriale, cât și de cel pentru drepturile de autor sau alte drepturi de proprietate intelectuală, sistem adoptat și de legiuitorul român.

Cu alte cuvinte, actul creației unui desen sau model conferă autorului, prin el însuși, pe de o parte, calitatea de autor al unei opere de artă, iar, pe de altă parte, dreptul de a obține și un titlu de protecție specific, respectiv certificatul de înregistrare a desenului sau modelului industrial.

* Lect.univ.dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București (e-mail:bnp.nistoreanu@gmail.com).

¹ J. Schmidt-Zalewski, J.-L. Pierre, "Droit de la propriété industrielle", Ed. Litec, Paris, 1996, p. 163

Conținutul și natura juridică a drepturilor asupra desenelor și modelelor industriale

Având în vedere cele expuse mai sus, doctrina a admis că, în ceea ce privește desenele și modelele industriale privite ca opere de artă, realizarea acestora dă naștere la două categorii de drepturi distincte, dar specifice sistemului dreptului de autor, și anume: drepturi morale, cu un caracter perpetuu, și drepturi patrimoniale, limitate în timp.

Pe lângă drepturile nepatrimoniale recunoscute oricărui autor al unei opere de artă, deci inclusiv în cazul autorilor de desene și modele (dreptul de divulgare, dreptul la paternitatea operei, dreptul la integritatea operei, dreptul de retractare), reglementarea protecției specifice a desenelor și modelelor industriale acordă autorilor acestora unele drepturi specifice:

- dreptul de a invoca prioritățile recunoscute de lege;
- dreptul la eliberarea titlului de protecție specific;
- dreptul la menționarea numelui, prenumelui și calității de autor în certificatul de înregistrare eliberat, sau dreptul de a-și marca produsele într-un mod care să exprime paternitatea desenului sau modelului.

În privința autorilor de desene și modele industriale înregistrate, dacă aceștia sunt și titularii certificatelor de înregistrare, pe lângă atributele cu caracter patrimonial ale autorului care se regăsesc în dreptul de reprezentare, dreptul de reproducere și dreptul de suită după cum este reglementat în legislația franceză, protecția specifică desenelor și modelelor industriale le conferă acestora și drepturi complementare exclusive.

Astfel, potrivit art. 30 din Legea nr. 129/1992², republicată, pe întreaga perioadă de valabilitate, certificatul de înregistrare conferă titularului un drept exclusiv de exploatare a desenului sau modelului industrial, precum și dreptul de a interzice terților să efectueze, fără consimțământul său, următoarele acte: - reproducerea, - fabricarea, - comercializarea, - oferirea spre vânzare, - punerea pe piață, - importul, - exportul sau - folosirea unui produs în care desenul sau modelul este încorporat ori la care acesta se aplica sau - stocarea unui astfel de produs în aceste scopuri.

Așa cum rezultă și din prevederile legale, principalul drept conferit titularului certificatului de înregistrare a unui desen sau model industrial îl reprezintă dreptul exclusiv de exploatare.

Deși legea nu definește în mod direct conținutul dreptului exclusiv de exploatare, doctrina a considerat că acesta constă, în fapt, în dreptul de a-i exclude pe terți de la exercitarea oricăror activități care vizează un desen sau model industrial.

În acest sens, atât Acordul TRIPS³, cât și legea română, prevăd că titularul unui desen sau model industrial protejat are dreptul să împiedice terții care acționează fără consimțământul său să fabrice, să vândă sau să importe articole care comportă sau conțin un desen sau model care este, în totalitate sau într-o măsură substanțială, o copie a acestui desen sau model protejat, atunci când actele respective vor fi făcute în scopuri comerciale.

Precizăm că, deși legea nu prevede în mod expres, încălcarea dreptului exclusiv de exploatare deschide calea unei acțiuni civile în contrafacere, specifică drepturilor de proprietate industrială.

² Legea nr. 129/1992 privind protecția desenelor și modelelor industriale, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 10/08.01.1993, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 876/20.12.2007 în temeiul art. IV din Legea nr. 280/2007 pentru modificarea și completarea Legii nr. 129/1992 privind protecția desenelor și modelelor industriale, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 729/26.10.2007, dându-se textelor o nouă numerotare

Prezenta lege transpune dispozițiile Directivei 98/71/CE privind protecția juridică a desenelor și modelelor comunitare, publicată în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene L nr. 289 din 28 octombrie 1998, și creează cadrul juridic necesar aplicării directe, de la data aderării României la Uniunea Europeană, a Regulamentului nr. 6/2002/CE privind desenele și modelele comunitare, publicat în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene L nr. 3 din 5 ianuarie 2002

³ Art. 26 din Acordul TRIPS sau Trips Agreement (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights). Acordul formează Anexa 1 C la Acordul privind constituirea Organizației Mondiale de Comerț, încheiat la Marrakesh, Maroc, la 15 aprilie 1994

Pe de altă parte, încălcarea dreptului exclusiv de exploatare a desenului sau modelului industrial acordă persoanei îndreptățite dreptul la despăgubiri. De precizat este faptul că legiuitorul a acordat dreptul la despăgubiri începând chiar cu data publicării cererii de înregistrare, cu condiția ca cererea de înregistrare să nu fii fost retrasă ori respinsă.

Cu toate acestea, executarea efectivă a despăgubirilor se va putea realiza numai după eliberarea certificatului de înregistrare a desenului sau modelului industrial. În plus, trebuie precizat faptul că, în ceea ce privește condițiile acordării de despăgubiri, acestea sunt cele prevăzute pentru declanșarea răspunderii civile delictuale, respectiv fapta ilicită, vinovăția, prejudiciul, legătura de cauzalitate între fapt și prejudiciu.

Acțiunea civilă în contrafacere

În materia desenelor și modelelor industriale, acțiunea în contrafacere este reglementată în mod expres de lege, ca și în domeniul mărcilor și indicațiilor geografice, numai ca infracțiune, deci ca o acțiune penală.

Infracțiunea de contrafacere, însă, apără, în fapt, dreptul exclusiv de exploatare a desenului sau modelului industrial conferit prin eliberarea certificatului de înregistrare.

Prin urmare, considerăm că, în cazul oricărei atingeri aduse dreptului exclusiv de exploatare a desenului sau modelului industrial, titularul certificatului de înregistrare are posibilitatea să sesizeze instanța cu o acțiune în contrafacere.

În acest sens, art. 30 din Legea nr. 129/1992, republicată, prevede că " pe întreaga perioadă de valabilitate, certificatul de înregistrare conferă titularului un drept exclusiv de exploatare a desenului sau modelului industrial, precum și dreptul de a interzice terților să efectueze, fără consimțământul său, următoarele acte: - reproducerea, - fabricarea, - comercializarea, - oferirea spre vânzare, - punerea pe piață, - importul, - exportul sau - folosirea unui produs în care desenul sau modelul este încorporat ori la care acesta se aplica sau - stocarea unui astfel de produs în aceste scopuri."

Acțiunea civilă în contrafacere este recunoscută în mod expres de doctrina și jurisprudența franceză, deși uneori legea franceză reglementează contrafacerea, în principiu, tot ca delict penal.

Astfel, art. 521-4 din Codul francez al proprietății intelectuale sancționează cu amendă, într-o redactare generală, orice atingere adusă cu bună-știință drepturilor garantate prin lege.

Pe de altă parte, art. 335-2 din aceeași lege franceză prevede că orice realizare a unei opere scrise, a unei compoziții musicale, a unui desen, picturi, sau a oricărei alte opere, imprimată sau gravată, efectuată cu nerespectarea legilor și reglementărilor referitoare la proprietatea autorilor este "o contrafacere", iar "orice contrafacere reprezintă un delict".

Prin urmare, orice reproducere totală sau parțială, fără autorizarea autorului, constituie un act de contrafacere.⁴

În plus, jurisprudența franceză a statuat că o contrafacere există în mod independent de producerea vreunui prejudiciu, simpla atingere adusă dreptului de proprietate intelectuală fiind suficientă pentru calificarea actului drept contrafacere.

De asemenea, confuzia nu reprezintă o condiție necesară a contrafacerii, simplul act de a împrumuta opera altei persoane, fără consimțământul ei, fiind suficient.⁵

Legea română, ca și legea franceză, asimilează contrafacerii următoarele acte: fabricarea, reproducerea, comercializarea sau oferirea spre vânzare, punerea pe piață, importul, exportul sau folosirea unui produs în care desenul sau modelul este încorporat ori la care acesta se aplică sau stocarea unui astfel de produs în aceste scopuri.

⁴ A. Chavanne, J.J. Burst, "Droit de la propriété industrielle", Ed. Dalloz, ed. a IV-a, Paris, 1993, p. 417

⁵ Paris 25 ian. 1968, Gazeta Pal. 1968 și Paris 22 nov. 1919, în Anale 1921, citate de A. Chavanne și J.J. Burst în op.cit, p.417

Aceasta permite acționarea în instanță și a comercianților care oferă spre vânzare produse conținând un desen sau model industrial protejat, ori a importatorilor sau distribuitorilor de astfel de produse.

În acest sens, jurisprudența franceză a statuat că "vânzătorul profesionist, care nu remarcă asemănarea pe care modelul industrial, ce i-a fost livrat, o prezintă în raport cu o creație a unui fabricant a cărui producție este, în mod special, urmată de concurenți și care își publică albume cu fotografiile creațiilor sale, a fost calificat drept un contrafăcător". Instanța supremă franceză a adăugat că simplul act de vânzare, import sau tranzit pe teritoriul francez constituie o contrafacere.⁶

Un argument în plus în sprijinul recunoașterii acțiunii în contrafacere ca și acțiune civilă, nu numai penală, îl constituie elementul moral, adică atitudinea subiectivă a contrafăcătorului.

Astfel, în cazul acțiunii penale în contrafacere, reaua-credință constituie o condiție esențială pentru existența infracțiunii și, deci, pentru declanșarea răspunderii penale.

Dimpotrivă, în cazul unei acțiuni civile în materia desenelor și modelelor industriale, contrafacerea există independent de buna sau reaua-credință a pârâtului, reclamantul având sarcina de a dovedi doar existența actelor de contrafacere prin care dreptul exclusiv de exploatare al titularului a fost încălcat.⁷

Prin urmare, considerăm, spre deosebire de alți autori⁸, că acțiunea civilă în contrafacere poate fi admisă chiar în lipsa oricărei culpe din partea pârâtului și în absența oricărui prejudiciu. Pentru admiterea unei acțiuni civile în contrafacere, este necesar să se stabilească dacă actul respectiv aduce sau nu atingere protecției conferite prin certificatul de înregistrare.

În acest sens, legea română prevede că întinderea protecției civile este determinată de reprezentările grafice ale desenelor sau modelelor înregistrate.

În plus, trebuie precizat că întinderea protecției depinde, în mod evident, de partea de noutate conținută de aceste reprezentări grafice, împrumutarea, chiar a unei părți din această noutate, fiind considerată contrafacere.⁹

De asemenea, Legea nr. 129/1992, republicată, prevede în art. 31 alin. 2 că "protecția acordată unui desen sau model în baza prezentei legi se extinde la orice desen sau model care nu produce o impresie vizuală globală diferită asupra unui utilizator avizat". În plus, legea prevede că la stabilirea sferei de protecție se ia în considerare gradul de libertate a autorului în realizarea desenului sau modelului.

În doctrina și jurisprudența de specialitate s-a precizat că nu este necesar ca modelul să fie reprodus în mod identic, ci este suficient să-i fi fost reproduse elementele esențiale, caracteristice.

De aceea, una din regulile fundamentale în materia desenelor și modelelor industriale, ca de altfel și în materia mărcilor, este cea potrivit careia contrafacerea se apreciază după asemănări, și nu după deosebiri. Pentru a aprecia dacă există sau nu contrafacere se va ține cont de imaginea de ansamblu pe care o creează desenul sau modelul industrial.

Spre deosebire, însă, de materia mărcilor, în ceea ce privește aprecierea contrafacerii în domeniul desenelor și modelelor industriale, riscul de confuzie nu constituie o condiție necesară și nici suficientă. Astfel, va exista contrafacere atunci când un element constitutiv al originalității operei protejate este reprodus.

⁶ Cass. com, 27 mai 1986, Ann. 1988, citată de A. Chavanne și J.J. Burst în op. cit., p. 418

⁷ A. Chavanne, J.J. Burst, op. cit., p. 418

⁸ J. Schmidt-Zalewski, op. cit. p. 171. Autoarea califică acțiunea civilă în contrafacere drept o simplă acțiune în răspundere civilă delictuală, situație în care reclamantul va trebui să facă dovada nu a relei credințe, ci doar a unei imprudențe sau neglijențe

⁹ A. Chavanne, J.J. Burst, op. cit., p. 419

Acțiunea în concurență neloială

Principiul libertății comerțului a însemnat și consacrarea principiului libertății de concurență între cei care exercită aceeași activitate comercială.

În doctrina de specialitate s-a subliniat faptul că există concurență ori de câte ori mai multe persoane urmăresc, în activitatea lor economică, același scop sau un scop asemănător, iar libertatea de concurență reprezintă o garanție a progresului. Această garanție poate fi însă afectată prin exercitarea abuzivă a libertății de concurență, ceea ce impune adoptarea de măsuri preventive pentru combaterea unor asemenea practici. Ideea care constituie fundamentul măsurilor preventive este aceea că, în lupta de concurență, partenerii sunt datori să respecte un minim de moralitate și că libertatea de concurență își are limita în obiceiurile comerciale cinstite¹⁰.

Potrivit Legii nr. 11/1991, modificată¹¹, constituie concurență neloială, în sensul legii, orice act sau fapt contrar uzanțelor cinstite în activitatea industrială și de comercializare a produselor, de execuție a lucrărilor, precum și de efectuare a prestațiilor de servicii. De asemenea, legea prevede că săvârșirea unui act de concurență neloială atrage răspunderea civilă, contravențională sau penală, în condițiile legii.

Iar, potrivit art. 5 alin. 1 din Legea nr. 11/1991, constituie infrațiune folosirea (...) unui desen sau model industrial (...) de natură să producă confuzie cu cele folosite legitim de alt comerciant.

Deși legea incriminează, în mod expres, aceste acte ca infrațiune, considerăm că nu există nici un impediment pentru sancționarea acestora și în planul dreptului civil, așa cum, de altfel, prevede și legea.

Problema care se ridică, însă, în materia desenelor și modelelor industriale este aceea a raportului care există între acțiunea în contrafacere și acțiunea în concurență neloială.

Cu alte cuvinte, se pune problema, pe de o parte, dacă acțiunea în concurență neloială poate constitui o protecție complementară pentru titularul unui drept de proprietate intelectuală sau, dacă acțiunea în concurență neloială poate fi exercitată alături de acțiunea în contrafacere atunci când există o atingere adusă dreptului privativ.

Jurisprudența occidentală a reușit să avanseze, sub acest aspect, unele principii directoare. Astfel, s-a statuat, pe de o parte, că acțiunea în concurență neloială poate fi exercitată singură sau alături de acțiunea în contrafacere atunci când există un risc de confuzie între produse sau în ceea ce privește originea lor.

Pe de altă parte, însă, practica a demonstrat că soluția admisibilității acțiunii în concurență neloială, independent de riscul de confuzie, este din ce în ce mai răspândită, în special în situațiile de imitație servilă, când nu se mai pune problema riscului de confuzie, acesta fiind prezumat.¹²

În doctrină s-a precizat, în mod constant, că acțiunea în concurență neloială este o formă a răspunderii civile delictuale, care sancționează actele sau faptele contrare uzanțelor cinstite în activitatea comercială sau industrială. Acesta este și motivul pentru care, într-o primă etapă, temeiul răspunderii pentru concurență neloială l-au constituit dispozițiile Codului civil privitoare la răspundere, dispoziții care se aplică, de altfel, în completarea normelor speciale adoptate prin Legea nr. 11/1991.

Astfel, doctrina¹³ a subliniat că acțiunea în concurență neloială presupune:

- un act de concurență între persoane care exercită activități de comerț, industrie sau profesionale de aceeași natură;

¹⁰ Y. Eminescu, "Concurența nelegală", Ed. Lumina Lex, București, 1995, p. 4

¹¹ Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 24 din 30 ianuarie 1991, a fost modificată prin Legea nr. 21/1996 publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 88/30. 04. 1996 și prin Legea nr. 298/2001 publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 313/12.05.2001

¹² J. Passa, "Contrefaçon et concurrence déloyale", Ed. Litec, Paris, 1997, p. 191

¹³ V. Roș, "Dreptul proprietății intelectuale", Ed. Global Lex, București, 2001, p. 540

- producerea unui prejudiciu;
- caracterul incorect, neloial al actului de concurență, constând în crearea unei stări de confuzie cu privire la proveniența unor produse etc, încălcarea oricăror alte obligații de comportare onestă, de bună-credință, în raport cu persoanele care desfășoară o activitate de același fel;
- vinovăția autorului actului de concurență;
- legătura de cauzalitate între fapata săvârșită de autorul actului de concurență neloială și prejudiciu.

Pe de altă parte, însă, titularul dreptului asupra unui desen sau model al unei creații de formă are posibilitatea de a urma calea unei acțiuni în contrafacere împotriva oricărei reproduceri sau reprezentări totale ori parțiale efectuate de către un terț, fără autorizare. Iar, spre deosebire de acțiunea în concurență neloială, acțiunea în contrafacere a unui desen sau model industrial va avea șanse de câștig independent de existența unui risc de confuzie între produsul asupra căruia poartă dreptul exclusiv și produsul contrafăcut.

În plus, contrafacerea poate fi invocată, fără nici un obstacol, și împotriva unei persoane care nu se află în raport de concurență cu titularul dreptului¹⁴, fiind suficient să existe o reproducere sau imitare ilicită a originalului sau a unei părți din original.¹⁵

Concluzii

În privința raportului dintre acțiunea în contrafacere și acțiunea în concurență neloială în materia desenelor și modelelor industriale, atunci când există un risc de confuzie, doctrina de specialitate a distins între două situații:

- riscul de confuzie în prezența unei contrafaceri,
- riscul de confuzie în absența unei contrafaceri.

În ceea ce privește prima situație, adică atunci când există un risc de confuzie în prezența contrafacerii desenului sau modelului protejat, se pune problema dacă, titularul dreptului are posibilitatea de a intenta atât acțiunea în contrafacere, cât și acțiunea în concurență neloială.

Răspunsul unei părți însemnate a doctrinei și practicii judiciare este unul afirmativ, susținându-se că riscul de confuzie rezultând din reproducerea sau imitarea formei protejate justifică - prin el însuși - posibilitatea reclamantului de a alătura cele două acțiuni, care, în această situație, rămân distincte.

Astfel, după cum se cunoaște, în materia desenelor și modelelor industriale, riscul de confuzie nu este luat în considerare cu ocazia aprecierii contrafacerii (în sensul larg al cuvântului, de "uzurpare a dreptului exclusiv de exploatare"), acesta constituind o faptă prejudiciabilă, distinctă de uzurparea dreptului exclusiv. Cu alte cuvinte, deși riscul de confuzie rezultă, din punct de vedere material, din actele de contrafacere, fiind, deci, inseparabil sub acest aspect (material) de contrafacere, acesta constituie, totuși, un element detașabil, din punct de vedere juridic, ceea ce justifică posibilitatea coexistenței acțiunii în concurență neloială cu acțiunea în contrafacere.

În acest sens, într-o speță, Curtea de Casație franceză a reținut că "reproducerea servilă invocată a fost realizată de către contrafăcători cu intenția de a produce confuzie în rândul consumatorilor în privința modelelor concurente, astfel încât aceștia s-au dedat în mod culpabil, atât la acte de contrafacere, cât și la acte deliberate de concurență neloială".¹⁶

În ceea ce privește cea de-a doua situație, în care există un risc de confuzie cu privire la anumite produse ce poartă încorporate desene sau modele, care, însă, nu sunt protejate și, deci, pentru care nu se poate vorbi de contrafacere, jurisprudența franceză s-a pronunțat în sensul că acțiunea în concurență neloială poate fi intentată, independent de existența unei contrafaceri.

¹⁴ J. Passa, op. cit., p. 192

¹⁵ Paris, 14 mai 1990, RIPIA 1990-93, citată de J. Passa, în op. cit., p. 192

¹⁶ Cass. com 21 mai 1979, citată de J. Passa, în op. cit., p. 197. În același sens, aceeași instanță supremă franceză a statuat că "o condamnare pentru concurență neloială poate fi pronunțată în același timp cu una pentru contrafacere, dacă instanța de fond constată că făptuitorul a continuat să fabrice și să vândă un aparat ce constituie o copie servilă a unui model protejat", Cass. com 2 ian. 1964

Astfel s-a reținut că, dacă fabricarea unei copii servile a unui model exploatat anterior de către un concurent este de natură să creeze confuzie, iar, prin aceasta, proprietarul modelului anterior ar fi prejudiciat, atunci o astfel de acțiune este susceptibilă de a fi caracterizată, chiar în absența unui drept exclusiv asupra modelului respectiv, ca un act de concurență neloială.¹⁷

În concluzie, considerăm, alături de alți autori, că acțiunea în contrafacere nu exclude, din punct de vedere juridic, acțiunea în concurență neloială. În plus, precizăm că doctrina și practica judiciară în materie au subliniat faptul că acțiunea în concurență neloială poate fi pornită și independent de existența unui risc de confuzie, pentru alte motive, cum ar fi, spre exemplu, pentru profitarea de renumele deja dobândit al unui concurent, comercializarea produsului copiat la un preț inferior celui original, violarea secretelor de fabricație etc.¹⁸

Referințe bibliografice

- J. Schmidt-Zalewski, J.-L. Pierre, "Droit de la propriété industrielle", Ed. Litec, Paris, 1996
- A. Chavanne, J.J. Burst, "Droit de la propriété industrielle", Ed. Dalloz, ed. a IV-a, Paris, 1993
- Yolanda Eminescu, "Concurența nelegală", Ed. Lumina Lex, București, 1995
- Jérôme Passa, "Contrefaçon et concurrence déloyale", Ed. Litec, Paris, 1997
- Viorel Roș, "Dreptul proprietății intelectuale", Ed. Global Lex, București, 2001
- Legea nr. 129/1992 privind protecția desenelor și modelelor industriale
- Acordul TRIPS
- Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale

¹⁷ Cass. com 16 dec. 1983, citată de J. Passa, în op. cit., p. 205

¹⁸ În doctrina franceză "fapta de a profita, în mod ilegal, de renumele, reputația sau notorietatea unui profesionist ce desfășoară o activitate chiar diferită reprezintă un act de concurență neloială, cunoscut sub denumirea de "parazitism", Y. Saint-Gal, "Concurrence déloyale et concurrence parasitaire", citat de J. Passa, în op. cit., p. 251

THE LIABILITY FOR BANKS INSOLVENCY

LUMINIȚA TULEASCA¹

Abstract:

The bank's insolvency is also interesting from the aspect of the persons liable for such a situation.

Following the path of the liability for the bank's insolvency, the regulation of bank's insolvency procedure is consistent with the principle of sanctioning not the debtor, but the persons involved in the management and control of the bank if such persons have contributed to the insolvency of the bank, by any of the actions limitedly provided under the law.

This analysis deals with special aspects of the action for damages caused by the banks' insolvency from the perspective of the particularities significantly differentiating it from the action for damages formulated against the members of the managing boards / steering boards or any other persons causing the insolvency of commercial companies, as provided under the general regulation of insolvency.

Key words: banks, bankruptcy, insolvency, liability,

I. Introduction

There is no doubt that, the commencement of the insolvency procedure for a bank also raises the issue of the causes that led to such bankruptcy and, in this context, of the persons responsible for the bankruptcy of these special entities.

Generally, the debtor's creditors are the first to look in this direction and they will take action every time the insolvency practitioner, the person in charge to represent their interests in the bankruptcy procedure, fails to consider opportune the incurrence of the patrimonial liability of the persons causing or contributing to the debtor's insolvency.

Following the path of the liability for the bank's insolvency, the regulation of bank's insolvency procedure is consistent with the principle of sanctioning not the debtor, but the persons involved in the management and control of the bank if such persons have contributed to the insolvency of the bank, by any of the actions provided under the art.39 para.1 let. a) - lit. j) of the G.O. no.10/2004 on the bankruptcy of the credit institutions².

The substance of the action for damages and the terms entailing the liability of the responsible persons contributing to the insolvency of the bank differentiate this action of the action for damages formulated against the management as provided under the general regulation of insolvency.

Nevertheless there are significantly distinct aspects, derogating from the common law applicable in the field of liability for the insolvency of a legal entity, which support and require the analysis herein, from the extremely special perspective of the particularities of the banking activity and, in particular, of banking insolvency.

II. Action for damages for the banks insolvency

1. The bankruptcy judge can order the members of the management board, the censors, the financial auditors, the executive staff and/or the control staff, holding such positions three years prior to the insolvency procedure, to incur a part of the liabilities of the bank under insolvency procedure, if such members or employees have contributed to the bankruptcy of the

¹ PhD, Law School, Romanian – American University, Attorney-at-law – Bucharest Bar Association;

² G.O. no. 10/22.01.2004 regarding the bankruptcy of the credit institutions, published in the Official Journal, Part I no. 84/30.01.2004, as further amended and completed by the Law no. 278/23.06.2004, published in the Of. J., Part I no. 579/30.06.2004;

entity.

The action for damages for the bank's insolvency provided under the art. 39 of the G.O. no.10/2004 combines the basic principles of the special liability of the management authorities provided under the Law no. 85/2006, with specific elements required by the bank's position as part of the banking system.

❖ **i). The exercise of action for damages**

2. Although the *purpose of the action for damages for the bank's insolvency* is the same as in the case of the action for damages formulated against the management authorities regulated by the Law no. 85/2006, *the compensation of the collective prejudice suffered by the creditors of the bank due to the bankruptcy of the debtor bank*, G.O. no. 10/2004 offers the possibility of *exercising ut singuli of a collective action*³ *the action being not conditioned by the insolvency practitioner' failure to take action.*

The action can be formulated individually by the insolvency practitioner in the name of all the creditors of the debtor bank, by any of the creditors/and or shareholders of the bank, by the National Bank of Romania and, ex officio, by the bankruptcy judge when, based on the data submitted to the file of the case deems it necessary to entail the patrimonial liability of the persons liable for the bank's insolvency.

Such an extension of the category of persons that have standing to bring proceedings in actions for damages specific to the bankruptcy procedure shows the close relation between the banking activity and the public interest.

The bankruptcy judge' possibility to refer *ex officio* or upon the request of a third party, uninvolved in the collective procedure of the bank's insolvency, like the National Bank of Romania, is justified by the protection of the legitimate interests of the deponent creditors and by the public interest of maintaining the trust in the banking system.

The National Bank of Romania is not a regular participant in the bankruptcy procedure; however, its permanent presence and the control exercised in relation to such procedure are obvious.

Nevertheless, the National Bank of Romania has the right to intervene as the main actor in the decisive stages of the insolvency procedure – upon the opening of the procedure, or for establishing the liability of the persons responsible for the bank's insolvency – due to its capacity of supervisory and control authority of the banking system and as main entity in charge of maintaining the trust in the banking system.

The self-referral of the bankruptcy judge represents an actual derogation from the principle of availability in the civil proceedings, characterising both the insolvency procedure regulated by the Law no. 85/2006, as well as the special procedure applied for banks' insolvency.

❖ **ii) Responsible entities**

3. By the nature of its activity, any bank is permanently facing risks encountered in the normal business process, in particular the insolvency risk.

The prudential and operational requirements are meant to eliminate the occurrence of such risks and the bank's insolvency; in such a context, the bank's failure represents the failure of the management system itself as well as the failure of the risk management of the bank, thus, the persons responsible are those that shall be considered guilty of the bank's insolvency.

³ On the possibility of preserving the collective nature of the action for damages formulated against the management authority even in the situation of bringing such action ut singuli by the bank's creditors, as illustrated by the: Decision from March 21st, 1981 of the French Court of Cassation – commercial section, Societe Generale c. Dablin, D.1981, p.643, quoted by Christophe Leguevaques, Droit des defaillances bancaires, Pratique du droit, Ed.Economica, Paris, 2002, p.494;

According to the law, such persons shall include: "members of the management board, the censors, the financial auditors, the executive staff and/or the control staff, holding such positions three years prior to the insolvency procedure".

These category includes first of all, the directors as well as the banks' chief executive officers, without keeping the classical distinction, relatively rigid, between the directors and the managers of a legal entity, considering the actual situation of the general laws applicable to commercial companies and the special laws applicable to banks, taking into account, on the adoption of the G.O. no.10/2004⁴, the principle of the pre-emption of the economic over legal, characterizing the banking activity, the role of the directors and CEOs of the bank in relation to the internal control of the bank.

Moreover, according to the corporate management⁵, characterizing the current stage of the company law and, implicitly, the banking system, the banks' management is carried out on two levels by the management board or the supervisory council⁶, but also by the executive management: steering committee or the directorate, regardless of the names encountered among the executive management boards of the banks (together with the non-executive management boards of the banks).

For example, the Romanian Commercial Bank has opted for the dualist management system, but, the specific authorities provided by such system fail to be found in the bank's set up under the name provided by the law, thus the RCB management is carried out through the Supervisory Council and the Executive Committee (the equivalent of the Directorate)⁷ and Transilvania Bank, which opted for the unitary management system is run by a Board of Directors and by an Executive Management Committee (the equivalent for the Steering Committee)⁸.

Last, but not least, in the Regulation of the National Bank of Romania no. 12/23.07.2009⁹, the syntagm: "management structure", assimilated in the syntagm „management authority”, describes the administration and management authorities of a credit institution that carries out the supervision and management function within the credit institutions.

From this perspective, the persons forming the structure, the management authority of the credit institution are those holding supervisory positions: the members of the board of directors (in the unitary management system) and the members of the supervisory council (in the dualist management system), as well as those holding management positions: managers (in the unitary management system) and members of the directorate (in the dualist management system).

⁴ In 2004, the Romanian law was not indicating the option of the two management systems of the commercial companies and of the banks with all general and special consequences deriving from the distinction between the directors and the managers of the commercial companies;

⁵ For a detailed presentation of the corporate management please refer to: Mihaela Onofrei, *Governanta Financiara Corporativa (n.t. Corporate Financial Governance)*, Bucharest, Wolters Kluwer Publishing House, 2009 and Gheorghe Piperea, *Societati comerciale, piata de capital - Acquis comunitar (n.t. Commercial companies, capital market - Aquis communitair)*, All Beck Publishing House, Bucharest, 2005, p.534 and the following;

⁶ There is the possibility of excluding the Supervisory Council from the category of bank management authorities, as it does not participate in the bank's business management and does not take management responsibilities, consequently including it in the category of control authorities, as it exercises a permanent control of the bank business management carried out by the directorate. A detailed presentation of this opinion can be found in: Maya Boureghda, *La defaillance des conglomerats financiers internationaux*, Ed.A.Pedone, Paris, 2002, p.250;

⁷ https://www.bcr.ro/sPortal/sportal.portal?_nfpb=true&_windowLabel=LABEL_MENU&_urlType=action&LABEL_MENU_sh=039395c91f6838054483541d003d0685&LABEL_MENU_zz=40165.00259465606&LABEL_MENU_pc=2&cci=09002ee28037abd2&desk=bcr_ro_0785&&navigationLink=TRUE&menu_navigationId=021786849728691190000194&menu_chronicId=09002ee28037c514&navigationId=021786849728691190000194;

⁸ [http://www.bancatransilvania.ro/index/108.html;](http://www.bancatransilvania.ro/index/108.html)

⁹ Regulation no. 12/23.07.2009 for the amendment and completion of the Regulation of the N.B.R. and of the Romanian National Securities Commission (C.N.V.N.M.) no.15/20/2006 on the credit risk treatment for the credit institutions and the investment companies, according to the approach based on internal rating patterns, published in the Of. J., Part I no. 602 on 31.08.2009;

Unlike the general regulation applicable to the action for damages formulated against the management authorities, G.O. no.10/2004 explicitly takes into account the censors and the financial auditor of the bank, as persons that can cause or contribute to the state of insolvency of the bank.

As a general rule imposed by the current stage of legislation, the role of the censors has been take-over by the internal audit of the bank¹⁰ thus, the person in charge with the internal audit activity shall be included in the category of the persons to be held accountable if found to have contributed to the bank's insolvency. It is simply a natural responsibility, considering the role of these authorities in supervising and controlling the banking management.

The syntagm: "executive and / or control staff" used in the G.O. no.10/2004, together with the liability of „the management authorities” means the expansion of the area of the responsible persons to the employees in charge of the management and/or control of the departments or divisions of the banks, the managers and/or the heads of audit, credit, treasury, financial control and accounting departments a.s.o., included in the prudential management system of the bank, within the internal control system of this entity.

Even if such persons are included in the middle management category¹¹ (middle managers) or first-line category (first-line managers), they provide the executive and operational management of the bank, thus, the distinction among the management persons and „executive” persons does not represent, for this purpose, a dichotomy that would indicate two absolutely distinct categories of employees.

Serving the same purpose are the legal provisions establishing the role of these persons in the banks activity; such role required that the persons appointed for managing the structures in charge of the risk management and control, internal audit, compliance, treasury, credits, as well as any other activities that can expose the credit institution to significant risks must enjoy a good reputation and expertise adequate to the nature, extent and complexity of the credit institution activity and of the responsibilities assigned to them, must carry out their activity according to the rules of a prudent and healthy banking practice and must receive the approval of the National Bank of Romania prior to beginning their activity (art.108 para.1 and para.3 of the E.G.O. no 99/2006).

On the other hand, by the syntagm „control (...) staff”, the law provides the internal control activity of the bank, as a continuous process involving the board of directors / the supervisory council, the managers, as well as the bank's personnel; the control activities include minimum analyses carried out at the level of the board of directors and of the managers and operational analyses at the level of compartments and branches of the banks (art.3 let. b) and art.18 of the N.B.R. Rule no.17/2003¹²).

And last, but not least, we agree with the thesis, which provides that „in terms of redefining the control concept, according to a wider vision, based on which control is regarded as a function of the managerial process, such control includes in its structure the intern audit. Therefore, the control function of the management became the internal control function, incorporating the intern audit, as well”¹³.

¹⁰ There are banks where the censors commission works in parallel to the audit department: Organizational chart of the “EurocreditBank” S.A. http://www.ecb.md/pdf/Struct_Rom.pdf;

¹¹ The persons nominated to provide the management of the structures carrying out the activities of the credit institution, according to the provisions of the art.1 para. 9 section16 of the N.B.R. Rule no.15/20/2006 previously quoted;

¹² N.B.R. Rule no. 17/2003 shall be annulled on June 30th, 2010 by the N.B.R. Rule no. 18/17.09.2009 regarding the framework of management of the credit institutions activity, the internal procedure for evaluating the capital adequacy to risks and the conditions for outsourcing such activities, published in the Of. J., Part I no. 630/23.09.2009;

¹³ Mihaela Onofrei, op.cit., p.103;

From this perspective, the internal control activity is also part of the duties of the operative management of the bank, that is to say that is part of the job description of the persons in charge of the direct management of the compartments of the bank, of its branches and subsidiaries, persons that can be held accountable according to the art.39 para.1 of the G.O. no.10/2004.

For determining the persons included in this category, there shall be considered mainly the role and liabilities of such persons within the bank and not necessarily the name of his/her job.

Considering the legislative amendments intervened in the commercial companies' management systems and, implicitly in those of the banks, next to the members of the board of directors we include the members of the supervisory council in the category of the persons to be held accountable for the bank's insolvency.

The members of the audit and risk management committees cannot be held liable in case of actions for damages, based on their advisory role and the legal duties of such committees.

In such conditions, *G.O. no.10/2004 establishes the responsibility of the members of the board of directors and of the supervisory council, as well as of the executive officers: managers and members of the directorate, of the persons in charge of the direct management of the compartments of the bank, of its branches and subsidiaries, of the censors, internal auditors, financial auditors, members of the credit commission*¹⁴.

Undoubtedly, the ordinance refers to executive and non-executive managers, executive and/or control staff, censors, financial auditors, internal auditors *that exercise these functions de jure or de facto (formally or informally)*¹⁵.

The formal managers „*the persons permanently vested with management and administrative powers in relation to a legal entity, by applying and complying with the law and with the articles of incorporation*¹⁶”, and, the informal leaders are the persons „*impinging such powers*¹⁷”, „*running the actual management*¹⁸” or the control of the bank's activity. The distinction is important, as in the case of the formal authorities in charge with the management and control of the bank, the simple existence of such qualities represents the compliance with the condition required for holding the position of responsible persons, as provided under art. 39 of the G.O. no.10/2004. In the case of the persons informally exercising these functions, one must demonstrate their involvement in the business management and/or control of the bank's activity.

The official, formal executive officers, censors, internal auditors and financial auditors, are not held harmless in case the persons informally holding such positions have contributed to the bank's insolvency.

For example, in the insolvency procedure of the Turkish –Romanian Bank, the action for damages against the persons guilty for bankrupting the bank, has been formulated against the directors and the majority shareholders of the bank, considering that the majority shareholders have, in fact, exercised the bank management¹⁹.

¹⁴ For details on the liability of the credit committee members, please refer to: Eberhard Schwark, “*Obligatia de diligenta si raspunderea membrilor Comitetului de Credit ale bancilor*” (n.t. *The due diligence obligation and the liability of the members of the bank's Credit Committee*), published in the Pandectele Romane Magazine no. 3/2008, p.28-41;

¹⁵ Bucharest Court of Appeal, 6th commercial section, Resolution no. 688R on 15.02.2006, Bucharest Court of Appeal, *Culegere de practica judiciara in materie comerciala 2006* (n.t. *Anthology of judicial practice in commercial matter 2006*), vol.2, p.260;

¹⁶ Paul Le Cannu, J.-M. Lucheux, M.Pitron, J.-P.Senechal, *Entreprises en difficulte*, GLN-Joly, Paris, 1995, n.1613;

¹⁷ Ion Turcu, *Tratat de insolventa* (n.t. *Treatise of insolvency*), C.H.Beck Publishing House, Bucharest, 2007, p.516;

¹⁸ Gh.Piperea, *Insolventa: Legea, regulile, realitatea* (n.t. *Insolvency: Law, rules, reality*), Wolters Kluwer Publishing House, Bucharest, 2008, p733;

¹⁹ Source: Activity report for 2007 of the Fund for Deposits Granting in the banking system, <http://www.fgdb.ro/>; For further details on the possibility of entailing the patrimonial liability of the debtor's

In practice, the concept of informal leaders of the bank offered the possibility of entailing the civil liability of the bank's shareholders, proving their interference in the bank's management, their capacity of the informal directors of the bank. In this sense, in the bankruptcy procedure of the French bank Pallas Stern the shareholders have been held accountable on the grounds of their assimilation with the bank's directors.

All the persons that have formally or informally occupied management and control positions, during the last three years prior to the insolvency procedure, shall be held liable for the bank's insolvency. By establishing this reference period the practical difficulties generated by the timely succession of the persons occupying management and control positions is eliminated, being as well ruled out the possibility of indirect exemption of liability of certain persons that have caused or contributed to the insolvency state of the bank, although such persons have occupied such positions long before the opening of the bankruptcy procedure.

In the case of actions for damages formulated against the management authorities regulated by the Law no. 85/2006, the doctrine and jurisprudence held that such action does not aim to sanction only the persons holding such powers on the opening of the insolvency procedure, but also the persons previously holding such positions, if they caused the insolvency state of the debtor²⁰, save that the „insolvency state occurred when such person was holding the mandate or the relevant position²¹” but, as no reference period was stipulated, the period investigated by the insolvency practitioner is often limited to the mandates of the last persons holdings management positions.

5. The liability for the banks' insolvency provided under art.39 of the G.O.no.10/2004 is similar to the liability provided under art.138 of the Law no.85/2006 and *it is a special form of tort liability*²², meant to remedy the prejudice suffered by the debtor bank's creditors as a result of the bank's insolvency, such prejudice being caused by the insufficient funds required to cover the bank's liabilities.

Nevertheless, the creditors' prejudice is a collective and not an individual damage, therefore the action for damages shall be treated as a collective action. As an exception, such a collective action can be also exercised individually, solely within the procedure of the banks' insolvency procedure.

In all the cases, the liability shall be incurred in case of insufficient funds for covering the debts of the debtor bank.

On the other hand, both the illegal actions entailing the liability of the „members of the management authorities, censors, financial auditors, executive staff and/or control staff” as well as

shareholders, please refer to: Stanciu D.Carpenaru, V.Nemes, M.A.Hotca, Noua Lege a insolventei. Legea nr.85/2006. Comentarii pe articole, editia a 2 a (n.t. *The new insolvency law. Law no. 85/2006, Commented articles, Second edition*), Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2006, p.328 and Resolution no. 40/2005 of the Bucharest Court of Appeal, 6th commercial section, quoted by the authors; Bucharest Court of Appeal, Resolution no. 200/2003, Bucharest Court of Appeal, Commercial judicial practice, 2003-2004, p.335; Maya Boureghda, op.cit., p.251;

²⁰ I.Adam, C.N.Savu, Legea procedurii insolventei, Comentarii si explicatii (n.t. *The law on insolvency procedure. Comments and explanations*), Ed.C.H.Beck, Bucharest, 2006, p.771; Bucharest Court of Appeal, 6th commercial section, Resolution no.1035/R/2004, Bucharest Court of Appeal, Commercial judicial practice 2003-2004 (Commercial judicial practice), p.330;

²¹ Stanciu D.Carpenaru, V.Nemes, M.A.Hotca, op.cit., p.343;

²² For further reading: Gh. Piperea: Insolventa: legea, regulile, realitatea (n.t. *Insolvency: Law, rules, reality*), op.cit., p.737; Bucharest C.o.Ap., 6th commercial section, Resolution no. 3082/13.12.2006, Bucharest Court of Appeal, Commercial judicial practice 2006, vol.2, op.cit., p.269; Bucharest C. o. Ap., 6th commercial section, resolution no. 1773/May 24th 2006, Bucharest Court of Appeal Commercial judicial practice 2006, vol.1, p.209; Bucharest C.o.Ap., 6th commercial section, resolution no.1317/25.09.2003, in Bucharest Court of Appeal Commercial judicial practice 2003-2004, op.cit., p.328-330;

their liability are provided under the law, by the art. 39 of the G.O. no.10/2004 thus, as the source of the compensation obligation is law, we find ourselves in the presence of a tort law.

Thus, the obligation of the persons mentioned under art.39 of the G.O. no. 20/2004 to be held liable for the damages caused to creditors as a result of the debtor bank's insolvency, only exists because the law provided such a possibility.

No contract concluded between the persons holding management or control positions and the debtor bank, or concluded between the debtor bank and its creditors, can entail any obligation for compensating the damage caused to the creditors by the bank's insolvency within the bankruptcy procedure opened for the bank.

In such conditions, for entailing the liability of the management and control authorities of the debtor bank the general conditions provided by the tort law under articles 998-999 in the civil code and those specially provided under art. 39 of the G.O. no. 10/2004, must cumulatively apply.

The special conditions provided under art. 39 of the G.O. no.10/2004 apply for the persons held liable for the insolvency of the debtor bank, the illegal actions provided under the law and the extend of compensating the damage suffered by the bank's creditors because of the illegal actions of the management and control authorities.

Based on the special conditions established under art. 39 of the G.O. no.10/2004, the liability of the management authorities, of the executive and control staff, of the censors and financial auditors of the debtor bank is separated from the tort liability provided under the art. 998-999 civil code based on which such liability is regulated, becoming a special form of it, identical – under the legal nature aspect – with the liability incurred by the management authorities, regulated under the general insolvency law.

We mention that fact that there are opinions according to which the liability of the management authorities regulated by the insolvency law (similar, on the substance, to the liability of the management and control authorities of the bank) is a contractual or tort liability, depending on the source of the violated obligation²³, be it either an exclusively contractual liability²⁴, or a special liability sui generis for own deeds²⁵.

❖ iii). Conditions of liability

6. The liability of the management authorities' members, of the censors, financial auditors, executive staff and/or control staff, held for the banks insolvency, can be incurred only if they frame within the general conditions of the tort liability as well as within the special conditions regulated under art. 39 of the G.O. no.10/2004 regarding prejudice, illegal action, causal relation between the illegal action and prejudice, fault.

The burden of proof regarding the compliance with all the conditions entailing the liability shall fall with the parties bringing proceedings for the action for damages²⁶, according to the provisions of the art.1169 civil code, by any means of evidence.

The initial survey of the insolvency practitioner shall not be allowed as single evidence in the

²³ Stanciu D.Carpenaru, *Drept comercial roman (n.t. Romanian commercial law)*, 6th edition, Universul Juridic Publ.House, Bucharest, p.697; Ion Turcu, *Tratat de insolventa (n.t. Treatise of Insolvency)*, op.cit., p.523; Stanciu D.Carpenaru, V.Nemes, M.A.Hotca, op.cit., p.324-325;

²⁴ Marius Scheaua, "*Raspunderea civila a membrilor organelor de conducere a societatilor comerciale reglementata de Legea nr.85/2006*" (n.t. *Civil liability of the members of management authorities of the commercial companies, as regulated by the Law no. 85/2006*), in *Pandectele Romane Magazine* no.2/2006, p.144;

²⁵ I. Adam, C.N.Savu, *Legea procedurii insolventei (n.t. Law on insolvency procedure)*, op.cit., 776;

²⁶ Bucharest Court of Appeal, 6th Commercial section, Resolution no.3082/13.12.2006, Bucharest Court of Appeal, Commercial judicial practice 2006, vol.2, p.269; Bucharest Court of Appeal, 5th commercial section, resolution no.1773/May 24th 2006, Bucharest Court of Appeal Commercial judicial practice 2006, vol.1, p.209-215; Bucharest Court of Appeal, 5th commercial section, Resolution no.1183/June 27th 2003, in Bucharest Court of Appeal – Commercial judicial practice 2003-2004, p.326-328; Bucharest Tribunal, 7th commercial section, Commercial court decision no.1416/25.03.2008, unseen;

action for damages, it merely creates the premise for action, without representing a clear evidence for entailing the liability²⁷.

It is often considered that the prejudice itself shows the state of insolvency the bank is facing²⁸. These opinions are grounded, firstly on the text of law providing the liability of the persons „that have contributed” („have caused” as provided under the general insolvency law) to the bank’s insolvency. This is not a very precise formulation, as the state of insolvency does not cause by itself a prejudice to its creditors, save that the patrimonial assets of the debtor bank is able to cover the debts to the bank’s creditors.

Under these circumstances, the prejudice is caused if the bankruptcy judge shall find that the bank under insolvency procedure has insufficient funds for covering the obligations to its creditors²⁹ or, as formulated in the specialized literature, *the prejudice consists in the patrimonial imbalance of the bank facing insolvency, being subject to bankruptcy procedure*³⁰.

For such reasons, „the bankruptcy judge can order the members of the management board, the censors, the financial auditors, the executive staff and/or the control staff, holding such positions three years prior to the insolvency procedure, to incur a part of the liabilities of the bank under insolvency procedure, if such members or employees have contributed to the bankruptcy of the entity” namely, *that part of the liabilities that cannot be covered by the debtor bank own capital and that is the effect of the action-cause or condition established under the art.39 lit. a)-lit) of the G.O. no.10/2004*.

There is no provision that withholds the bankruptcy judge to force the persons responsible for incurring the entire amount of the liabilities of the debtor bank, left uncovered after the liquidation of the debtor bank own capital.

In all cases, the bankruptcy judge shall establish, based on the submitted evidence, not only the persons actually liable, but also the share of liabilities to be incurred by each of such persons, such share reflecting the effect of his/her own illegal actions.

Unlike the general regulation (art.138 para.4 of the Law no.85/2006), the regulation of the liability of the members of the management authorities, censors, financial auditors, executive staff and /or with control powers of the debtor bank, *does not establish the several liability in case of more than one responsible person*.

We consider that the provisions of the art.138 para. 4 of the Law no. 85/2006 are not applicable in the matter of liability provided under art.39 of the G.O. no.10/2004, as the liability severalty, as provided under the general regulation of insolvency targets a certain group of the responsible persons, differently provided in the matter of banks insolvency.

Nevertheless, *as far as the illegal actions that caused the prejudice to the debtor bank can be imputable to several persons, such person shall be severally liable, according to art.1003 of the civil code*.

Regardless of the moment of promoting the action for damages it will only be of interest if the debtor bank liabilities cannot be covered out of its assets, or if the purpose for holding liable the members of the management authorities, censors, financial auditors, executive staff and/or control staff is to remedy the prejudice caused by the persons responsible for the bank’s insolvency

²⁷ Bucharest Court of Appeal, 6th Commercial section, Resolution no.1681/3.05.2006, Bucharest Court of Appeal, Commercial judicial practice 2006, vol.2, p.271-279;

²⁸ Stanciu D.Carpenaru, Drept comercial roman (n.t. *Romanian commercial law*), 6th edition, op.cit., p.699; Stanciu D.Carpenaru, V.Nemes, M.A.Hotca, op.cit., p.334; I. Adam, C.N.Savu, Legea procedurii insolventei (n.t. *Law on insolvency procedure*), op.cit., p.789;

²⁹ For further reading: Ion Turcu, Tratat de insolventa (n.t. *Treatise of Insolvency*), op.cit., p.521; Gh.Piperea, Insolventa: Legea, Regulile, realitatea, (n.t. *Insolvency: Law, rules, reality*), Wolters Kluwer Publishing House, Bucharest op.cit., p.741,p.743; Arad Tribunal, commercial and administrative section, court decision no. 214/2001, Studia Universitatis Babes-Bolyai nr.1/2001, p.112;

³⁰ Gh.Piperea, Insolventa: Legea, Regulile, realitatea, (n.t. *Insolvency: Law, rules, reality*), op.cit., p.743;

by covering the difference between the assets and the liabilities of the debtor bank.

In case the bank is solvable, that is to say, if no prejudice has been caused, the liability provided under art.39 of the G.O.no.10/2004 shall not be incurred and any such action shall be dismissed as ungrounded.

On the other hand, *the prejudice is affecting, first of all, the debtor bank, as it affects the balance of its patrimony, and indirectly affects its creditors* who cannot collect their debts from the patrimonial assets of the bank.

For this purpose, for the bank's insolvency procedure, there has been opted for the granting the possibility of bringing an action for damages not only by the insolvency practitioner and by the creditors (which is the case in the general regulation of insolvency), but the same possibility is granted to the debtor bank shareholders, to the National Bank of Romania and to the bankruptcy judge. The material damage of the debtor bank must be fully compensated for covering the debts of the bank's creditors for avoiding the prejudice of the entire banking system, by the loss of confidence in this system.

The liability of the management authorities' members, of the censors, financial auditors, executive and /or control staff shall be incurred only if such persons have committed one of the illegal actions limitedly provided under art.39 let. a) – let. j) of the G.O. no.10/2004, the limited nature of the actions entailing their liability³¹ having as corollary, the inadmissibility of any action for damages based on facts other than those provided under art.39 of the G.O. no.10/2004.

The management authorities' members, of the censors, financial auditors, executive and /or control staff of a bank shall be held liable is: **a)** *they have used the assets or the credits of the institution for their own use; b)* *they have been involved in trade actions for their own personal interest, using the credit institution as cover-up; c)* *they have ordered the continuation of an activity obviously detrimental for the credit institution, rendering it insolvable, for their own personal interest; d)* *they have kept fictive book records, have made possible the disappearance of some accounting documents or failed to keep the records, as required by the law; e)* *they have embezzled or have hidden a part of the credit institution assets or have fictively increased its liabilities; f)* *they have used bankrupting means for obtaining funds for the credit institution, for the purpose of delaying the insolvency; g)* *they have granted credits by infringing the prudential requirements approved by the norms in force, as well as by disregarding the applicable internal rules; h)* *during the month prior to the insolvency procedure they have paid or ordered the preferential payment to a creditor prejudicing the other creditors; i)* *have replaced the financial statements, or other book records or reports, disregarding the legal provisions; j)* *within the internal control actions they failed to identify and to notify, by disregarding their job description, the actions leading to fraud and faulty business management of the patrimony.*

Thus, the realm of the actions entailing the liability in matter of bank insolvency is more complex than the general regulation on the liability of management authorities provided under the Law no.85/2006 by practically including the failure to comply with any legal obligation required by operational and prudential nature of the banking activity by the persons appointed for such purpose.

On the other hand, the civil liability for committing the illegal actions provided under art.39 of the G.O. no.10/2004 does not prevent the enforcement of the criminal law for actions considered criminal offense.

³¹ For further reading, Stanciu D.Carpenu, *Tratat de Drept Comercial Roman*, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2009 p.791; Stanciu D.Carpenu, V.Nemes, M.A.Hotca, op.cit., p.329; I.Turcu, *Tratat de insolventa (Insolvency Treatise)*, op.cit., p.523 and the following; Gh.Piperea, *Insolventa: Legea, Regulile, realitatea*, op.cit., p.742; Bucharest Court of Appeal, 5th commercial section, Resolution no.1183/27 iunie 2003, in Bucharest Court of Appeal – Commercial judicial practice 2003-2004, p.326-328;

As we all know, any liability is entailed by a faulty conduct; the same is the case with the tort law, which means that „the applicant must prove the prejudice suffered because of the fault of the accused³²”; thus, not even when it comes to liability for banks insolvency, the legislator did not deem recommendable to establish the legal presumption of guilt based on the simple fact of failure to cover all the debts claimed within the insolvency procedure³³.

In accordance with the general rule, the banking matter also requires a causal relation between the illegal action and the prejudice, meaning that the committed action must have contributed to the bank’s insolvency for entailing the liability³⁴.

Unlike art.138 of the Law no.85/2006 that requires for the action committed by the management authority members to have caused the insolvency, the art.39 of the G.O. no.10/2004 provides that the mere contribution of the illegal action to the insolvency state of the bank and to the loss of a part of the capital of the debtor bank is sufficient³⁵.

Therefore, the bankruptcy judge must establish based on the administered evidence, if the faulty actions committed by the persons provided by the law were favourable premises for causing the insolvency of the debtor bank and have indirectly caused the prejudice of the bank and of its creditors, successively³⁶.

❖ iv). Settlement of the action for damages

7.The settlement of the action for damages entailing the liability of the members of the management board, the censors, the financial auditors, the executive staff and/or the control staff for the banks insolvency, shall be exclusively referred to the bankruptcy judge, thus as to not affect the collective and unitary nature of the bankruptcy procedure, including from the jurisdictional aspect³⁷.

According to the same grounds as in the case of the general regulation of insolvency, the action entailing the tort liability regulated by the art.39 para.1 of the G.O. no.10/2004 can only be formulated and settled within the bankruptcy procedure³⁸, within the period starting with the

³² C.Hamangiu, I Rosetti-Balanescu, Al.Baicoianu, *Tratat de drept civil roman (Treatise of Romanian civil law)*, Vol.II, All Publ. House, Bucharest, 1998, p.471; Constantin Statescu, Corneliu Birsan, *Drept civil. Teoria generala a obligatiilor (Civil law. General theory of liabilities)*, C.H.Beck Publ. House, Bucharest, p.205 and the foll.;

³³ Bucharest Court of Appeal, 6th Commercial section, resolution no.726R/16.02.2006 and Resolution no.413/05.07.2006, Bucharest Court of Appeal – Commercial judicial practice 2006, vol.2, p.290-293, p.307-310; Bucharest Tribunal – ibidem;

³⁴ Bucharest Court of Appeal, 6th Commercial section, resolution no.726R/16.02.2006, Bucharest Court of Appeal – Commercial judicial practice 2006, vol.2, p.290-293; Bucharest Court of Appeal, 5th commercial section, Resolution no.2527/11.10.2006, Bucharest Court of Appeal – Commercial judicial practice 2006, vol.1, p.221-223;

³⁵ For analysing the means of settlement of the issues related to establishing the causal relation, please refer to: Imre Miklos Lajos, *“Raspunderea organelor de conducere ale unei societati comerciale (S.A. sau S.R.L.)” (n.t. Liability of the management authorities of a commercial company (joint stock or limited liability company))*, published in *Revista de insolventa Phoenix (n.t. Insolvency Magazine Phoenix)* no. 6/2003, p.25-30;

³⁶ The existence of the causal relation between the faulty action, insolvency and prejudice suffered by the creditor must be proved, as it is not presumed – Bucharest Court of Appeal- 5th commercial section, Resolution no.1773/24.05.2006, in Bucharest Court of Appeal, Anthology of judicial practice in commercial matter 2006, vol.1, p.213;

³⁷ Bucharest Court of Appeal, 6th Commercial section, Resolution no.132/31.01.2003, in Bucharest Court of Appeal, Commercial judicial practice 2002-2003, p.277-278;

³⁸ For an opposite opinion, please refer to Bucharest Court of Appeal - 6th Commercial section, Resolution no.2950R/28.11.2006, unseen; Bucharest Tribunal of Cluj, court decision no.142/26.01.2005, published in: I.Turcu, Madalina Stan, *Acoperirea pasivului societatii comerciale din averea altor persoane, in procedura insolventei (n.t. Covering the liabilities of the commercial company by using the capital of other entities, within the insolvency procedure)* (II), Commercial law magazine no. 5/2006, p.22;

*opening until the closing of the bankruptcy procedure*³⁹.

According to the law, the enforcement of the persons provided under art.39 para.1 of the G.O. no.10/2004 shall be carried out under the code of civil procedure, except if otherwise stipulated by the special law (art.42 of G.O. no.10/2004) and, as there is no special law providing a different means of enforcing the responsible persons, such enforcement shall be always carried out according to the rules of common law.

We consider that the enforcement of the liable persons must be finalized by the closing of the bankruptcy procedure, as such amounts paid by these persons shall enter the patrimony of the debtor bank being further used for paying the debts of such bank.

I. Conclusions

8.The special nature of the banks' insolvency also reflect upon the main particularities of the liability for the insolvency of such entities, as a special form of tort liability.

Firstly, the category of the persons responsible for the bank's insolvency is wider than the general regulation by entailing the civil liability of the members of the management board, the censors, the financial auditors, the executive staff and/or the control staff of the debtor bank is different from the liability of the management authorities provided under the general regulation of insolvency.

In this matter, there shall be held liable the members if the board of directors, the embers of the supervisory council, the CEOs, the members of the directorate, the employees in charge of the management and/or control of the departments or divisions of the banks, the managers and/or the heads of audit, credit, treasury, financial control and accounting departments that have held such positions during the past three years prior to the insolvency procedure.

As indicated above, these characteristics of the management and control authorities liability are fully justified by the characteristics of the banking activity that involves taking of liabilities according to the operational and prudential requirements, on more than one level of management.

The illegal actions that might entail the liability for the bank's insolvency are mainly expressly provided under the law; however, by their substance and purpose, each of such actions are almost unlimited, as the law sanctions the failure to comply with any legal obligation entailed by the operational and prudential requirements specific to the banking activity.

And last, but not least, the activity of public interest carried out by banks, determines the legislator to grant the standing for bringing proceedings, that is the right to formulate action for damages, to persons that are not parties in the bank's insolvency procedure: the shareholders of the debtor bank, the National Bank of Romania and the bankruptcy judge (by means of exception from the principle of availability in the civil procedure) and the possibility to exercise *ut singuli* such right to action that has a collective nature.

All these particularities of the action for damages caused by the banks insolvency have the purpose of protecting the banking market, by protecting the bank's creditors and represents a component of the special statute of the banks among the participants involved in the commercial activity.

³⁹ Stanciu D.Carpenaru, V.Nemes, M.A.Hotca, op.cit., p.347; Bucharest Court of Appeal, 6th Commercial section, resolution no.126/2003, in Bucharest Court of Appeal, Commercial judicial practice 2003-2004, p.332 and the foll.; I.C.C.J., Commercial court decision, decision no.1055/March 18th, published in Commercial law magazine no.1/2006, p.226; Cluj C.Ap., commercial and administrative section, resolution no.606/16.04.2002 and resolution no.1443/08.10.2002, in Cluj C.Ap., Jurisprudence Bulletin 2002, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 2003, p.483-488; Arad Tribunal, commercial and administrative section, civil court decision no.621/08.03.2004, commented by Daniela Claudia Muntean, in the Commercial law magazine no.11/2005, p.224-226; Timisoara Court of Appeal, commercial and administrative section, civil court decision no.390/2003 and civil court decision no.57/2005 quoted in: Cristian Jora, "*Aspecte privind momentul formularii actiunii impotriva membrilor organelor de conducere*" (n.t. *Aspects concerning the time of formulating actions against the members of the management authorities*), Commercial law magazine no.11/2005, p.52; Timisoara Court of Appeal, commercial and administrative section, civil court decision no.961/26.09.2002, Commercial law magazine no.5/2004, p.218-219;

References

- Adam I., C.N.Savu, *Legea procedurii insolventei, Comentarii si explicatii*, Ed.C.H.Beck, Bucuresti, 2006;
- Bouregghda Maya, *La defaillance des conglomerats financiers internationaux*, Ed.A.Pedone, Paris, 2002;
- Carpenaru D. Stanciu, *Tratat de drept comercial roman*, Ed.Universul Juridic, Bucuresti, 2009;
- Carpenaru D. Stanciu, *Drept comercial roman*, Ed.a VI a , Ed.Universul Juridic, Bucuresti;
- Carpenaru D. Stanciu, V.Nemes, M.A.Hotca, *Noua Lege a insolventei. Legea nr.85/2006. Comentarii pe articole, editia a 2 a* , Ed. Hamangiu, Bucuresti, 2006;
- Guyon Yves , *Droit des Affaires, Tome 2 –Entreprises en difficultes. Redressement judiciaire – Faillite*, 7 e edition, Economica, Paris, 1999;
- Hamangiu C., I Rosetti-Balanescu, Al.Baicoianu, *Tratat de drept civil roman*, Vol.II, Ed.All, Bucuresti, 1998;
- Jora Cristian, *“Aspecte privind momentul formularii actiunii impotriva membrilor organelor de conducere”*, *Revista de Drept Comercial* nr.11/2005;
- Miklos Lajos Imre, *“Raspunderea organelor de conducere ale unei societati comerciale (S.A. sau S.R.L.)”*, in *Revista de insolventa Phoenix* nr.6/2003;
- Leguevaques Christophe, *Droit des defaillances bancaires, Pratique du droit*, Ed.Economica, Paris, 2002;
- Onofrei Mihaela, *Guvernanta Financiara Corporativa*, Ed.Wolters Kluwer, Bucuresti, 2009;
- Piperea Gheorghe, *Insolventa:Legea, regulile, realitatea*,Ed.Wolters Kluwer, Bucuresti, 2008;
- Piperea Gheorghe, *Societati comerciale, piata de capital- Acquis comunitar*, Ed. All Beck, Bucuresti, 2005;
- Paul Le Cannu, J.-M. Lucheux, M.Pitron, J.-P.Senechal, *Entreprises en difficulte*, GLN-Joly, Paris, 1995;
- Raportul de activitate pe anul 2007 al Fondului de Garantare a Depozitelor in sistemul bancar, <http://www.fgdb.ro/>;
- Ripert G. et Roblot, and Delebeque Philippe, Germain Michel, *Traite de droit commercial*, Tome 2, 16 e edition, L.G.D.J., Paris, 2000;
- Statescu Constantin, Corneliu Birsan, *Drept civil. Teoria generala a obligatiilor*, Ed. C.H.Beck, Bucuresti;
- Schwark Eberhard, *“Obligatia de diligenta si raspunderea membrilor Comitetului de Credit ale bancilor”*, in *Revista Pandectele Romane* nr.3/2008;
- Turcu Ion, *Tratat de insolventa*, Ed.C.H.Beck, Bucuresti, 2007;
- Turcu Ion, Stan Madalina, *“Acoperirea pasivului societatii comerciale din averea altor persoane, in procedura insolventei (II)”*, *Revista de drept comercial* nr.5/2006.

RASPUNDEREA PENTRU FALIMENTUL BANCILOR

LUMINIȚA TULEASCĂ¹

Rezumat:

Falimentul unei banci genereaza interes si sub aspectul persoanelor responsabile de ajungerea in insolventa a acesteia.

Pe aceasta linie, a responsabilitatii pentru insolventa, reglementarea falimentului bancii este consecventa principiului nesancționarii debitorului ci a persoanelor implicate in conducerea si controlul bancii, daca acestea au contribuit la ajungerea in insolventa, prin una din faptele limitativ prevazute de lege.

Lucrarea abordeaza aspectele speciale ale actiunii in raspundere pentru falimentul bancilor din perspectiva particularitatilor ce o detaseaza semnificativ de actiunea in raspundere a membrilor organelor de conducere sau/si de supraveghere si a oricaror altor persoane ce cauzeaza starea de insolventa a societatiilor comerciale obisnuite, din reglementarea generala a insolventei.

Cuvinte cheie: *banci, faliment, insolventa, raspundere.*

I. Introducere

1. Nu exista nici o indoiala ca, deschiderea procedurii falimentului unei banci ridica si problema cauzelor ce au determinat falimentul si, in acest context, al persoanelor responsabile pentru falimentul acestei entitati speciale.

De regula, creditorii debitorului sunt primii care vor privi in aceasta directie si actioneaza ori de cate ori lichidatorul, persoana obligata sa le reprezinte interesele in procedura falimentului, neglijeaza sau nu considera oportuna atragerea raspunderii patrimoniale a celor au cauzat sau au contribuit la ajungerea in insolventa a debitorului.

Pe aceasta linie, a responsabilitatii pentru starea de insolventa, reglementarea procedurii falimentului bancii este consecventa principiului nesancționarii debitorului ci a persoanelor implicate in conducerea si controlul bancii, daca acestia au contribuit pentru ajungerea acesteia in stare de insolventa, prin una din faptele prevazute de art.39 alin.1 lit.a-lit.j din O.G. nr.10/2004 privind falimentul institutiilor de credit².

Continutul si exercitarea actiunii in raspundere precum si conditiile raspunderii persoanelor ce contribuie la ajungerea unei bancii in insolventa se detaseaza, prin particularitatile sale, de actiunea in raspundere a organelor de conducere din reglementarea generala a insolventei, fara a genera un timp de raspundere speciala in materie bancara.

Exista insa semnificative aspecte distincte, derogatorii de la dreptul comun in materia raspunderii pentru insolventa unei persoane juridice ce justifica si impun analiza realizata prin lucrarea de fata, din perspectiva extrem de speciala a particularitatilor activitatii si, mai ales, a falimentului bancar.

II. Actiunea in raspundere pentru falimentul bancilor

2. Judecatorul sindic poate dispune ca o parte din pasivul bancii ajunse in insolventa sa fie suportata de catre membrii organelor de conducere, cenzori, auditori financiari, personalul de executie si/sau cu atributii de control, care au detinut functiile respective in cei trei ani anteriori deschiderii procedurii, daca au contribuit la ajungerea acesteia in stare de insolventa.

¹ Doctor, Facultatea de Drept, Universitatea Româno-Americană, Avocat - Baroul București;

² O.G. nr.10/22.01.2004 privind falimentul institutiilor de credit, publicata in M.Of., Partea I nr.84/30.01.2004 astfel cum a fost completata si modificata prin Legea nr.278/23.06.2004, publicata in M.Of., Partea I nr.579/30.06.2004;

Actiunea in raspundere pentru falimentul bancilor reglementata de art.39 din O.G. nr.10/2004 combina principiile de baza ale raspunderii speciale ale organelor de conducere reglementata de Legea nr.85/2006 cu elemente specifice impuse de pozitia bancii ca parte a sistemului bancar.

❖ **i). Exercitarea actiunii in raspundere**

3. Chiar daca *scopul actiunii in raspundere pentru falimentul bancilor* este acelasi ca si cel al actiunii in raspunderea organelor de conducere reglementata de Legea nr.85/2006, *repararea prejudiciului colectiv suferit de creditorii bancii prin falimentul bancii debitoare*, O.G.nr.10/2004 da posibilitatea *exercitarii ut singuli a unei actiuni ce are evident caracter colectiv*³ fara *conditionarea acesteia de inactiunea lichidatorului*.

Actiunea poate fi exercitata individual de lichidator in numele tuturor creditorilor bancii debitoare, de oricare dintre creditorii sau/si actionarii bancii, de Banca Nationala a Romaniei si chiar din oficiu de catre judecatorul sindic atunci cand, in baza datelor aflate la dosarul cauzei considera necesara atragerea raspunderii patrimoniale a persoanelor vinovate de ajungerea bancii in faliment.

O asemenea extindere a sferei persoanelor ce au calitate procesuala activa intr-o actiune in raspundere specifica procedurii falimentului reflecta stransa legatura existenta intre activitatea bancara si interesul public.

Posibilitatea sesizarii din oficiu a judecatorului sindic sau la solicitarea unei terte persoane, straina de procedura colectiva a falimentului bancii: Banca Nationala a Romaniei este justificata prin protectia intereselor legitime ale creditorilor deponenti si pe interesul public al mentinerii increderii in sistemul bancar.

Banca Nationala a Romaniei nu este un participant consacrat al procedurii falimentului bancii inasa, este evidenta prezenta sa permanenta si controlul exercitat asupra acesteia.

Cu toate acestea, in etapele decisive ale procedurii: deschiderea acesteia si atragerea raspunderii persoanelor ce au cauzat starea de insolventa a bancii, Banca Nationala a Romaniei are dreptul de a interveni ca actor principal prin statutul sau de autoritate de supraveghere si control a sistemului bancar si principal responsabil al mentinerii increderii in sistemul bancar.

Interventia judecatorului sindic prin autoinvestirea sa reprezinta o adevarata derogare de la principiul disponibilitatii procesului civil ce caracterizeaza atat procedura insolventei reglementata de Legea nr.85/2006 cat si procedura speciala a falimentului bancilor.

❖ **ii). Persoanele responsabile**

4. Prin natura activitatii sale orice banca este permanent sub imperiul producerii riscurilor pe care le administreaza in special, a riscului de insolventa.

Cerintele prudentiale, operationale sunt menite sa inlature producerea acestor riscuri si falimentul bancii si, intr-un asemenea context, esecul bancii reprezinta esecul sistemului de administrare, conducere si control prudential al bancii, astfel incat, persoanele cu responsabilitati in cadrul acestui sistem sunt cele ce pot fi considerate vinovate de ajungerea bancii in insolventa.

Conform legii, intra in sfera acestor persoane: *"membrii organelor de conducere, cenzori, auditori financiari, personalul de executie si/sau cu atributii de control, care au detinut functiile respective in cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii"*.

In categoria acestor persoane includem in primul rand, administratorii cat si conducatorii bancii fara a mentine, in aceasta materie, distinctia clasica, relativ rigida, intre administratori si conducatorii unei persoane juridice, avand in vedere stadiul actual al legislatiei generale aplicabile

³ Despre posibilitatea pastrarii caracterului colectiv al actiunii in raspunderea organelor de conducere chiar si in situatia recunosterii dreptului de a o exercita ut singuli de catre creditorii bancii in: Decizia din 21 mai 1981 a Curtii de Casatie a Frantei- sectia comerciala, Societe Generale c.Dablin, D.1981, p.643, citata de Christophe Leguevaques, Droit des defaillances bancaires, Pratique du droit, Ed.Economica, Paris, 2002, p.494;

societatilor comerciale si al celei speciale privind bancile raportate la momentul adoptarii O.G. nr.10/2004⁴, principiul prevalentei economicului asupra juridicului ce caracterizeaza activitatea bancara, rolul administratorilor si al conducatorilor bancii in activitatea de control intern a bancii.

In plus, in acceptiunea guvernarii corporatiste⁵ specifice actualului stadiu al legislatiei societare si implicit sistemului bancar, conducerea bancilor este asigurata pe doua niveluri de consiliu de administratie sau consiliul de supraveghere⁶ dar si de conducerea executiva: comitetul de directie sau directorat sub orice denumire se vor regasi in practica organele de conducere executiva ale bancilor (alaturi de organele de conducere neexecutiva ale bancilor).

Spre exemplu, Banca Comerciala Romana a optat pentru sistemul dualist de administrare inasa, organele specifice acestui sistem nu se regasesc in organizarea bancii sub denumirea indicata de lege astfel incat, conducerea BCR este asigurata de Consiliul de supraveghere si de Comitetul executiv (echivalentul Directoratului)⁷ iar, Banca Transilvania a optat pentru sistemul unitar de administrare este condusa de un Consiliu de Administratie si un Comitet Executiv de Management (echivalentul Comitetului de directie)⁸.

Nu in ultimul rand, prin Regulamentul Bancii Nationale a Romaniei nr.12/23.07.2009⁹, prin sintagma: "*structura de conducere*", asimilata celei de „*organ de conducere*”, intelegem organele de administrare si de conducere ale unei institutii de credit care asigura indeplinirea functiei de supraveghere si a functiei de conducere in cadrul institutiilor de credit.

Din aceasta perspectiva, persoanele ce fac parte din structura, organul de conducere a institutiei de credit sunt cele ce exercita functii de supraveghere: membrii consiliului de administratie (in sistemul unitar de administrare) si membrii consiliului de supraveghere (in sistemul dualist de administrare) precum si cei ce exercita functii de conducere: directorii (in sistemul unitar de administrare) si membrii directoratului (in sistemul dualist de administrare).

Spre deosebire de reglementarea generala a actiunii in raspunderea organelor de conducere, O.G. nr.10/2004 are in vedere explicit si cenzorii si auditorul financiar al bancii ca persoane ce pot cauza sau contribui la starea de insolventa a bancii.

Ca regula generala impusa de stadiul actual al legislatiei, rolul cenzorilor a fost preluat de auditul intern al bancii¹⁰ astfel incat, conducatorul activitatii de audit intern al bancii se include in categoria persoanelor ce vor raspunde daca au contribuit la starea de insolventa a bancii. Este o responsabilitatea fireasca avand in vedere rolul acestor organe ale bancii in supravegherea si controlul managementului bancar.

⁴ La nivelul anului 2004 legislatia romana nu indica posibilitatea celor doua sisteme de administrare a societatilor comerciale si a bancilor cu toate consecintele generale si speciale ce decurg sub aspectul distinctiei intre administratorii si conducatorii societatilor comerciale;

⁵ Pentru prezentare detaliata a conceptului de guvernare corporatista a se vedea: Mihaela Onofrei, *Guvernanta Financiara Corporativa*, Ed. Wolters Kluwer, Bucuresti, 2009 si Gheorghe Piperea, *Societati comerciale, piata de capital- Acquis comunitar*, Ed. All Beck, Bucuresti, 2005, p.534 si urm.;

⁶ Exista posibilitatea excluderii Consiliului de supraveghere din categoria organelor de conducere a bancilor deoarece nu participa la gestiunea bancii si nu isi asuma responsabilitati de conducere, cu consecinta includerii lui in categoria organelor de control avind in vedere ca exercita un control permanent al gestionarii bancii de catre directorat. Prezentare detaliata a acestei opinii in: Maya Bouregghda, *La defaillance des conglomerats financiers internationaux*, Ed.A.Pedone, Paris, 2002, p.250;

⁷ https://www.bcr.ro/sPortal/sportal.portal?_nfpb=true&_windowLabel=LABEL_MENU&_urlType=action&LABEL_MENU_sh=039395c91f6838054483541d003d0685&LABEL_MENU_zz=40165.00259465606&LABEL_MENU_pc=2&cci=09002ee28037abd2&desk=bcr_ro_0785&&navigationLink=TRUE&menu_navigationId=021786849728691190000194&menu_chronicleId=09002ee28037c514&navigationId=021786849728691190000194;

⁸ [http://www.bancatransilvania.ro/index/108.html;](http://www.bancatransilvania.ro/index/108.html)

⁹ Regulamentul nr.12/23.07.2009 pentru modificarea si completarea Regulamentului B.N.R. si al C.N.V.N.M. nr.15/20/2006 privind tratamentul riscului de credit pentru institutiile de credit si firmele de investitii potrivit abordarii bazate pe modele interne de rating, publicat in M.Of., Partea I nr.602 din 31.08.2009;

¹⁰ Exista banci in care functioneaza comisia de cenzori in paralel cu departamentul de audit : Organigrama Bancii "EurocreditBank" S.A.[http://www.ecb.md/pdf/Struct_Rom.pdf;](http://www.ecb.md/pdf/Struct_Rom.pdf)

Sintagma :”*personalul de executie si/sau cu atributii de control*” utilizata de O.G. nr.10/2004 alaturi de raspunderea „organelor de conducere” are semnificatia extinderii ariei persoanelor responsabile la personalul angajat cu atributii de conducere si/sau control a directiilor sau diviziilor banci, directorii si/sau sefi de servicii audit, credite, trezorerie, control financiar si contabilitate s.a., ce se includ in sistemul de administrare prudentiala a bancii, in sistemul de control intern al acestei entitati.

Chiar daca aceste persoane fac parte din categoria persoanelor cu functia de conducere, de nivel mediu¹¹ (middle managerii) sau de baza (first-line managerii), ele asigura conducerea executiva, operativa a bancii astfel incat, distinctia intre persoane cu functii de conducere si cele „de executie” nu reprezinta, in aceasta directie, o dihotomie ce ar indica doua categorii absolut distincte de personal.

In acelasi sens sunt si prevederile legale prin care se stabileste rolul acestor persoane in activitatea bancilor rol ce a impus ca, persoanele desemnate să asigure conducerea structurilor care privesc activitățile de administrare și control al riscurilor, audit intern, conformitate, trezorerie, creditare, precum și orice alte activități care pot expune instituția de credit unor riscuri semnificative trebuie să dispună de o bună reputație și experiență adecvată naturii, extinderii și complexității activității instituției de credit și responsabilităților încredințate, trebuie să își desfășoare activitatea în conformitate cu regulile unei practici bancare prudente și sănătoase și trebuie să fie aprobată de Banca Națională a României înainte de începerea exercitării responsabilităților (art.108 alin.1 și alin.3 O.U.G. 99/2006).

Pe de alta parte, in sintagma „*personal (...) cu atributii de control*”, legea are in vedere activitatea de controlul intern al bancii, ca si proces continuu la care participa consiliul de administratie/consiliul de supraveghere, conducatorii, precum si personalul bancii activitatile de control incluzand cel putin analize la nivelul consiliului de administratie si al conducatorilor si analize operative la nivelul compartimentelor si sediilor secundare ale bancilor (art.3 lit.b si art.18 din Norma B.N.R. nr.17/2003¹²).

Si nu in ultimul rand, ne raliem tezei conform careia „in conditiile redefinirii conceptului de control, intr-o acceptiune mult mai larga, prin care este privit ca o functie a procesului managerial, in structura sa intra si auditul intern. Prin urmare, functia de control a managementului a devenit functia de control intern, care incorporeaza si auditul intern”¹³.

Din aceasta perspectiva, activitatea de control intern intra si in atributiile conducerii operative a bancii respectiv in atributiile persoanelor care asigura conducerea nemijlocita a compartimentelor din cadrul bancii, al sucursalelor si al sediilor secundare, persoane a caror raspundere poate fi angajata in temeiul art.39 alin.1 din O.G. nr.10/2004.

Pentru stabilirea persoanelor incluse in aceasta categorie se au in vedere cu prioritate, rolul si responsabilitatile acestora in cadrul bancii si nu neaparat denumirea pozitiei ocupate de acestea.

Avand in vedere modificarile legislative intervenite in ceea ce priveste sistemele de administrare a societatilor comerciale si, implicit a bancilor, includem alaturi de membrii consiliului de administratie si membrii consiliului de supraveghere al bancii in categoria persoanelor ce pot fi responsabile pentru insolventa bancii.

Membrii comitetelor de audit si de administrare a riscurilor nu pot fi vizati de actiunea in raspundere fata de rolul consultativ si atributiile legale ale acestor comitete.

¹¹ Persoane nominalizate sa asigure conducerea structurilor in cadrul carora se desfasoara activitatile institutiei de credit, conform prevederilor art.1 alin.9 pct.16 din Regulamentul B.N.R. nr.15/20/2006 anterior citat;

¹² Norma B.N.R. nr.17/2003 va fi abrogata la data de 30 iunie 2010 de Regulamentul B.N.R. nr.18/17.09.2009 privind cadrul de administrare a activitatii institutiilor de credit, procesul intern de evaluare a adecvarii capitalului la riscuri si conditii de externalizare a activitatilor acestora, publicat in M.Of., Partea I nr.630/23.09.2009;

¹³ Mihaela Onofrei, op.cit., p.103;

În aceste conditii, *O.G. nr.10/2004 stabileste responsabilitatea membrilor consiliului de administratie si ai consiliului de supraveghere precum si a conducatorilor executivi: a directorilor si membrilor directoratului, a persoanelor care asigura conducerea nemijlocita a compartimentelor din cadrul bancii, a sucursalelor si a sediilor secundare, cenzorilor, auditorilor interni, auditorilor financiari, membrii comitetului de credit*¹⁴.

Fara indoiala, sunt avuti in vedere conducatorii executivi si neexecutivi, personalul de executie si/sau control, cenzorii, auditorii financiari, auditorii interni *care exercita aceste functii de drept sau in fapt*¹⁵.

Sunt conducatori de drept „*persoanele regulat investite cu functii de conducere, de gestiune si de administrare a unei persoane juridice, cu aplicarea si respectarea legi si a actului constitutiv*”¹⁶, iar, conducatorii de fapt sunt persoanele „*care uzurpeaza asemenea prerogative*”¹⁷, „*exercitand in fapt conducerea*”¹⁸ sau controlul activitatii bancii. Distinctia prezinta importanta deoarece in cazul organelor de conducere si de control „de iure” ale bancii, simpla detinere a acestor calitati reprezinta indeplinirea conditiei privind calitatea persoanelor responsabile in temeiul art.39 din *O.G. nr.10/2004*. In cazul persoanelor ce exercita in fapt aceste functii, trebuie demonstrata implicarea lor in gestiunea si/sau controlul activitatii bancii.

Conducatori, cenzorii, auditorii interni si auditorii financiari oficiali, de drept ai bancii, nu sunt exonerati de raspundere in situatia in care persoanele care exercita aceste atributii de fapt au contribuit la ajungerea bancii in stare de insolventa.

Spre exemplu, in procedura falimentului Bancii Turco-Romane, actiunea privind atragerea raspunderii patrimoniale a persoanelor vinovate de ajungerea in faliment a bancii, a fost promovata impotriva administratorilor si a actionarilor principali ai acestei bancii avand in vedere ca, actionarii principali ai bancii au exercitat in fapt atributii de conducere a bancii¹⁹.

In practica, conceptul conducatorilor de fapt ai bancilor a dat posibilitatea antrenarii raspunderii civile a actionarilor bancii demonstrandu-se imixtiunea acestora in gestiunea bancii, calitatea lor de administratori de fapt ai bancii. In acest sens, in procedura falimentului bancii franceze Pallas Stern s-a antrenat raspunderea actionarilor pe temeiul asimilarii lor cu administratorii bancii.

Vor raspunde pentru starea de insolventa a bancii toate persoanele ce au detinut, de drept sau de fapt, functii de conducere si de control a activitatii bancii in ultimii 3 ani anteriori deschiderii procedurii falimentului bancii. Prin stabilirea acestei perioade de referinta se elimina dificultatile practice generate de succesiunea in timp a persoanelor ce au detinut functii de conducere si de control precum si posibilitatea exonerarii indirecte de raspundere a unor persoane care au cauzat sau au contribuit la starea de insolventa a bancii desi, au detinut asemenea functii cu mult inainte de deschiderea procedurii falimentului.

¹⁴ Pentru responsabilitatea membrilor comitetului de credit a se vedea: Eberhard Schwark, „*Obligatia de diligenta si raspunderea membrilor Comitetului de Credit ale bancilor*”, in Revista Pandectele Romane nr.3/2008, p.28-41;

¹⁵ C.Ap.Bucuresti, sectia a VI a comerciala, Decizia nr.688R din 15.02.2006, Curtea de Apel Bucuresti, Culegere de practica judiciara in materie comerciala 2006, vol.2, op.cit., p.260;

¹⁶ Paul Le Cannu, J.-M. Lucheux, M.Pitron, J.-P.Senechal, *Entreprises en difficulte*, GLN-Joly, Paris, 1995, n.1613;

¹⁷ Ion Turcu, *Tratat de insolventa*, Ed.C.H.Beck, Bucuresti, 2007, p.516;

¹⁸ Gh.Piperea, *Insolventa:Legea, regulile, realitatea*, Ed.Wolters Kluwer, Bucuresti, 2008, p733;

¹⁹ Sursa: Raportul de activitate pe anul 2007 al Fondului de Garantare a Depozitelor in sistemul bancar, <http://www.fgdb.ro/>; In directia posibilitatii atragerii raspunderii patrimoniale a actionarilor debitorului a se vedea si: Stanciu D.Carpenaru, V.Nemes, M.A.Hotca, *Noua Lege a insolventei. Legea nr.85/2006. Comentarii pe articole*, editia a 2 a , Ed. Hamangiu, Bucuresti, 2006, p.328 si Decizia nr.40/2005 a Curtii de Apel Bucuresti, sectia a VI a comerciala citata de autori; Curtea de Apel Bucuresti, sectia a VI a comerciala, Decizia nr.200/2003, Curtea de Apel Bucuresti, *Practica judiciara comerciala, 2003-2004*, p.335; Maya Boureghda, op.cit., p.251;

Doctrina si jurisprudenta au statuat, in cazul actiunii in raspunderea organelor de conducere reglementata de Legea nr.85/2006, ca aceasta actiune nu vizeaza numai persoanele ce detin aceste prerogative in momentul deschiderii procedurii insolventei ci si pe cele care au detinut anterior aceste functii, daca au cauzat starea de insolventa a debitorului²⁰, cu conditia ca „starea de insolventa sa fi survenit in timpul cat cel in cauza detinea mandatul sau pozitia respectiva²¹” insa, in lipsa unei perioade de referinta, perioada anterioara cercetata de lichidator este deseori limitata la mandatul ultimelor persoane care au detinut functii de conducere.

5. Raspunderea pentru falimentul bancilor stabilita de art.39 din O.G. nr.10/2004 este similara raspunderii reglementata de art.138 din Legea nr.85/2006 si este o forma speciala de raspundere civila delictuala²² si are ca scop repararea prejudiciului suferit de creditorii bancii debitoare prin ajungerea in insolventa a bancii, prejudiciul concretizat in insuficienta fondurilor pentru acoperirea pasivului bancii.

Insa, prejudiciul creditorilor este un prejudiciu colectiv, nu unul individual, cu consecinta calificarii actiunii in raspundere ca actiune colectiva. Prin exceptie, aceasta actiune colectiva, poate fi exercitata si individual doar in procedura falimentului bancilor.

In toate cazurile, raspunderea va fi antrenata numai in situatia insuficientei fondurilor pentru acoperirea datoriilor bancii debitoare.

Pe de alta parte, atat faptele ilicite ce atrag raspunderea „membrilor organelor de conducere, cenzorilor, auditorilor financiari, personalului de executie si/sau cu atributii de control” cat si raspunderea acestora sunt prevazute de lege respectiv, de art.39 din O.G. nr.10/2004 astfel incat, izvorul obligatiei de reparare a prejudiciului fiind legea, ne aflam in prezenta unei raspunderi civile delictuale.

Aceasta deoarece, obligatia persoanelor indicate de art.39 din O.G. nr.20/3004 de a raspunde pentru prejudiciile cauzate creditorilor prin ajungerea bancii debitoare in insolventa exista numai pentru ca legea a prevazut o asemenea posibilitate.

Nici un contract al persoanelor ce detin functii de conducere sau de control incheiat cu banca debitoare sau incheiat intre banca debitoare si creditorii ei, nu poate genera nasterea obligatiei de reparare a prejudiciului suferit de creditorii prin insolventa bancii in cadrul procedurii falimentului bancii.

In aceste conditii, pentru antrenarea raspunderii organelor de conducere si de control ale bancii debitoare trebuiesc intrunite cumulativ conditiile generale ale raspunderii civile delictuale prevazute de art.998-999 c.civ. si cele speciale reglementate de art.39 din O.G. nr.10/2004.

Conditii speciale preavazute de art.39 din O.G. nr.10/2004 au in vedere persoanele ce raspund pentru starea de insolventa a bancii debitoare, faptele ilicite limitativ prevazute de lege si masura in care este reparat prejudiciului suferit de creditorii bancii prin faptele ilicite ale organelor de conducere si de control.

Prin conditiile speciale stabilite de art.39 din O.G. nr.10/2004, raspunderea organelor de conducere, a personalului de executie si de control, a cenzorilor si auditorilor financiari ale/ai bancii debitoare se detaseaza de raspunderea civila delictuala prevazuta de art.998-999 c.civ. pe al carei fundament este reglementata si devine o forma speciala a acesteia, identica -sub aspectul

²⁰ I.Adam, C.N.Savu, Legea procedurii insolventei, Comentarii si explicatii, Ed.C.H.Beck, Bucuresti, 2006, p.771; Curtea de Apel Bucuresti, sectia a VI a comerciala, Decizia nr.1035/R/2004, Curtea de Apel Bucuresti, Practica judiciara comerciala 2003-2004, p.330;

²¹ Stanciu D.Carpenaru, V.Nemes, M.A.Hotca, op.cit., p.343;

²² In acelasi sens: Gh. Piperea: Insolventa: legea, regulile, realitatea, op.cit., p.737; C.Ap.Bucuresti, sectia a VI a comerciala, Decizia nr.3082/13.12.2006, Curtea de Apel Bucuresti, Practica judiciara comerciala 2006, p.269; C.Ap.Bucuresti, sectia a V a comerciala, decizia nr.1773/24 mai 2006, Curtea de Apel Bucuresti Practica judiciara comerciala 2006, vol.1, p.209; C.Ap.Bucuresti, sectia a V a comerciala, decizia nr.1317/25.09.2003, in Curtea de Apel Bucuresti Practica judiciara comerciala 2003-2004, p.328-330;

naturii juridice- cu raspunderea organelor de conducere din reglementarea generala a insolventei.

Mentionam ca, exista si opinii conform carora raspunderea organelor de conducere reglementata de legea insolventei (similara pe fond raspunderii organelor de conducere si de control ale bancii) este o raspundere contractuala sau delictuala, in functie de izvorul obligatiei incalcate²³, fie o raspundere exclusiv contractuala²⁴, fie o raspundere speciala sui generis pentru fapta proprie²⁵.

❖ iii). Conditiiile raspunderii

6.Raspunderea membrilor organelor de conducere, cenzorilor, auditorilor financiari, personalului de executie si/sau cu cu atributii de control, pentru falimentul bancilor, poate fi antrenata numai daca sunt indeplinite conditiile generale ale raspunderii civile delictuale precum si conditiile speciale reglementate de art.39 din O.G. nr.10/2004 privind prejudiciul, fapta ilicita, legatura de cauzalitate intre fapta ilicita si prejudiciu, culpa.

Indeplinirea tuturor conditiilor angajarii raspunderii va fi dovedita de titularii actiunii in raspundere²⁶ conform prevederilor art.1169 c.civ., prin orice mijloc de proba.

Raportul initial al lichidatorului nu face proba deplina in actiunea in raspundere, el creeaza doar premisa actiunii in vederea angajarii raspunderii, fara a constitui o dovada certa a indeplinirii conditiilor raspunderii²⁷.

Se considera, deseori, ca prejudiciul este chiar ajungerea bancii in stare de insolventa²⁸. Aceste opinii se fundamenteaza in primul rand, chiar pe textul de lege care face vorbire de raspunderea persoanelor care „au contribuit” („au cauzat” in reglementarea generala a insolventei) la ajungerea bancii in stare de insolventa. Insa acest lucru nu este tocmai exact avand in vedere ca starea de insolventa nu cauzeaza prin ea insasi un prejudiciu creditorilor daca activul patrimonial al bancii debitoare este in masura sa asigure indestularea creantelor creditorilor bancii.

In aceste conditii, prejudiciul exista daca judecatorul sindic va constata insuficienta activului bancii aflata in insolventa pentru achitarea obligatiilor fata de creditorii sai²⁹ sau cum s-a spus in literatura de specialitate, *prejudiciul consta in dezechilibrul patrimonial al bancii aflate in insolventa si supusa procedurii falimentului*³⁰.

Pentru acest motiv, „judecatorul sindic poate dispune ca o parte din pasivul institutiei de credit ajunse in stare de insolventa sa fie suportata de membri organelor de conducere, cenzori, auditori financiari, personalul de executie si/sau cu cu atributii de control” respectiv, *aceea parte a pasivului ce nu poate fi acoperita de averea bancii debitoare si care este efectul faptei cauza sau conditie stabilita in art.39 lit.a-lit.j din O.G. nr.10/2004.*

²³ Stanciu D.Carpenaru, Drept comercial roman, Ed.a VI a , Ed.Universul Juridic, Bcuresti, p.697; Ion Turcu, Tratat de insolventa, op.cit., p.523; Stanciu D.Carpenaru, V.Nemes, M.A.Hotca, op.cit., p.324-325;

²⁴ Marius Scheaua, „Raspunderea civila a membrilor organelor de conducere a societatilor comerciale reglementata de Legea nr.85/2006”, in Pandectele Romane nr.2/2006, p.144;

²⁵ I. Adam, C.N.Savu, Legea procedurii insolventei, op.cit., 776;

²⁶ C.Ap.Bucuresti, sectia a VI a comerciala, Decizia nr.3082/13.12.2006, Curtea de Apel Bucuresti, Practica judiciara comerciala 2006, vol.2, p.269; C.Ap.Bucuresti, sectia a V a comerciala, decizia nr.1773/24 mai 2006, Curtea de Apel Bucuresti Practica judiciara comerciala 2006, vol.1, p.209-215; C.Ap.Bucuresti, Sectia a V a Comerciala, Decizia nr.1183/27 iunie 2003, in Curtea de Apel Bucuresti – Practica judiciara comerciala 2003-2004, p.326-328; Tribunalul Bucuresti, sectia a VII a comerciala, Sentinta comerciala nr.1416/25.03.2008, inedita;

²⁷ C.Ap.Bucuresti, sectia a VI a comerciala, Decizia nr.1681/3.05.2006, Cutea de Apel Bucuresti, Practica judiciara comerciala 2006, vol.2, p.271-279;

²⁸ Stanciu D.Carpenaru, Drept comercial roman, Ed.a VI a , op.cit., p.699; Stanciu D.Carpenaru, V.Nemes, M.A.Hotca, op.cit., p.334; I. Adam, C.N.Savu, Legea procedurii insolventei, op.cit., p.789;

²⁹ In acelasi sens: Ion Turcu, Tratat de insolventa, op.cit., p.521; Gh.Piperea, Insolventa: Legea, Regulile, realitatea, op.cit., p.741,p.743; Tribunalul Arad, sectia comerciala si de contencios administrativ, sentinta nr.214/2001, Studia Universitatis Babes-Bolyai nr.1/2001, p.112;

³⁰ Gh.Piperea, Insolventa: Legea, Regulile, realitatea, op.cit., p.743;

Nimic nu se opune posibilitatii ca judecatorul sindic sa oblige persoanele responsabile sa suporte intreg pasivul bancii debitoare ramas neacoperit dupa lichidarea averii acesteia.

In toate cazurile, judecatorul sindic va stabili, pe baza probelor administrate, nu numai persoanele responsabile in concret, ci si partea de pasiv suportata de fiecare dintre acestea, parte care reprezinta efectul faptelor proprii ilicite savirsite.

Spre deosebire de reglementarea generala (art.138 alin.4 din Legea nr.85/2006), prin reglementarea raspunderii membrilor organelor de conducere, cenzorilor, auditorilor financiari, personalului de executie si/sau cu cu atributii de control ai/ale bancii debitoare, *nu se stabileste raspunderea solidara a acestora in caz de pluralitate de persoane responsabile.*

Apreciem ca prevederile art.138 alin.4 din Legea nr.85/2006 nu sunt aplicabile in materia raspunderii instituite de art.39 din O.G. nr.10/2004 deoarece solidaritatea raspunderii din reglementarea generala a insolventei are in vedere o anumita sfera a persoanelor responsabile, diferita in materia falimentului bancilor.

Cu toate acestea, *in masura in care faptele ilicite ce au cauzat prejudiciul bancii debitoare sunt imputabile mai multor persoane, acestea vor raspunde in solidar in baza art.1003 c.civ.*

Indiferent de momentul promovarii actiunii in raspundere ea va prezenta interes numai in situatia in care, pasivul bancii debitoare nu poate fi acoperit de activul sau deoarece, scopul raspunderii membrilor organelor de conducere, cenzorilor, auditorilor financiari, personalului de executie si/sau cu cu atributii de control este repararea prejudiciului cauzat de catre persoanele responsabile de insolventa bancii prin acoperirea diferentei dintre activul si pasivul bancii debitoare.

In lipsa insolvabilitatii bancii adica in lipsa prejudiciului, raspunderea instituita de art.39 din O.G.nr.10/2004 nu se va declansa si orice astfel de actiune se impune a fi respinsa ca lipsita de interes.

Pe de alta parte, *prejudiciul este in primul rand al bancii debitoare al carei patrimoniu este dezechilibrat si, indirect, al creditorilor acesteia* ce nu isi pot indestula creantele din activul patrimonial al bancii.

Motiv pentru care, in procedura falimentului bancii, s-a optat pentru acordarea posibilitatii promovarii actiunii in raspundere nu numai lichidatorului si creditorilor (situatie intalnita in reglementarea generala a insolventei) ci si actionarilor bancii debitoare, Bancii Nationale a Romaniei si judecatorului sindic. Prejudiciul material al bancii debitoare trebuie reparat in intregime in vederea indestularii creantelor creditorilor bancii pentru evitarea prejudicierii intregului sistem bancar, prin slabirea increderii in acesta.

Raspunderea membrilor organelor de conducere, cenzorilor, auditorilor financiari, personalului de executie si/sau cu cu atributii de control intervine numai daca acestia au savarsit una din faptele ilicite limitativ prevazute de art.39 lit.a –lit.j din O.G. nr.10/2004, caracterul limitativ al faptelor ce atrag raspunderea³¹ avand ca si corolar, inadmisibilitatea oricarei actiuni in raspundere intemeiata pe alte fapte decat cele prevazute de art.39 din O.G. nr.10/2004.

Membrii organelor de conducere, cenzorii, auditorii financiari, personalul de executie si/sau cu cu atributii de control ai unei banci, vor raspunde daca: **a) au folosit bunurile sau creditele institutiei in folosul propriu; b) au facut acte de comerț in interes personal, sub acoperirea institutiei de credit; c) au dispus in interesul personal continuarea unei activități care ducea in mod vădit institutia de credit la încetarea de plăți; d) au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea; e) au deturnat sau au ascuns o parte din activul institutiei de credit ori au mărit în mod fictiv pasivul acesteia; f) au folosit mijloace ruinătoare pentru a procura institutiei de credit fonduri, în scopul**

³¹ In acelasi sens, Stanciu D.Carpenaru, Tratat de drept comercial roman, Ed.Universul Juridic, Bucuresti, 2009, p.791; Stanciu D.Carpenaru, V.Nemes, M.A.Hotca, op.cit., p.329; I.Turcu, Tratat de insolventa, op.cit., p.523 si urm.; Gh.Piperea, Insolventa: Legea, Regulile, realitatea, op.cit., p.742; C.Ap.Bucuresti, Sectia a V a Comerciala, Decizia nr.1183/27 iunie 2003, in Curtea de Apel Bucuresti – Practica judiciara comerciala 2003-2004, p.326-328;

întârzierii încetării de plăți; g) au acordat credite cu încălcarea cerințelor prudențiale aprobate prin normele în vigoare, precum și cu nerespectarea normelor interne în vigoare; h) în luna precedentă deschiderii procedurii au plătit sau au dispus să se plătească, cu preferință, unui creditor în dauna celorlalți creditori; i) au întocmit situații financiare, alte situații contabile ori raportări cu nerespectarea prevederilor legale; j) în cadrul acțiunilor interne de verificare nu au identificat și nu au sesizat, prin nerespectarea atribuțiilor de serviciu, faptele care au condus la fraude și gestiune defectuoasă a patrimoniului.

Prin aceasta, sfera faptelor ce antrenează raspunderea în materia falimentului bancilor este mult mai cuprinzătoare fata de reglementarea generala a raspunderii organelor de conducere din Legea nr.85/2006 incluzand practic, nerespectarea oricarei obligatii legale impuse de cerintele operationale, prudentiale specifice activitatii bancare de catre persoanele ce au atributii in aceasta directie.

Pe de alta parte, raspunderea civila pentru savarsirea faptelor ilicite prevazute de art.39 din O.G. nr.10/2004 nu inlatura aplicarea legii penale pentru faptele care constituie infractiune.

Cum este stiut, orice responsabilitate se intemeiaza pe culpa si, in materia raspunderii civile delictuale „trebuie sa se dovedeasca prejudiciul suferit din culpa paratului”³², astfel incat, nici chiar in privinta raspunderii pentru falimentul bancilor, legiutorul nu a inteles sa instituie o prezumtie legala de vinovatie prin simplul fapt al neacoperirii tuturor creantelor in cadrul procedurii falimentului³³.

In acord cu regula generala si in materie bancara trebuie sa existe un raport de cauzalitate intre fapta ilicita si prejudiciu in sensul ca, prin fapta savirsita trebuie sa se fi contribuit la ajungerea bancii in stare de insolventa³⁴.

Spre deosebire de art.138 din Legea nr.85/2006 ce impune conditia ca fapta savarsita de membrii organelor de conducere sa fi cauzat starea de insolventa, art.39 O.G. nr.10/2004 stabileste ca este suficient ca fapta ilicita sa fi „contribuit” prin actiunea sau omisiunea lor delictuoasa la ajungerea bancii in stare de insolventa si la pierderea unei parti din averea bancii debitoare³⁵.

Prin urmare, judecatorul sindic trebuie sa stabileasca in baza probelor administrate, daca faptele culpabile savarsite de persoanele indicate de lege au reprezentat conditii favorabile la ajungerea in insolventa a bancii debitoare si, indirect au cauzat prejudiciul acesteia si succesiv al creditorilor bancii³⁶.

❖ iv). Solutionarea actiunii in raspundere

7. Solutionarea cererii de atragere a raspunderii membrilor organelor de conducere, cenzorilor, auditorilor financiari, personalului de executie si/sau cu atributii de control pentru falimentu bancilor, este de competenta exclusiva a judecatorului sindic pentru a nu se aduce atingere caracterului colectiv si unitar al procedurii falimentului, inclusiv sub aspect

³² C.Hamangiu, I Rosetti-Balanescu, Al.Baicoianu, *Tratat de drept civil roman*, Vol.II, Ed.All, Bucuresti, 1998, p.471; Constantin Statescu, Corneliu Birsan, *Drept civil. Teoria generala a obligatiilor*, Ed. C.H.Beck, Bucuresti, p.205 si urm.;

³³ C.Ap.Bucuresti, Sectia a VI a comerciala, decizia nr.726R/16.02.2006 si Decizia nr.413/05.07.2006, Curtea de Apel Bucuresti – Practica judiciara comerciala 2006, vol.2, p.290-293, p.307-310; Tribunalul Bucuresti – ibidem;

³⁴ C.Ap.Bucuresti, Sectia a VI a comerciala, decizia nr.726 R/16.02.2006, Curtea de Apel Bucuresti – Practica judiciara comerciala 2006, vol.2, p.290-293; C.Ap.Bucuresti, sectia a V a comerciala, Decizia nr.2527/11.10.2006, Curtea de Apel Bucuresti – Practica judiciara comerciala 2006, vol.1, p.221-223;

³⁵ Pentru analiza a modalitatilor de rezolvare a problemelor ridicate de stabilirea raportului de cauzalitate a se vedea: Imre Miklos Lajos, “*Raspunderea organelor de conducere ale unei societati comerciale (S.A. sau S.R.L.)*”, in *Revista de insolventa Phoenix* nr.6/2003, p.25-30;

³⁶ Existenta raportului de cauzalitate intre fapta culpabila, insolventa si prejudiciu suferit de creditor trebuie dovedita, nefiind prezumata – C.Ap.Bucuresti- sectia a V a comerciala, Decizia nr.1773/24.05.2006, in Curtea de Apel Bucuresti, *Culegere de practica judiciara in materie comerciala 2006*, vol.1, p.213;

jurisdictional³⁷.

In baza acelorasi consideratiuni ca si in cazul reglementarii generale a insolventei, cererea de atragere a raspunderii civile reglementata de art.39 alin.1 din O.G. nr.10/2004 nu va putea fi formulata si solutionata decat in cadrul procedurii falimentului³⁸, in intervalul de timp cuprins intre deschiderea si inchiderea procedurii falimentului bancii³⁹.

Conform legii, executarea silita a persoanelor prevazute la art.39 alin.1 din O.G. nr.10/2004 se va efectua potrivit codului de procedura civila, cu exceptia cazurilor in care legea speciala dispune altfel (art.42 din O.G. nr.10/2004) si, cum nu exista nici o lege speciala care sa prevada o alta modalitate de executare silita a persoanelor responsabile, aceasta se va realiza intotdeauna conform regulilor dreptului comun.

Consideram ca, executarea silita a persoanelor care raspund trebuie finalizata pana la inchiderea procedurii falimentului bancii avand in vedere ca, sumele platite de aceste persoane vor intra in averea bancii debitoare si sunt destinate platii datoriilor acesteia.

III. Concluzii.

8. Caracterul special al falimentului bancilor se reflecta si in particularitatile principale ale raspunderii pentru insolventa acestor entitati ca forma speciala a raspunderii civile delictuale.

In primul rand, sfera persoanelor responsabile pentru falimentul bancar este mult mai larga fata de reglementarea generala prin stabilirea raspunderii civile a membrilor organelor de conducere, cenzorilor, auditorilor financiari, personalului de executie si/sau cu atributii de control bancii debitoare se distinge de raspunderea organelor de conducere din reglementarea generala a insolventei.

In aceasta materie, vor raspunde membrii consiliului de administratie, membrii consiliului de supraveghere, directorii, membrii directoratului, personalul angajat cu atributii de conducere sau/si control al directiilor, compartimentelor sau diviziilor bancii, directorii si/sau sefii de servicii de audit, credite, trezorerie, control financiar si contabilitate s.a., persoanele ce asigura conducerea sucursalelor si a altor sedii secundare ale bancii, auditorii interni, cenzorii si auditorii financiari, persoane ce detin aceste functii de drept sau de fapt, incepand cu ultimii trei ani anteriori deschiderii procedurii falimentului bancii.

Astfel cum am indicat, aceste caracteristici ale raspunderii organelor de conducere si control ale bancii sunt pe deplin justificate de caracteristicile activitatii bancare ce impun responsabilitati pe linia cerintelor operationale si prudentiale pe mai multe niveluri de conducere a unei banci.

Faptele ilicite pentru care se poate atrage raspunderea pentru falimentul bancii sunt in principiu, limitativ indicate de lege inasa, prin continutul, semnificatia fiecareia dintre acestea, sunt

³⁷ C.Ap.Bucuresti, sectia a VI a Comerciala, Decizia nr.132/31.01.2003, in Curtea de Apel Bucuresti, Practica judiciara comerciala 2002-2003, p.277-278;

³⁸ In sens contrar, Curtea de Apel Bucuresti- sectia a VI a comerciala, Decizia nr.2950R/28.11.2006, inedita; Tribunalul Bucuresti Sectia a VII a comerciala, Sentinta comerciala nr.83/16.01.2006, inedita; Tribunalul Comercial Cluj, sentinta nr.142/26.01.2005, publicata in: I.Turcu, Madalina Stan, "Acoperirea pasivului societatii comerciale din averea altor persoane, in procedura insolventei (II)", Revista de drept comercial nr.5/2006, p.22;

³⁹ Stanciu D.Carpenu, V.Nemes, M.A.Hotca, op.cit., p.347; C.Ap.Bucuresti, Sectia a VI a comerciala, decizia nr.126/2003, in Curtea de Apel Bucuresti, Practica judiciara comerciala 2003-2004, p.332 si urm.; I.C.C.J., Sectia comerciala, decizia nr.1055/18 martie, publicata in Revista de Drept Comercial nr.1/2006, p.226; C.Ap.Cluj, sectia comerciala si de contencios administrativ, decizia nr.606/16.04.2002 si decizia nr.1443/08.10.2002, in Curtea de Apel Cluj, Buletinul Jurisprudentei 2002, Ed.Lumina Lex, Bucuresti, 2003, p.483-488; Tribunalul Arad, sectia comerciala si contencios administrativ, sentinta civila nr.621/08.03.2004, comentata de Daniela Claudia Muntean, in Revista de Drept Comercial nr.11/2005, p.224-226; Curtea de Apel Timisoara, sectia comerciala si de contencios administrativ, decizia civila nr.390/2003 si decizia civila nr.57/2005 citate in: Cristian Jora, "Aspecte privind momentul formularii actiunii impotriva membrilor organelor de conducere", Revista de Drept Comercial nr.11/2005, p.52; Curtea de Apel Timisoara, sectia comerciala si de contencios administrativ, decizia civila nr.961/26.09.2002, Revista de Drept Comercial nr.5/2004, p.218-219;

aproape nelimitate, santionandu-se nerespectarea oricarei obligatii legale impuse de cerintele operationale, prudentiale specifice activitatii bancare.

Si nu in ultimul rand, activitatea de interes public desfasurata de banci, determina acordarea legitimitatii procesuale active, dreptul de a formula actiunea in raspundere, unor persoane ce nu au calitate de parti in procedura falimentului bancii: actionarilor bancii debitoare, Bancii Nationale a Romaniei si judecatorului sindic (prin exceptie de la principiul disponibilitatii in procedura civila) si posibilitatea exercitarii ut singuli a acestei actiuni ce are caracter colectiv.

Toate aceste particularitati ale actiunii in raspundere pentru falimentul bancilor au in vedere protectia pietei bancare prin protectia creditorilor bancii si reprezinta parte componenta a statutului special al bancilor in randul participantilor la activitatea comerciala.

Referințe bibliografice

Adam I., C.N.Savu, *Legea procedurii insolventei, Comentarii si explicatii*, Ed.C.H.Beck, Bucuresti, 2006;

Bouregghda Maya, *La defaillance des conglomerats financiers internationaux*, Ed.A.Pedone, Paris, 2002;

Carpenaru D. Stanciu, *Tratat de drept comercial roman*, Ed.Universul Juridic, Bucuresti, 2009;

Carpenaru D. Stanciu, *Drept comercial roman*, Ed.a VI a , Ed.Universul Juridic, Bucuresti;

Carpenaru D. Stanciu, V.Nemes, M.A.Hotca, *Noua Lege a insolventei. Legea nr.85/2006. Comentarii pe articole*, editia a 2 a , Ed. Hamangiu, Bucuresti, 2006;

Guyon Yves , *Droit des Affaires, Tome 2 –Entreprises en difficultes. Redressement judiciaire – Faillite*, 7 e edition, Economica, Paris, 1999;

Hamangiu C., I Rosetti-Balanescu, Al.Baicoianu, *Tratat de drept civil roman*, Vol.II, Ed.All, Bucuresti, 1998;

Jora Cristian, *“Aspecte privind momentul formularii actiunii impotriva membrilor organelor de conducere”*, Revista de Drept Comercial nr.11/2005;

Miklos Lajos Imre, *“Raspunderea organelor de conducere ale unei societati comerciale (S.A. sau S.R.L.)”*, in Revista de insolventa Phoenix nr.6/2003;

Leguevaques Christophe, *Droit des defaillances bancaires, Pratique du droit*, Ed.Economica, Paris, 2002;

Onofrei Mihaela, *Guvernanta Financiara Corporativa*, Ed.Wolters Kluwer, Bucuresti, 2009;

Piperea Gheorghe, *Insolventa:Legea, regulile, realitatea*,Ed.Wolters Kluwer, Bucuresti, 2008;

Piperea Gheorghe, *Societati comerciale, piata de capital- Acquis comunitar*, Ed. All Beck, Bucuresti, 2005;

Paul Le Cannu, J.-M. Lucheux, M.Pitron, J.-P.Senechal, *Entreprises en difficulte*, GLN-Joly, Paris, 1995;

Raportul de activitate pe anul 2007 al Fondului de Garantare a Depozitelor in sistemul bancar, <http://www.fgdb.ro/>;

Ripert G. et Roblot, and Delebeque Philippe, Germain Michel, *Traite de droit commercial*, Tome 2, 16 e edition, L.G.D.J., Paris, 2000;

Statescu Constantin, Corneliu Birsan, *Drept civil. Teoria generala a obligatiilor*, Ed. C.H.Beck, Bucuresti;

Schwark Eberhard, *“Obligatia de diligenta si raspunderea membrilor Comitetului de Credit ale bancilor”*, in Revista Pandectele Romane nr.3/2008;

Turcu Ion, *Tratat de insolventa*, Ed.C.H.Beck, Bucuresti, 2007;

Turcu Ion, Stan Madalina, *“Acoperirea pasivului societatii comerciale din averea altor persoane, in procedura insolventei (II)”*, Revista de drept comercial nr.5/2006.

BASIC CONDITIONS OF APPLICATION OF THE INSURANCE COMPANY BANKRUPTCY PROCEDURE

LUMINIȚA TULEASCĂ¹

Abstract:

The essential indicator of the financial stability of the insurance companies: their solvency, determines the substantial amendment of the enforcement terms of the insurer's bankruptcy procedure in reference to those imposed for the initiation of the bankruptcy procedure of the regular trading companies, even if the main general coordinates are maintained: the condition concerning the debtor's capacity and the one related to its financial situation.

The paper takes priority in the analysis of the specificity of the substantive conditions of enforcement of the insurance company bankruptcy procedure in terms of the objective substantive requirement, respectively in terms of the cause for the procedure application: insolvency, from the perspective of the basic principles of operation of these special entities, the distinction of the extremely special particularities of the insurers' insolvency being accomplished.

Key words: *insolvency, bankruptcy, solvency, insurance companies, Solvency II.*

I. Introduction

1. Any approach of the bankruptcy of the insurance companies should consider the general characteristics of these special entities: they operate on the financial market, are regulated entities (subject to the permanent monitoring and control of the member state of origin), the risk is the defining coordinate of their activity², they perform activities considered to be of general interest and benefit from special legal regulations at European and national level.

These particularities of the activity of the insurance companies justified the adoption of a distinct regulation on their failure and bankruptcy as well.

For a long period of time, the insurers' bankruptcy was not considered to represent a hazard factor for the financial market, but the current stage of the protection need, the main product provided by the insurers determined the unprecedented increase and extension of the insurers' market and, implicitly, the increase of the number of natural persons and legal entities holding insurance policies.

On the other hand, the financial products diversified and thus the risks and investments of the insurance companies, their exposures, are much bigger and much more complex and the interconnection of the players on the financial market is intense.

Under these circumstances, the insurers' bankruptcy, especially of those holding significant shares of the insurance market, has detrimental, economic and social consequences, even independently from the bank crises and/or financial crises.

At the same time, the known risks of the banking activity, such as: panic and the systemic crises recently affect the insurance sector as well³.

The bankruptcy of the insurance companies in Romania (ADAS, CROMA, GRUP AS, METROPOL CIAR⁴) and on the international market {Eurolife Assurance (International) Limited

¹ Luminita Tuleasca, PhD - Romanian-American University, lawyer with Bucharest Bar;

² Risk notion particularities in the insurance field in: Veronica Stoica, "risk and incertitude idea in the insurance contract", in Commercial Law Magazine no. 12/20003, p.89;

³ Benjamin Laurent, "Raisons Fondamentales d'une Regulation Prudentielle du secteur des Assurances", Working Paper no. 08-020, 2008, <http://www.solvay.edu/EN/Research/Bernheim/documents/wp08020.pdf>;

⁴ Source: Insurance Supervisory Board – Guaranteeing Fund Department: <http://www.csa-fga.ro/>;

(GIB)⁵, Sprinks, Mari⁶) proved that the operational, prudential requirements are not infallible.

For this reason, according to the current conception, the insurers' bankruptcy should be avoided, but when they become a danger for the security of the system, their liquidation should be effected and be carried out so that the insurance service consumers and the public should keep their confidence in the financial market and the protection of the insurance creditors should be guaranteed.

these principles are considered by the current European regulation on the insurers' liquidation -Directive 2001/17/EC- and by the Romanian law: Law no. 503/2004 on the recovery and bankruptcy of the insurance companies⁷, in line with the principles of unity, universality and coordination of the bankruptcy procedures or, as applicable, of the winding-up procedures.

2.The essential indicator of the financial stability of the insurance companies: their solvency, determines the substantial amendment of the background conditions of the application of the insurer's bankruptcy procedure as compared to those imposed for the initiation of the bankruptcy procedure of the regular trading companies, regulated by Law no. 85/2006 on insolvency, even if the main general coordinated are maintained: the *condition on the debtor's capacity and the one related to the financial state hereof, the insolvency state, as well as the bankruptcy procedure initiation cause*⁸

The particularities, content differences of the background conditions of the application of the insurers' bankruptcy procedure, reflect the specificity of the insurers' activity and will be analyzed in this study exclusively from this perspective, derogatory from the insolvency common law.

The insurers' bankruptcy procedure regulated by Directive 2001/17/EC and Law no. 503/2004 is a special procedural, intended exclusively for the insurers and/or reinsurers, and not to the insurance intermediaries as well⁹.

Directive 2001/17/EC does not define the notion of insurers, but refers to the significance hereof granted by the European Directives regulating the insurance activity¹⁰, and Law no. 503/2004 very clearly determines the debtors to which the special bankruptcy procedure is applied: the insurance and/or reinsurance companies¹¹, Romanian legal entities (art. 2 paragraph 1 in Law no. 32/2000) -inclusively to their branches seated abroad, as well as to the subsidiaries and branches of the insurance companies in other third states, that are seated in Romania-.

As regards the condition on the financial situation of the insurance company, it should be in an insolvency state, genre concept including three particular causes of the application of the procedure to these special entities.

⁵ The winding-up procedure initiation resolution against Eurolife Assurance (International) Limited was published in the Official Journal of EC no. 12/January 17th, 2008, p.6, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:012:0006:0006:FR:PDF> ;

⁶ Source: Jerome Bonnard, quoted work, p.40;

⁷ According to the provisions of art. 77 in Law no. 503/2004; the provisions of this law are supplemented by the provisions of Law no. 85/2006;

⁸ G.Ripert/Roblot, Philippe Delebeque/Michel Germain, *Traité de droit commercial*, Tome 2, 16^e édition, L.G.D.J., Paris, 2000, p.836; Yves Guyon, *Droit des Affaires*, Tome 2 –Entreprises en difficulté. Redressement judiciaire – Faillite, 7^e édition, Economica, Paris, 1999, p.109;

⁹ The express provision of exclusion of the insurance intermediaries: the brokers ("*registered brokers*", "*courtiers d'assurances*") and insurance agencies ("*Independent insurance agents*", "*agent general d'assurance*") in the field of application of the regulations on the insurers' bankruptcy or, as applicable, of the insurance companies is justified by the fact that they are not insurers; for the analysis of the insurance intermediaries, see: Radu N.Catana, *Insurance Law. Insurance Activity Regulation. General Theory of the Insurance Contract*, quoted work, p.61;

¹⁰ „*Insurance enterprise means the insurance enterprise having received an official authorization according to art. 6 in Directive 73/239 EEC or art. 6 in Directive 79/239/CEE*" – art. 2 letter a in Directive 2001/17/EC;

¹¹ The provisions of art. 1 paragraph 1 and art. 2 paragraph 2 in Law no. 503/2004 should be interpreted in a coordinated mode, so that we may not limit the application range of this law only to the insurance companies provided that its application on the "insurers and/or reinsurers" is specified;

Consequently, the insurance company bankruptcy procedure may be applied only to the insurance companies in a state of insolvency.

Representing a topic insufficiently approached by the specialized literature, the insurers' insolvency has not always been perceived in accordance with its complex and specific significance and we will try to analyze it from the legal and economic perspective as a useful and important step towards the good comprehension of the causes of the insurers' bankruptcy.

II. Application Cause of the Insurance Company Bankruptcy Procedure

3. All the causes that may generate the bankruptcy of the insurance companies are reunited under the form of its insolvency state, generating all the particular causes of the bankruptcy thereof.

Definitely, *the Romanian legislative did not randomly use the insolvency notion¹², due to a perception error of the legal significance of this notion, but considering the real, purely technical or economic cause of the insurers' bankruptcy, cause that it legally consecrated for the performance of the congruence between the economic reality and the legal one.*

The insurer's solvency represents its capacity to deal with all risks or, more precisely, with the risk occurrence. We envisage the risks uncovered in the category of risks that we referred to as technical¹³ (the risks taken over from the policy holders)¹⁴ and the risks inherent to its capacity of participant in the financial market: the credit risk, market risk, subscription risk, liquidity risk, operational risk and reputation risk.

The coverage of the technical risks from the technical reserves and the fact that these technical reserves are not taken into account in the determination of the insolvency margin available to the insurer, do not represent aspects that could entail the exclusion of the technical risks from the category of risks insured by the available solvency margin.

From the economic perspective, the specificity of the insurer's activity is that of the "production cycle reversal" in the sense of the service pricing (the value of the insurance premiums) upon the conclusion of the insurance contract and the subsequent determination of the actual cost of the services ulterior, upon damage occurrence.

For this reason, the initial estimations of the price of the services may not correspond to the actual price thereof, this aspect being assimilated to the subscription risk¹⁵, uncovered by the technical reserves, but from the insurer's net assets.

The insurer's liquidity risk is deeply related to the technical reserves, as the assets admitted to cover these reserves are mainly liquid assets.

On the other hand, the insurer's solvency is measured by reporting the available solvency margin to the minimal solvency margin¹⁶ or the minimal theoretical margin¹⁷ and the minimal

¹² In the same sense, also see: Radu N.Catana, Insurance Law. Insurance Activity Regulation. General Theory of the Insurance Contract, quoted work, p.86;

¹³ In the same sense: Gheorghe Bistriceanu, Insurance system in Romania, Ed. Economica, Bucharest, 2002, p.412;

¹⁴ Recent economic analyses establish a classification of the main 10 risks of an insurer, among which: the demographic amendments or shifts from the specific market, climate changes and natural calamities, markets of the countries newly entered in the market economy, diversification of the distribution channels, intervention of new regulations and other. In this respect, see: Ernst & Young, „Strategic business risk 2008 – Insurance”, [http://www.ey.com/Global/assets.nsf/International/Industry_Insurance_StrategicBusinessRisk_2008/\\$file/Industry_Insurance_StrategicBusinessRisk_2008.pdf](http://www.ey.com/Global/assets.nsf/International/Industry_Insurance_StrategicBusinessRisk_2008/$file/Industry_Insurance_StrategicBusinessRisk_2008.pdf);

¹⁵ The subscription risk is the risk of recording losses or of non-obtaining of profits estimated because of the inappropriate determination of the premium fees and/or of the technical reserves, as compared to the undertaken obligations and which may result, without limitation, from frequency fluctuations and the severity of the insured events in reference to the estimations upon subscription –art. 1 item 4 in the Norm implemented by the C.S.A Order. no. 18/September 16th, 2009, published in the Official Journal, Part I no. 21/September 16th, 2009;

¹⁶ The reporting of the solvency margin available in the security fund, encountered in one of the particular causes of the insurer's bankruptcy considers the exception situation and not the rule;

¹⁷ Antigono Donati, Giovanna Volpe Putzolu, Manuale di diritto delle assicurazioni, Giuffrè Editore, Milan, 2006, p.55;

solvency margin determination methods consider either the value of the subscribed gross premiums or the annual average of the paid gross damages.

4. The current mode of determination of the insurer's solvency margin - according of the European norms known as Solvency I - does not fully comply with the prudential requirements, considering the fact that, in the determination hereof, the representative factor of the commitments and the activity volume are taken into account, and not the undertaken risks¹⁸.

Solvency II₁ project initiated in 2001 by the European Commission, materialized in Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council as of November 25th, 2009 on the access to the activity and the performance of the insurance and reinsurance activity (Solvency II)¹⁹, restructures the conception on the insurers' solvency, according to the banks' solvency model.

The structure of Solvency II project, instituted on the template of Basel II Agreement, considers 3 landmarks: *The first refers to the calculation of the technical reserves (provisions) and equities; the second landmark to the supervisory rules; and the third landmark regulates transparency and the dissemination of the information to the insurers.*

As regards the insurers' solvency, Solvency II analyzes and regulates the equities from the perspective of two levels: the solvency capital and the insurers' minimum capital.

The equities are intended to cover 4 types of risks: the credit risk, payment risk, subscription risk (characteristic of the general insurances and of the general ones) and the operational risk whereas each type of risk comprises as well the technical risks uncovered by the technical reserves.

The solvency capital of the Solvency Capital Requirement (SCR) will have a level of alert of the control authorities, that will indicate the difficulties faced by the insurance company as well as the necessity to apply the recovery measures, and it is intended to absorb the unexpected significant losses and the providing of the payment performance guarantee during these periods²⁰.

❖ i). Insurers' Insolvency

5. The correct comprehension of the solvency of the insurance companies creates the premises of the detection of the essential aspect of the solvency of these entities, namely of the difference between the usual significance of the solvency of the regular trading companies²¹ and the significance of the insurers' solvency.

In fact, the solvency of the insurance company indicates the insurer's capacity to cover the unexpected losses.

Thus, an insurer is solvable if the equity capital - available solvency margin (as the positive difference between the total assets and liabilities) is at least equal to the necessary equity capital determined by mathematic and probabilistic calculations - minimal solvency margin.

The insurer's insolvency indicates an increased risk of incapacity of unexpected (current and possible) loss coverage, and hereby of payment of its liabilities (certain and possible in the future) and should be understood independently from the patrimonial unbalance: the liabilities exceeding the assets.

For this cause, insolvency represents the general cause of application of the insurer's bankruptcy procedure.

¹⁸ Benjamin Laurent, "Solvency II: Avancees des travaux; Solvency II – Where do we stand?", p.5, Revue Bancaire et Financier no. 2/2007, <http://ideas.repec.org/p/sol/wpaper/06-022.html>;

¹⁹ Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council as of November 25th, 2009 on the access to the activity and the performance of the insurance and reinsurance activity (Solvency II), published in the Official Journal of the EU L 335/December 17th, 2009;

²⁰ Benjamin Laurent, "Solvency II: Avancees des travaux; Solvency II – Where do we stand?", *quoted work*, p.10;

²¹ Patrimonial balance or the equality situation of the patrimonial assets and liabilities;

Starting from this insolvency significance, according to the law, insolvency state is that state of the insurance company characterized by one of the following situations:

- a) obvious incapacity of payment of the exigible debts using the available funds;
- b) decrease of the value of the available solvency margin below half the minimal limit stipulated by the applicable legal regulations for the security fund;
- c) impossibility of recovery of the financial situation of the insurance company within the financial recovery procedure (art. 3 letter j in Law no. 503/2004).

All these situations constitute manifestation forms of the insurer's insolvency, particular cause of initiation of the bankruptcy procedure²².

❖ ii). Insurers' Insolvency Forms

A) Valid Insolvency of the Exigible Debts by Cash (Liquid Fund Crisis)

6. This form of insurer's insolvency is the correspondent of the insolvency state in the general insolvency regulation and we find, in this cause of the insurers' bankruptcy, the conditions of the insolvency in the general regulation: incapacity of payment and non-payment of the due dates so that we will reveal herein below only the specific aspects thereof.

As resulting from the text of art. 3 letter j item 1 in Law no. 503/2004, the defining elements of the insolvency of the insurance company are *the non-payment of the exigible debts and the obvious payment incapacity*.

The prudential requirements dedicated to the insurer's liquidity and its situation in reference to these requirements constitute the specific aspects of the insurer's insolvency in a manner that is similar to the one encountered in terms of banks. The importance of these aspects is revealed particularly under the aspect of proving the existence of the insurer's insolvency.

The insurer's activity is subject to the liquidity risk²³ and, for this reason, the prudential norms determine the coverage modes of this risk by regulations on the insurer's financial investments and by the establishment of the liquidity coefficient as a criterion of the determination of the insurer's capacity to cover the liquidity risk.

The liquidity coefficient represents the ratio of the insurer's liquid assets²⁴ and short-term liabilities towards the insured and indicates the liquidity risk coverage degree.

In this respect, the insurer is bound to have the liquidity coefficient for the general insurance activity and for the life insurances of at least 1 (one)²⁵ situation in which the value of the liquid assets is equal to the quantum of the short-term liabilities.

According to the law, the insurer's short-term liabilities towards the insured are represented by the gross damage reserve but, on the one hand, this reserve is constituted by the insurer under the form of assets as well and, on the other hand, the insurer's exigible debts consider other liabilities too, not only the ones towards the insured.

²² In the same sense: Radu N. Catana, Insurance Law. Insurance Activity Regulation. General Theory of the Insurance Contract, quoted work, p.87;

²³ The liquidity risk represents the possibility of recording losses or of non-obtaining of estimated profits resulted from the insurers' impossibility to capitalize assets to honor at any moment and with reasonable the short-term payment obligations or from the difficult collection of the receivables in the insurance /reinsurance contracts - art. 1 item 8 in the CSA Norm as of September 7th, 2009 on the organization principles of an internal control and risk management system, as well as the organization and the development of the internal audit activity in insurers /reinsurers, published in the Official Journal, Part I no. 621/September 16th, 2009;

²⁴ The following are considered liquid funds: government bonds and bonds issued by the public administration authorities, bank deposits, cash in bank accounts and cashier's office, transferable securities traded on regulated and supervised markets, equity securities in collective investment bodies in transferable securities;

²⁵ Art. 5 paragraph 6 in the Norm implemented by the CSA Order no. 113130/2006 as amended by the CSA Order no. 17/November 5th, 2008 published in the Official Journal, Part I no. 762/November 11th, 2008; art. 7 paragraph 6 in the Norm implemented by the CSA Order 113131/2006 as amended by the CSA Order no. 18/November 5th, 2008 published in the Official Journal, Part I no. 762/November 11th, 2008 ;

Under these circumstances, the same as in the case of the regular trading companies, *the available funds consider first the cash, the operational cash-flow provided by the funds generated by the subscription operations and the incomes obtained from investments*²⁶.

The insurer may resort, at any moment, to its liquid assets to honor its exigible liabilities, without this indicating the insufficiency of the available funds.

But, a liquidity coefficient below the one determined by the prudential norms indicates the liquidity crises or the imminence of the insurer's liquidity crisis.

The incapacity of payment representing the insufficiency of the available funds²⁷, equivalent to the liquidity crises of the "cash incident", does not represent an element sufficient to determine the occurrence of the insurer's insolvency state.

The insurer's liquidity crisis may only be overcome by the injection of liquidities obtained from the sale of assets, loans and others

The insurance company should be in valid incapacity of payment, of obtaining sufficient available funds for the payment of the exigible debts respectively, when it is impossible for it to overcome the liquidity crisis.

Among the most recent and significant examples, we indicate that of the American International Group.Inc (AIG), one of the biggest international insurers which, in September 2008, declared its liquidity crisis and requested support from the State to prevent its bankruptcy. The liquidity crisis could be overcome by the loan amounting to 85 billion US\$ granted by the American state - United States Federal Reserve.

A last specification needs to be made as regards the nature and quantum of the insurer's exigible debts that it cannot pay.

The failure of the legal standing of the insurance creditors to formulate a petition of the initiation of the insurer's bankruptcy procedure may not indicate the exclusion of the debts generated by the insurance contracts from among the debts considered upon the establishment of the insurer's insolvency state.

When the insolvency is invoked and proved by the debtor insurance company all its debts are taken into accounts: civil, commercial, fiscal, salary and others, therefore including the ones resulted from the insurance contracts.

The minimum quantum of the exigible debts, other than the ones resulted from insurance contracts, should be compliant with the threshold value determined by the general insolvency regulation: 30.000 lei Ron and the equivalent of 6 minimal wages per economy in terms of salary debts.

7.The insurance company may request the initiation of the bankruptcy procedure within 20 days of the intervention date or, as applicable, of the creation of the insolvency state (art. 29 paragraph 2 in Law no. 503/2004).

This situation is similar to the one in the regulation of the banks' bankruptcy by the indication of two distinct moments for the calculation of the interval within which the insurer is bound to request the initiation of the bankruptcy procedure: *a) as of the insolvency intervention date ; b) as of the insolvency state creation date.*

Thus, *the distinction is made between the current and imminent insolvency, both insolvency types representing causes of the insurer's bankruptcy.*

Beyond this specification, the two insolvency types present interest only in case of the insurer's insolvency manifested under the form of its insolvency, as regulated in art. 3 letter j item 1 in Law no. 503/2004.

²⁶ Dan Anghel Constantinescu, quoted work, volume I, p.371;

²⁷ Stanciu D.Carpenaru, Roman Commercial Law Treaty, Ed. Universul Juridic, 2009, p.708;

And this because the insurer is not entitled to request the initiation of the bankruptcy procedure when it is in the insolvency manifested under the forms set out in art. 3 letter j item 2 and item 3 in Law no. 503/2004 respectively in the insolvency crisis or in impossibility to recover the financial situation within the financial recovery procedure.

The significance of the imminent insolvency state granted by art. 3 item 1 letter b in Law no. 85/2006²⁸ presents gradations in the case of insurers as *its debts exigible in the future are not precisely known*. They are anticipated based on the actuariale calculations.

Obviously, the insurer's imminent insolvency adverts to its liquidity coefficient. If this coefficient drops below 1(one), the insurer is in imminent insolvency.

This situation indicates the fact that the insurer will be in incapacity to pay its forecasted exigible debts using the available funds.

Insolvency supposes the valid incapacity of payment of the exigible debts using the available sums of money²⁹ so that the obvious character of the payment incapacity characterizes the insurer's imminent insolvency as well.

By the *obvious* character of the imminent payment incapacity we understand *the obvious inability of payment, the impossibility to successfully deal with the liquidity crisis*, to obtain liquid funds in view of regaining the balance of the liquidity coefficient.

The insurer's imminent insolvency is not manifested on the outside and may be invoked only by the debtor insurance company.

As regards the obvious insolvency or the obvious imminent insolvency, it represents a fact, so that in principle, the proof of the insurer's insolvency may be provided by any testimonial means set out in art. 46 in the Commercial Code

The issues raised by the proof of the insurer's insolvency under the aspect of the scope of evidence and of the testimonial means are, to a large extent, similar to those in the general insolvency regulation and we will approach herein below only the derogatory aspects, specific to the insurers' bankruptcy.

Firstly, the demand of the bankruptcy procedure initiation made by the insurance company does not represent an acknowledgement of the insolvency state.

On the other hand, we consider the additional conditions stipulated by law for the admissibility of the demand of bankruptcy procedure initiation formulated by the insurance company or by its creditors, other than the insurance creditors: *"the Insurance Supervisory Board communicated by a statement of defence that there are no actual possibilities of recovery of the company's financial situation and of payment of the debts to all its creditors within a financial recovery procedure"* –art. 31 paragraph 2 letter b in Law no. 503/2004.

Consequently, the confirmation of the insolvency of the impossibility to successfully deal with the liquidity crisis is necessary, by the Insurance Supervisory Board, authority certifying the insolvency existence.

And last but not least the insolvency presumption: *"insolvency is presumed as being obvious when the debtor, 30 days after the maturity date, failed to pay its debt towards one or several creditors"* instituted by art. 3 item 1 letter a) in Law no. 85/2006, is applicable in the insurers' bankruptcy as well, with the specification that this presumption may be reverted by the Insurers' Supervisory Board, if it indicated by statement of defence it indicates the existence of the possibility of the insurer's financial recovery within the financial recovery procedure.

B). Decrease of the available solvency margin value below half the minimal limit stipulated by the legal regulations for the security fund (solvency crisis)

²⁸ Insolvency is imminent when proven that the debtor will not be able to duly pay the contracted exigible debts, by the cash available on the maturity date;

²⁹ Stanciu D. Carpenaru, Roman Commercial Law, Ed.5, All Beck Printing House, Bucharest, 2004, p.585;

8. The insurer's financial stability, a priority of both the insurer and the supervisory board, is mainly provided by the appropriate coverage of the risks undertaken and guaranteed and of those afferent to its investment activity.

Thus, the insurer is bound to cumulatively the paid share capital and the minimal solvency margin.

In fact, the insurer is bound to hold, at any moment, the available solvency margin³⁰ at least at the level of the minimal solvency margin calculated for each operated class of insurances.

The minimal solvency margin – net assets necessary to cover the losses – is calculated according to the Norms implemented by the CSA Order no. 3/2008 and the CSA Order no. 4/2008.

Essentially, for the general insurances, the minimal solvency margin is determined either by reference to the value of the gross premiums subscribed over the last 12 calendar months, or by reference to the annual average of the gross damages paid over the last 36 calendar months.

For the life insurances, the minimal solvency margin represents a certain percentage of the mathematical reserves.

The available insolvency margin representing the positive difference between the assets and the liabilities – certain and the ones that may materialize in the future (net assets)³¹, the insurer's capacity to cover its losses without resorting to the equity should exceed or at least be equal to the minimal solvency margin.

According to the law, one third of the minimal solvency margin should constitute the *security fund* that should have a minimal value equivalent to 3.5 million Euro for the life insurance and a minimal value equivalent to 2.3 million Euro for the general insurances. If the insurer subscribes one or several risks ranged in classes 10, 11, 12, 13, 14 or 15 set out in title B "General Insurances" in appendix no. 1 to Law no. 32/2000³², with the subsequent amendments and supplements, the minimal value of the security fund will be the equivalent in lei of 3.5 million Euro³³.

Thus, as said, the available solvency margin represents the main indicator of the insurer's financial health, its capacity to cover the unexpected losses so that its decrease below the minimal value set out by the prudential norms (below the value of the minimal solvency margin) indicates financial problems of the company, under the form of solvency crisis.

Under these circumstances, the decrease of the solvency margin below half the minimal limit set out by the legal regulations for the security fund indicates a profound solvency crisis, an irremediably compromised financial situation requiring the initiation of the bankruptcy procedure.

This form of the insurer's insolvency may be accompanied or not by a liquidity crisis and may be independent from the actual ratio of the insurer's assets and liabilities.

The possibility that the future debts, unpredicted loss may not be covered is maximal and, for this reason, the solvency crisis represents the cause of application of the insurer's bankruptcy procedure.

³⁰ *The overall assets items free of any liens, except for the non-tangible assets correspond to the available solvency margin* – art. 2 paragraph 2 in the CSA Norms on the calculation methodology of the solvency margin available to the insurer operating general insurances, of the minimal solvency margin and of the security fund, implemented by the CSA Order no. 3/April 24th, 2008, published in the Official Journal, Part I no. 346/06.05.2008 and art. 2 paragraph 2 in the CSA Norms on the calculation methodology of the solvency margin available to the insurer operating life insurances, of the minimal solvency margin and of the security fund, implemented by the CSA Order no. 4/April 24th, 2008, published in the Official Journal, Part I no. 346/06.05.2008, as both CSA Norms have been amended by the CSA Order no. 12/July 24th, 2009 published in the Official Journal, Part I no. 543/August 5th, 2009;

³¹ Dan Anghel Constantinescu, Insurance Treaty, Volume II, quoted work, p.361;

³² The civil liability insurances for motor vehicles, civil liability insurances for the means of air transport, civil liability insurances for the means of sea, lake and river transport, general civil liability insurances, credit insurance and security insurances are considered;

³³ According to the provisions of art. 9 paragraph 2 in the Norm implemented by the Order of the Insurance Supervisory Board no. 3/2008;

The insurer's insolvency, under the form of the solvency crisis will be provided by the Insurance Supervisory Board by specific documents: the financial statement, financial reports and others, and the scope of the evidence is represented by the value of the insurer's solvency margin below the minimal limit set out by the applicable regulations for the security fund.

C). Impossibility of Recovery of the Financial Situation of the Insurance Company within the Financial Recovery Procedure

9. The insurance companies having a difficult or non-regulatory situation will be subject to specific recovery and/or reorganization measures in view of the avoidance of the insolvability or of its insolvency, in fact in order to avoid bankruptcy.

The financial recovery procedure represents the entirety of the modes and measures having an administrative character disposed by the Insurance Supervisory Board, as relevant authority, which are intended to maintain or reestablish the financial situation of an insurance company.

The recovery of the insurance companies is an insurers' recovery procedure and not a reorganization one, as the latter is defined by the general insolvency regulation or the European legislation wherein it is indicated that the insurance companies in difficulty may be subject to distinct procedures: of recovery and of reorganization.

In all cases, the insurers' recovery or reorganization is characterized by the absence of the insurer's insolvability or insolvency state as, in terms of the special trading companies, the insolvency or insolvability state indicates the impossibility of financial recovery and initiation of the bankruptcy of these companies.

The causes of the application of the financial recovery procedure are common to both procedure accomplishment modes: based on a recovery plan and by special administration.

According to the law, the insurance company initiates the financial recovery procedure when:

➤ the insurance company fails to present the Insurance Supervisory Board, within 48 hours of the latter's request, with the financial situation and the minimal solvency margin and when the non-observance of any other legal provisions related to the insurance activity is ascertained, endangering the honorable fulfillment of the obligations undertaken towards the insurance creditors;

➤ the value of the available solvency margin decreases below the minimal limit set out by the regulations issued by the Insurance Supervisory Board;

➤ the value of the available solvency margin decreases below the minimal limit set out by the legal regulations for the security fund (art. 7 in Law no. 503/2004).

All the causes of initiation of the recovery procedure indicate the positioning of the insurance company outside the range of the prudential, operational requirements. It is in the insolvency risk situation.

Statistically, the insurance company may survive with an available solvency margin lower than the minimal solvency margin or lower than the minimal legal value of the security fund (without the value of the available solvency margin decreasing below half the minimal value of the security fund), but the activity performed under these circumstances is affected by an increased insolvency risk, which is unacceptable for the insurance market.

By exception, the insurer's precarious financial situation is presumed when the insurer fails to comply with the request of the Insurance Supervisory Board to present its financial situation - in a broad sense - indicating all the basic elements of its stability (the financial situation and the available solvency margin).

The right of the Insurance Supervisory Board to estimate the financial situation of an insurance company beyond the used classical elements (the available solvency margin and the security fund) is revealed by its possibility to decide on the application of the recovery procedure in all the situations on which the insurance company, by the non-observance of the legal

provisions, endangers the honorable fulfillment of the obligations undertaken towards the insurance creditors.

Consequently, the recovery procedure may also be initiated as a consequence of the non-observance of the liquidity indicator, of risky investment policies, of the non-compliance of the requirements on the type of assets wherein the security fund and others should be found.

Thus, the range comprising the cases determining the application of the recovery procedure of the insurance companies is much broader, the law providing the basic criteria of its determination.

10. The Insurance Supervisory Board disposes the initiation of the recovery procedure by motivated resolution wherein the financial recovery form applicable to the insurance company in difficulty is indicated: recovery based on a recovery plan or recovery by special administration, procedure intended to reestablish the insurer's operational balance.

The impossibility of recovery of the insurer's financial situation within the financial recovery procedure results in the adoption of the CSA resolution whereby the procedure closure, the withdrawal of the insurer's operation authorization and, as applicable, the revocation of the special administrator are disposed.

If the insurance company was subject to recovery by special administration, the CSA resolution of procedure closure and withdrawal of the operation authorization will have as grounds the reports of the special administrator, whereby it is ascertained that the conditions for the recovery or for the maintenance of the financial situation of the insurance company are not met.

If the insolvency state of the insurance company is ascertained, the registration of the petition of initiation of the insurer's bankruptcy procedure is also decided by the resolution of the financial recovery procedure closure.

The recovery procedure based on a recovery plan or recovery by special administration is intended to reestablish the insurer's operational balance and *the failure to fulfill this objective by specific recovery measures applied in the regulated framework of the administrative procedure of financial recovery corresponds to the insurer's impossibility of recovery, particular cause of the application of the insurer's bankruptcy.*

The proof of the impossibility of recovery of the financial situation of the insurance company within the recovery procedure supposes firstly proving the initiation of the insurer's financial recovery procedure by resolution of the Insurance Supervisory Board (in any of the accomplishment modes of this procedure).

Last but not least, the company's impossibility of financial recovery within this recovery procedure and the insurer's insolvency should be proven as well.

In this respect, according to the provisions of art. 15. letter c), art. 21 paragraph 1 letter b) and art. 32 paragraph 2 letter b) in Law no. 503/2004, the CSA resolution of elaboration of the petition of initiation of the insurer's bankruptcy procedure is based not only on the failure of the financial recovery procedure, but also on the insurer's insolvency³⁴, that should be ascertained by this resolution.

I. Conclusions

11. The causes of the application of the bankruptcy procedure of the insurance companies substantiates on the irremediably compromised financial situation.

In the general insolvency regulation, the case of the insolvency procedure application: the insolvency state is not similarly estimated, taking into account the fact that the regular companies are provided with the possibility of the judicial reorganization of the activity.

Law no. 503/2004 opted for the insolvency state as a basic conditions, the cause of the application of the insurance company bankruptcy procedure, considered as genre concept

³⁴ The insurer's insolvency forms considered herein may only be the ones set out in art. 3 letter j item 1 and item 2 in Law no. 503/2004;

containing three particular causes of application of the bankruptcy of this special trading company: termination of payments (liquidity crisis), insolvency (solvency crisis) and the impossibility of financial recovery.

Insolvency under the form of the liquidity crisis is the common cause of the initiation of the bankruptcy procedure of the insurance companies and regular trading companies.

But, due to the specificity of the insurance activity and to the condition of the obvious character of the incapacity of payment of the exigible debts by the available funds, in this situation, the cause of the application of the bankruptcy procedure is the impossibility to successfully deal with the insolvency, to overcome the liquidity crisis.

The insurers' insolvency as a particular cause of the application of their bankruptcy procedure is not related to the traditional significance of insolvency: the patrimonial liabilities exceeding the patrimonial assets.

The value of the insurer's available solvency margin indicates the coverage degree of the main risks and not the coverage degree of the debts /liabilities.

Insolvency under the form of the insurer's solvency crisis does not indicate liabilities exceeding the assets, but the fact that it faces the incapacity of covering its risks, i.e. the possible losses that could be generated by the occurrence of the main risks of the insurance activity (excluding the insurer's technical risks) and, obviously, is not manifested towards the exterior.

This cause of application of the insurers' bankruptcy is specific of these special procedures, insolvency not being the cause of the application of the insolvency procedure to the common trading companies.

The impossibility of the insurer's financial recovery by means of the recovery procedures represents the ultimate cause of the application of their bankruptcy procedure and it is specific of this special bankruptcy procedure as well.

The particularities of all the insurers' insolvency forms justify not only their special regulation, but also a better legal regulation.

The elimination of the use of the insolvency notion as a genre notion and as cause of the insurer's bankruptcy, and the express indication as causes of their bankruptcy of the three real causes of the insurers' bankruptcy (indicated at present as insolvency forms) are necessary.

The causes of the insurers' bankruptcy substantially deviate from their current significances, as encountered either in the general insolvency regulation or in the specialized literature dedicated to the general insolvency regime and are mainly determined by the necessity to approach the insurers' insolvency from the economic and legal perspective, in accordance with the extremely special characteristics of their activity.

References

1. Anghel Constantinescu Dan, *Tratat de asigurari*, vol.I, Ed. Economica, Bucuresti, 2004;
2. Anghel Constantinescu Dan, *Tratat de asigurari*, Vol.II, Ed.Economica, Bucuresti, 2004;
3. Bigot Jean, Moreau Jacque, "*Entreprises d'assurances*", Revue General du Droit des Assurances no.4/2007, LGDJ, Paris, 2007;
4. Bigot Jean, avec la collaboration de; Bellando Jean-Louis, Hagopian Mikael, Moreau Jacques, Parleani Gilbert, *Traite de droit des assurances*, tome 1, Entreprises et organisme d'assurance, 2e edition, L.G.D.J., Paris, 1996;
5. Bistriceanu Gheorghe, *Sistemul asigurarilor din Romania*, Ed.Economica, Bucuresti, 2002;
6. Bonnard Jerome, *Droit de assurance*, 2e edition, Litec, Paris, 2007;
7. Botea Gheorghe, *Dreptul Asigurarilor*, Ed.Pro Universitaria, Bucuresti,
8. Carpenaru D. Stanciu, *Tratat de drept comercial roman*, Ed.Universul Juridic, 2009;
9. Carpenaru D.Stanciu, *Drept Comercial Roman*, Ed.5, Editura All Beck, Bucuresti, 2004;

10. Catana N. Radu , *Dreptul Asigurarilor. Reglementarea activitatii de asigurare. Teoria generala a contractului de asigurare*, Ed.Sfera Juridica, Cluj Napoca, 2007;
10. Ciurel Violeta, *Asigurari si reasigurari, abordari teoretice si practice internationale*, Ed.All Beck, Bucuresti, 2000;
11. Donati Antigonio, Giovanna Volpe Putzolu, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Giuffre Editore, Milano, 2006;
12. Ernst & Young, „*Strategic business risk 2008 – Insurence*”, [http://www.ey.com/Global/assets.nsf/International/Industry_Insurance_StrategicBusinessRisk_2008/\\$file/Industry_Insurance_StrategicBusinessRisk_2008.pdf](http://www.ey.com/Global/assets.nsf/International/Industry_Insurance_StrategicBusinessRisk_2008/$file/Industry_Insurance_StrategicBusinessRisk_2008.pdf);
13. Guyon Yves , *Droit des Affaires, Tome 2 –Entreprises en difficultes. Redressement judiciaire – Faillite*, 7 e edition, Economica, Paris, 1999, p.109;
14. Groutel Hubert, Berr Claude-J., *Droit des Assurances*, Dalloz, Paris, 2008;
15. Laurent Benjamin , “*Raisons Fondamentales d’une Regulation Prudentielle du secteur Des Assurances*”, Working Paper no.08-020, 2008, <http://www.solvay.edu/EN/Research/Bernheim/documents/wp08020.pdf>;
16. Laurent Benjamin, “*Solvency II: Avancees des travaux; Solvency II – Where do we stand?*”, p.5, Revue Bancaire et Financier no.2/2007, <http://ideas.repec.org/p/sol/wpaper/06-022.html>;
17. Nemes Vasile, *Dreptul Asigurarilor*, Ed.Hamangiu, Bucuresti, 2009;
18. Ripert G. et Roblot, and Delebeque Philippe, Germain Michel, *Traite de droit commercial*, Tome 2, 16 e edition, L.G.D.J., Paris, 2000;
19. Lupulescu Ana-Maria, *Reorganizarea societatilor comerciale in contextul integrarii europene. Strategii si cadru juridic*, Ed.Wolters Kluwer, Bucuresti, 2008;
20. Piperea Gheorghe, *Insolventa: legea, regulile, realitati*, Ed.Wolters Kluwer, Bucuresti, 2008;
21. Sferdian Irina, *Dreptul Asigurarilor*, Ed.C.H.Beck, Bucuresti, 2007;
22. Stanescu Serban, Sitaru Dragos-Alexandru, Buglea Claudiu, *Dreptul Comertului international – Tratat, Partea Generala*, Ed.Universul Juridic, Bucuresti, 2008;
23. Stoica Veronica, “*Ideea de risc si incertitudine in contractul de asigurare*”, in Revista de Drept Comercial nr.12/20003;
24. Turcu Ion, *Tratat de insolventa*, Ed.C.H.Beck, Bucuresti, 2007;
25. Tandareanu Nicoleta, *Procedura reorganizarii judiciare*, Ed.All Beck, Bucuresti, 2000;

CONDITIILE DE FOND ALE APLICARII PROCEDURII FALIMENTULUI SOCIETATILOR DE ASIGURARE

LUMINIȚA TULEASCĂ¹

Rezumat:

Indicatorul esential al stabilitatii financiare a societatilei de asigurare: solvabilitatea acestora, determina modificarea substantiala a conditiilor aplicarii procedurii falimentului asiguratorului fata de cele impuse pentru deschiderea procedurii falimentului societatilei comerciale obisnuite chiar daca, coordonatele principale generale se mentin: conditia privind calitatea debitorului si cea privind starea financiara a acestuia.

Lucrarea analizează prioritar specificitatea conditiilor de fond ale aplicarii procedurii falimentului societatilei de asigurare sub aspectul conditiei de fond obiective respectiv, al cauzei aplicarii procedurii: insolvabilitatea, din perspectiva principiilor fundamentale ale functionarii acestor entitati speciale, realizandu-se evidentierea particularitatilor extrem de speciale ale insolvabilitatii asiguratorilor.

Cuvinte cheie: insolvabilitate, faliment, solvabilitate, societati de asigurari, Solvency II

I. Introducere

1.Orice abordare a falimentului societatilei de asigurari trebuie sa aiba in vedere caracteristicile generale ale acestor entitati speciale: actioneaza pe piata financiara, sunt entitati reglementate (supuse supuse supravegherii si controlului permanent al statului membru de origine), riscul este coordonata definitorie a activitatii lor², desfasoara activitati considerate de interes general si beneficiaza de reglementari legale speciale la nivel european si national.

Aceste particularitati ale activitatii societatilei de asigurare au justificat adoptarea unei reglementari distincte si in ceea ce priveste esecul sau falimentul acestora.

O lunga perioada de timp s-a considerat ca, falimentul asiguratorilor nu reprezinta un factor de pericol pentru piata financiara inasa, stadiul actual al nevoii de protectie, produsul principal oferit de asiguratorii, a determinat cresterea si extinderea fara precedent a pietei asigurarilor si, implicit, cresterea numarului persoanelor fizice si juridice detinatoare de polite de asigurare.

Pe de alta parte, produsele financiare s-au diversificat si, in acest fel, riscurile si investitiile societatilei de asigurare, expunerile acestora, sunt mult mai mari si mai complexe si interconectarea actorilor pietei financiare este puternica.

In aceste conditii, falimentul asiguratorilor, mai ales al celor ce detin cote importante din piata asigurarilor, are consecinte nefaste, economice si sociale, chiar si independent de crizele bancare sau/si crizele financiare.

In acelasi timp, riscurile cunoscute activitatii bancare cum sunt: panica si crizele sistemice ating recent si sectorul asigurarilor³.

Falimentul societatilei de asigurare, din Romania (ADAS, CROMA, GRUP AS, METROPOL CIAR⁴) si de pe piata internationala {Eurolife Assurance (International) Limited

¹ Luminita Tuleasca, doctor - Universitatea Romano-Americana, avocat Baroul Bucuresti;

² Particularitatile notiunii de risc in domeniul asigurarilor in: Veronica Stoica, "Ideea de risc si incertitudine in contractul de asigurare", in Revista de Drept Comercial nr.12/2003, p.89;

³ Benjamin Laurent, "Raisons Fondamentales d'une Regulation Prudentielle du secteur des Assurances", Working Paper no.08-020, 2008, <http://www.solvay.edu/EN/Research/Bernheim/documents/wp08020.pdf>;

⁴ Sursa: Comisia de Supraveghere a Asigurarilor –Departamentul Fondul de garantare: <http://www.csa-fga.ro/>;

(GIB)⁵, Sprinks, Marf⁶} a demonstrat ca, cerintele operationale, prudentiale, nu sunt infailibile.

Din acest motiv, conform concepiei actuale, falimentul asiguratorilor trebuie evitat dar, atunci cand ei devin un pericol pentru siguranta sistemului, lichidarea lor trebuie sa intervina si sa se realizeze astfel incat, consumatorii de servicii de asigurari si publicul, sa isi pastreze increderea in piata financiara si protectia creditorilor de asigurari sa fie garantata.

Aceste principii sunt avute in vedere de actuala eglementare europeana a lichidarii asiguratorilor -Directiva 2001/17/CE- si de legea romana: Legea nr.503/2004 privind redresarea si falimentului societatilor de asigurare⁷, in coordonare cu principiile unitatii, universalitatii si coordonarii procedurilor de faliment sau dupa caz, al procedurilor de lichidare.

2.Indicatorul esential al stabilitatii financiare a societatilor de asigurare: solvabilitatea

acestora, determina modificarea substantiala a conditiilor de fond ale aplicarii procedurii falimentului asiguratorului fata de cele impuse pentru deschiderea procedurii falimentului societatilor comerciale obisnuite reglementata de Legea nr.85/2006 a insolventei chiar daca, coordonatele principale generale se mentin: *conditia privind calitatea debitorului si cea privind starea financiara a acestuia, starea de insolvabilitate ca și cauza a deschiderii procedurii falimentului*⁸

Particularitățile, diferențele de conținut ale condițiilor de fond ale aplicării procedurii falimentului asiguratorilor, reflectă specificul activității asiguratorilor si vor fi analizate in prezentul studiu exclusiv din aceasta perspectiva derogatorie de la dreptul comun al insolventei.

Procedura falimentului asiguratorilor reglementata de Directiva 2001/17/CE si Legea nr.503/2004 este o procedura speciala, destinata exclusiv asiguratorilor si/sau reasiguratorilor_nu si intermediarilor in asigurari⁹.

Directiva 2001/17/CE nu defineste notiunea de asigurator dar, face trimitere la semnificatia acesteia acordata de Directivele europene ce reglementeaza activitatea de asigurare¹⁰ iar, Legea nr.503/2004, fixeaza foarte clar debitorii carora li se aplica procedura speciala falimentului: societatile de asigurare si/sau reasigurare¹¹, persoane juridice romane (art.2 alin.1 din Legea nr.32/2000) -inclusiv sucursalelor acestora cu sediul in strainatate precum si sucursalelor si filialelor societatilor de asigurare din alte state terte, care au sediul in Romania-.

In ceea ce priveste conditia privind situatia financiara a societatii de asigurare, aceasta trebuie sa se afle in stare de insolvabilitate, concept de gen ce include trei cauze particulare ale aplicarii procedurii acestor entitati speciale.

⁵ Decizia de deschidere a procedurii de lichidare impotriva Eurolife Assurance (International) Limited a fost publicata in JO CE nr.12/17.01.2008, p.6, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:012:0006:0006:FR:PDF> ;

⁶ Sursa: Jerome Bonnard, Droit de assurance, 2e edition, Litec, Paris, 2007, p.40;

⁷ Conform prevederilor art.77 din Legea nr.503/2004 dispozitiile acestei legi se completeaza cu prevederile Legii nr.85/2006 ;

⁸ G.Ripert/Roblot, Philippe Delebeque/Michel Germain, Traite de droit commercial, Tome 2, 16 e edition, L.G.D.J., Paris, 2000, p.836; Yves Guyon, Droit des Affaires, Tome 2 –Entreprises en difficultes. Redressement judiciaire – Faillite, 7 e edition, Economica, Paris, 1999, p.109;

⁹ Prevederea expresa de excludere a intermediarilor in asigurari: brokerii (“*registred brokers*”, “*courtiers d’assurances*”) si agentii de asigurari (“*Independent insurance agents*”, “*agent general d’assurance*”) din domeniul de aplicare al reglementarilor privind falimentul asiguratorilor sau dupa caz, al societatilor de asigurare se justifica prin faptul ca acestia nu sint asiguratorii; Pentru analiza a intermediarilor in asigurari a se vedea: Radu N.Catana, Dreptul Asigurarilor. Reglementarea activitatii de asigurare.Teoria generala a contractului de asigurare, Ed.Sfera Juridica, Cluj Napoca, 2007, p.61;

¹⁰ „*Intreprindere de asigurari inseamna intreprinderea de asigurari care a primit o autorizatie oficiala conform art.6 din Directiva 73/239 CEE sau art.6 din Directiva79/239/CEE*” –art.2 lit.a din Directiva 2001/17/CE;

¹¹ Dispozitiile art.1 alin.1 si art.2 alin.2 din Legea nr.503/2004 trebuie interpretate coordonat, astfel incat, nu putem limita sfera de aplicare a acestei legi doar la societatile de asigurare in conditiile in care se precizeaza aplicarea ei “asiguratorilor si/sau reasiguratorilor”;

Prin urmare, procedura falimentului societăților de asigurare poate fi aplicată doar societăților de asigurare aflate în stare de insolvență.

Reprezentând un subiect insuficient abordat de literatura de specialitate, insolvența asigurătorilor nu a fost întotdeauna receptată în acord cu semnificația sa complexă și specifică și vom încerca analiza acesteia din perspectiva juridică și economică, ca demers util și important în buna înțelegere a cauzelor falimentului asigurătorilor.

II. Cauza aplicării procedurii falimentului societăților de asigurare

3. Toate cauzele ce pot genera falimentul societăților de asigurare sunt reunite sub forma stării de insolvență a acesteia, stare ce generează toate cauzele particulare ale falimentului acestora.

În mod cert, *legiitorul roman nu a utilizat notiunea de insolvență în mod întâmplător¹², datorită unei erori de percepție a semnificației juridice a acestei notiuni ci, avându-se în vedere cauza reală, pur tehnică sau economică a falimentului asigurătorilor, cauza pe care a consacrat-o juridic pentru realizarea unei congruențe între realitatea economică și cea juridică.*

Solvabilitatea asigurătorului reprezintă capacitatea acestuia de a face față tuturor riscurilor sau mai precis, producerii riscurilor. Avem în vedere riscurile neacoperite din categoria riscurilor pe care le-am numit tehnice¹³ (riscurile preluate de la titularii de polite)¹⁴ cât și riscurile inerente calității sale de participant la piața financiară: riscul de credit, riscul de piață, riscul de subscriere, riscul de lichiditate, riscul operațional și riscul reputațional.

Acoperirea riscurilor tehnice prin rezervele tehnice și faptul că, în determinarea marjei de solvabilitate disponibilă a asigurătorului nu sunt avute în vedere aceste rezerve tehnice, nu reprezintă aspecte de natură să atragă excluderea riscurilor tehnice din categoria riscurilor asigurate prin marja de solvabilitate disponibilă.

Din punct de vedere economic, specificul activității asigurătorului este acela al „inversării ciclului de producție” în sensul stabilirii pretului serviciilor (valoarea primelor de asigurare) în momentul încheierii contractului de asigurare și determinarea costului real al serviciilor ulterior, în momentul producerii daunelor.

Din acest motiv, este posibil ca estimările inițiale ale pretului serviciilor să nu corespundă cu costul real al acestora, acest aspect fiind asimilat riscului de subscriere¹⁵, neacoperit prin rezervele tehnice ci, din activul net al asigurătorului.

Riscul de lichiditate al asigurătorului are legătura profundă cu rezervele tehnice deoarece activele admise să acopere aceste rezerve sunt în principal active lichide.

Pe de altă parte, solvabilitatea asigurătorului este măsurată prin raportarea marjei de solvabilitate disponibilă la marja de solvabilitate minimă¹⁶ sau marja minimă teoretică¹⁷ iar

¹² În același sens a se vedea: Radu N. Catana, *Dreptul Asigurarilor. Reglementarea activității de asigurare. Teoria generală a contractului de asigurare*, op.cit., p.86;

¹³ În același sens: Gheorghe Bistriceanu, *Sistemul asigurarilor din România*, Ed.Economica, București, 2002, p.412;

¹⁴ Analizele economice recente stabilesc o clasificare a principalelor 10 riscuri ale unui asigurător, printre care se numără: modificările sau deplasările demografice de pe piața specifică, schimbările climatice și catastrofele naturale, pietele tarilor nou intrate în economia de piață, diversificarea canalelor de distribuție, intervenția unor noi reglementări s.a. În acest sens, a se vedea: Ernst & Young, „Strategic business risk 2008 – Insurance”, [http://www.ey.com/Global/assets.nsf/International/Industry_Insurance_StrategicBusinessRisk_2008/\\$file/Industry_Insurance_StrategicBusinessRisk_2008.pdf](http://www.ey.com/Global/assets.nsf/International/Industry_Insurance_StrategicBusinessRisk_2008/$file/Industry_Insurance_StrategicBusinessRisk_2008.pdf);

¹⁵ Riscul de subscriere este riscul înregistrării de pierderi sau al nerealizării profiturilor estimate din cauza stabilirii inadecvate a tarifelor de primă și/sau a rezervelor tehnice comparativ cu obligațiile asumate și care poate să rezulte, fără a fi limitativ, din fluctuații în frecvența și severitatea evenimentelor asigurate în raport de estimările din momentul subscrierii –art.1 pct.4 din Norma pusă în aplicare prin Ordinul C.S.A. nr.18/16 septembrie 2009, Publicat în M.Of., Partea I nr.21/16.09.2009;

¹⁶ Raportarea marjei de solvabilitate disponibilă la fondul de siguranță întâlnită la una din cauzele particulare ale falimentului asigurătorului are în vedere situația de excepție iar nu regula;

metodele de determinare a marjei de solvabilitate minima au in vedere, fie valoarea primelor brute subscribe, fie media anuala a daunelor brute platite.

4. Modalitatea actuala de stabilire a marjei de solvabilitate a asiguratorului -conform normelor europene cunoscute sub denumirea de Solvency I- nu corespunde in intregime cerintelor prudentiale avand in vedere faptul ca, in determinarea acesteia, se au in vedere factorii reprezentativi ai angajamentelor si volumul de activitate, nu si riscurile asumate¹⁸.

Solvency II, proiect initiat in anul 2001 de Comisia Europeana, concretizat Directiva 2009/138/CE a Parlamentului European si a Consiliului din 25 noiembrie 2009 privind accesul la activitate si desfasurarea activitatii de asigurare si de reasigurare (Solvabilitate II)¹⁹, reformeaza conceptia privind solvabilitatea asiguratorilor dupa modelul solvabilitatii bancilor.

Structura proiectului Solvency II, instituita pe modelul Acordului Basel II, are in vedere 3 piloni: *Primul, se refera la calculul rezervelor (provizionelor) tehnice si fondurile proprii; Al doilea pilon, la regulile de supraveghere; Prin al treilea pilon se reglementeaza transparenta si difuzarea informatiilor asiguratorilor.*

In ceea ce priveste solvabilitatea asiguratorilor, Solvency II analizeaza si reglementeaza fondurile proprii din perspectiva a doua niveluri: capitalul de solvabilitate si capitalul minim al asiguratorilor.

Fondurile proprii sunt destinate a acoperi 4 tipuri de riscuri: riscul de credit, riscul de piata, riscul de subscriptie (caracteristic asigurarilor generale si a celor generale) si riscul operational in conditiile in care, in fiecare tip de risc intra si riscurile tehnice neacoperite prin rezervele tehnice.

Capitalul de solvabilitate sau Solvency Capital Requirement (SCR) va avea un nivel de alerta al autoritatilor de control, nivel ce va indica dificultatile societatii de asigurare si necesitatea aplicarii masurilor de redresare si este destinat a absorbi pierderile semnificative neprevazute si asigurarea garantiei efectuarii platilor in aceste perioade²⁰.

❖ i). Insolvabilitatea asiguratorilor

5. Corecta intelegere a solvabilitatii societatilor de asigurare creaza premisele sesizarii aspectului esential al solvabilitatii acestor entitati si anume, a diferentei dintre semnificatia uzuala a solvabilitatii societatilor comerciale obisnuite²¹ si semnificatia solvabilitatii asiguratorilor.

In fapt, solvabilitatea societatii de asigurari indica capacitatea asiguratorului de a acoperi pierderile neprevazute.

Astfel, un asigurator este solvabil daca activul net real - marja de solvabilitate disponibila (ca diferenta pozitiva dintre totalul activelor si obligatiilor) este cel putin egal cu activul net necesar determinat prin calcule matematice si probabilistice - marja de solvabilitate minima.

Insolvabilitatea asiguratorului indica un risc crescut de incapacitate de acoperire a pierderilor neprevazute (actuale si posibile) si, prin aceasta, de achitare a obligatiilor sale (certe si posibile in viitor) si trebuie inteleasa independent de dezechilibrul patrimonial: pasivul mai mare decat activul.

Din aceasta cauza, insolvabilitatea reprezinta cauza generala a aplicarii procedurii falimentului asiguratorului.

¹⁷ Antigono Donati, Giovanna Volpe Putzolu, Manuale di diritto delle assicurazioni, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p.55;

¹⁸ Benjamin Laurent, "Solvency II: Avancees des travaux; Solvency II – Where do we stand?", p.5, Revue Bancaire et Financier no.2/2007, <http://ideas.repec.org/p/sol/wpaper/06-022.html>;

¹⁹ Directiva 2009/138/CE a Parlamentului European si a Consiliului din 25 noiembrie 2009 privind accesul la activitate si desfasurarea activitatii de asigurare si de reasigurare (Solvabilitate II), Publicata in J.O. al U.E. L 335/17.12.2009;

²⁰ Benjamin Laurent, "Solvency II: Avancees des travaux; Solvency II – Where do we stand?", op.cit., p.10;

²¹ Echilibrul patrimonial sau situatia egalitatii activului cu pasivul patrimonial;

Plecând de la această semnificație a insolvenței, conform legii, stare de insolvență este acea stare a societății de asigurare caracterizată prin una dintre următoarele situații:

- d) incapacitatea vădită de plată a datoriilor exigibile cu disponibilitățile bănești;
- e) scăderea valorii marjei de solvabilitate disponibile sub jumătate din limita minimă prevăzută de reglementările legale în vigoare pentru fondul de siguranță;
- f) imposibilitatea restabilirii situației financiare a societății de asigurare în cadrul procedurii de redresare financiară (art.3 lit.j din Legea nr.503/2004).

Toate aceste situații constituie forme de manifestare a insolvenței asiguratorului, cauze particulare ale deschiderii procedurii falimentului²².

❖ ii). Formele insolvenței asiguratorilor

A) Incapacitatea vădită de plată a datoriilor exigibile cu disponibilități banesti (criza de lichidități)

6. Aceasta formă a insolvenței asiguratorului este corespondentul stării de insolvență din reglementarea generală a insolvenței și regăsim, în această cauză a falimentului asiguratorilor, condițiile insolvenței din reglementarea generală: incapacitatea de plată și neplata datoriilor scadente astfel încât, în cele ce urmează vom releva doar aspectele specifice ale acestora.

Astfel cum reiese din textul art.3 lit.j pct.1 din Legea nr.503/2004, elementele definitorii ale insolvenței societății de asigurare sunt *neplata datoriilor exigibile și incapacitatea vădită de plată*.

Cerințele prudentiale dedicate lichidității asiguratorului și situația acestuia raportată la aceste cerințe, constituie aspectele specifice insolvenței asiguratorului într-o modalitate similară celei întâlnite în materia bancilor. Importanța acestor aspecte se relevă mai ales sub aspectul dovedirii existenței insolvenței asiguratorului,

Activitatea asiguratorului este supusă riscului de lichiditate²³ și, din acest motiv, normele prudentiale fixează modalitățile de acoperire a acestui risc prin reguli privind plasamentele financiare ale asiguratorului și prin stabilirea coeficientului de lichiditate ca și criteriu de determinare a capacității asiguratorului de a acoperi riscul de lichiditate.

Coeficientul de lichiditate reprezintă raportul dintre activele lichide²⁴ și obligațiile pe termen scurt ale asiguratorului față de asigurați și indică gradul de acoperire a riscului de lichiditate.

În acest sens, asiguratorul are obligația de a avea coeficientul de lichiditate pentru activitatea de asigurări generale și pentru asigurările de viață de cel puțin 1 (unu)²⁵ situație în care, valoarea activelor lichide este egală cu cuantumul obligațiilor pe termen scurt.

Conform legii, obligațiile asiguratorului față de asigurați, pe termen scurt, sunt reprezentate de rezerva de daune brută însă, pe de o parte, această rezervă este constituită de asigurator tot sub forma de active și, pe de altă parte, datoriile exigibile ale asiguratorului au în vedere și alte obligații, nu numai cele față de asigurați.

²² În același sens: Radu N. Catana, Dreptul asigurărilor. Reglementarea activității de asigurare. Teoria generală a contractului de asigurare, op.cit., p.87;

²³ Riscul de lichiditate reprezintă posibilitatea înregistrării de pierderi sau a nerealizării profiturilor estimate ce rezultă din imposibilitatea asiguratorilor de a valorifica active pentru a onora în orice moment și cu costuri rezonabile obligațiile de plată pe termen scurt sau din încasarea cu dificultate a creanțelor din contractele de asigurare/reasigurare- art.1 pct.8 din Norma CSA din 07.09.2009 privind principiile de organizare a unui sistem de control intern și management al riscurilor, precum și organizarea și desfășurarea activității de audit intern la asigurator/reasigurator, publicată în M.Of., Partea I nr.621/16.09.2009;

²⁴ Active lichide sunt considerate: titlurile de stat și obligațiunile emise de autoritățile administrației publice, depozite bancare, disponibilități în conturi bancare și casierie, valori mobiliare tranzacționate pe piețe reglementate și supravegheate, titluri de participare la organisme de plasament colectiv în valori mobiliare;

²⁵ Art.5 alin.6 din Norma pusă în aplicare prin Ordinul CSA nr.11310/2006 astfel cum a fost modificat prin Ordinul CSA nr.17/05.11.2008 publicat în M.Of., Partea I nr.762/11.11.2008; art.7 alin.6 din Norma pusă în aplicare prin Ordinul CSA 113131/2006 astfel cum a fost modificat prin Ordinul CSA nr.18/05.11.2008 publicat în M.Of., Partea I nr.762/11.11.2008 ;

În aceste condiții, întocmai ca în cazul societăților comerciale obișnuite *disponibilitățile banesti au în vedere în primul rînd numerarul, cash-flow-ul de exploatare dat de fondurile generate de operațiunile de subscriere și de veniturile obținute din investiții*²⁶.

Asigurătorul poate face apel în orice moment și la activele sale lichide pentru onorarea obligațiilor sale exigibile fără ca acest aspect să indice insuficiența disponibilităților banesti.

Dar, un coeficient de lichiditate sub cel stabilit de normele prudentiale indică criza de lichiditate sau iminenta crizei de lichiditate a asigurătorului.

Incapacitatea de plată reprezentând insuficiența disponibilităților banesti²⁷, echivalenta a crizei de lichiditate sau a „incidentului de casă”, nu reprezintă un element suficient pentru a determina apariția stării de insolvență a asigurătorului.

Criza de lichiditate a asigurătorului poate fi depășită prin injectia de lichiditate obținute prin vânzare de active, împrumuturi s.a.

Societatea de asigurări trebuie să se afle în incapacitate vadită de plată, de a obține disponibilități banesti suficiente pentru plata a datoriilor exigibile respectiv, când este în imposibilitate de a depăși criza de lichiditate.

Printre cele mai recente și semnificative exemple, indicăm pe cel al American International Group, Inc (AIG), unul dintre cei mai mari asigurători ai lumii care, în septembrie 2008 și-a declarat criza de lichiditate și a cerut ajutorul statului pentru a preveni falimentul său. Criza de lichiditate a putut fi depășită prin împrumutul în valoare de 85 miliarde de \$ USD acordat de statul american -United States Federal Reserve.

O ultimă precizare se impune a fi făcută în privința naturii și cuantumului datoriilor exigibile ale asigurătorului pe care acesta nu le poate plăti.

Nelegitimarea procesuala activă a creditorilor de asigurări de a formula cerere de deschidere a procedurii falimentului asigurătorului nu este de natură a indica excluderea datoriilor generate de contractele de asigurare din rândul datoriilor avute în vedere la aprecierea stării de insolvență a asigurătorului.

Atunci când insolvența este invocată și dovedită de societatea de asigurare debitoare sunt avute în vedere toate datoriile acesteia: civile, comerciale, fiscale, salariale s.a. deci, inclusiv cele rezultate din contractele de asigurare.

Cuantumul minim al datoriilor exigibile, altele decît cele rezultate din contracte de asigurare, trebuie să corespundă cu valoarea prag stabilită de reglementarea generală a insolvenței: 30.000 lei Ron iar, în privința datoriilor salariale echivalentul a 6 salarii minime pe economie.

7. Societatea de asigurare poate solicita deschiderea procedurii falimentului în termen de 20 de zile de la data intervenției sau, după caz, a creării stării de insolvență (art.29 alin.2 din Legea nr.503/2004).

Această situație este similară celei din reglementarea falimentului bancilor prin indicarea a două momente distincte pentru calcularea termenului în care asigurătorul are obligația de a solicita deschiderea procedurii falimentului: *a) de la data intervenției insolvenței ; b) de la data creării stării de insolvență.*

În acest fel, se distinge între insolvențarea actuală și cea iminentă, ambele tipuri de insolvență reprezentând cauze ale falimentului asigurătorului.

Dincolo de această precizare, cele două tipuri de insolvență prezintă interes numai în cazul insolvenței asigurătorului manifestată sub forma insolvenței sale, astfel cum este reglementată de art.3 lit.j pct.1 din Legea nr.503/2004.

Aceasta deoarece, asigurătorul nu este îndepărtat să solicite deschiderea procedurii falimentului atunci când se află în insolvențarea manifestată sub formele prevăzute de art.3 lit.j

²⁶ Dan Anghel Constantinescu, *Tratat de asigurări*, vol.I, Ed.Economica, București, 2004, p.371;

²⁷ Stanciu D.Carpenaru, *Tratat de drept comercial român*, Ed.Universul Juridic, 2009, p.708;

pct 2 și pct.3 din Legea nr.503/2004 respectiv, în criza de solvabilitate sau în imposibilitate de restabilire a situației financiare în cadrul procedurii de redresare financiară.

Semnificația stării de insolvență iminentă acordată de art.3 pct.1 lit.b din Legea nr.85/2006²⁸ comportă nuanțări în cazul asiguratorilor deoarece *datoriile sale exigibile în viitor nu sunt cunoscute cu precizie*. Ele sunt anticipate în baza calculelor actuariale.

În mod evident, insolvența iminentă a asiguratorului se raportează la coeficientul său de lichiditate. Dacă acest coeficient scade sub 1 (unu) asiguratorul se află în iminentă insolvență.

Această situație indică faptul că, asiguratorul va fi în incapacitate de a plăti previzionatele sale datorii exigibile cu disponibilități bănești.

Insolvența presupune incapacitatea vădită de plată a datoriilor exigibile cu sumele de bani disponibile²⁹ astfel încât, caracterul vădit al incapacității de plată caracterizează și insolvența iminentă a asiguratorului.

Prin caracterul *vădit* al incapacității de plată iminentă înțelegem *neputința de plată evidentă, imposibilitatea de a face față crizei de lichidități*, de a obține lichidități în vederea reechilibrării coeficientului de lichiditate.

Insolvența iminentă a asiguratorului nu se manifestă în exterior și poate fi invocată numai de către societatea de asigurare debitoare.

În ceea ce privește insolvența vădită sau insolvența vădit iminentă reprezintă un fapt, astfel încât în principiu, dovada insolvenței asiguratorului poate fi făcută cu orice mijloc de probă prevăzut de art.46 c.com.

Problemele ridicate de dovada insolvenței asiguratorului sub aspectul obiectului probei și al mijloacelor de probă sunt, în mare măsură, similare celor din reglementarea generală a insolvenței și, vom aborda în cele ce urmează, numai aspectele derogatorii, specifice falimentului asiguratorilor.

În primul rând, cererea de deschidere a procedurii falimentului de către societatea de asigurare nu reprezintă o marturisire a stării de insolvență.

Pe de altă parte, avem în vedere condițiile suplimentare prevăzute de lege pentru admisibilitatea cererii de deschidere a procedurii falimentului formulate de societatea de asigurare sau de către creditorii acesteia, alții decât creditorii de asigurari: „*Comisia de Supraveghere a Asigurarilor a comunicat prin întămpinare, că nu există posibilități reale de restabilire a situației financiare a societății și de plată a creanțelor tuturor creditorilor acesteia în cadrul unei proceduri de redresare financiară*” –art.31 alin.2 lit.b din Legea nr.503/2004.

Prin urmare, este necesară confirmarea insolvenței, a imposibilității de a face față crizei de lichidități, de către Comisia de Supraveghere a Asigurarilor, autoritate care atestă existența insolvenței.

Și nu în ultimul rând, prezumția de insolvență: „*insolvența este prezumată ca fiind vădită atunci când debitorul, după 30 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de unul sau mai mulți creditori*” instituită de art.3 pct.1 lit.a din Legea nr.85/2006, este aplicabilă și în falimentul asiguratorilor cu precizarea că, această prezumție poate fi rasturnată de către Comisia de Supraveghere a Asiguratorilor dacă prin întămpinare aceasta indică existența posibilității de redresare financiară a asiguratorului în cadrul procedurii de redresare financiară.

B). Scaderea valorii marjei de solvabilitate disponibile sub jumătate din limita minimă prevăzută de reglementările legale pentru fondul de siguranță (criza de solvabilitate)

8. Stabilitatea financiară a asiguratorului, prioritate a acestuia și a autorității de supraveghere, este asigurată în principal, prin acoperire corespunzătoare a riscurilor preluate și garantate și a celor aferente activității sale investitoriale.

²⁸ Insolvența este iminentă atunci când se dovedește că debitorul nu va putea plăti la scadență datoriile exigibile angajate, cu fondurile bănești disponibile la data scadenței;

²⁹ Stanciu D. Carpenaru, Drept Comercial Roman, Ed.5, Editura All Beck, București, 2004, p.585;

Astfel, asiguratorul are obligatia mentinerii cumulative a capitalului social varsat si a marjei de solvabilitate minima.

In fapt, asiguratorul are obligatia de a detine, in orice moment, marja de solvabilitate disponibila³⁰ cele putin la nivelul marjei de solvabilitate minima calculata pentru fiecare clasa de asigurari practicata.

Marja de solvabilitate minima -activul net necesar acoperirii pierderilor- se calculeaza conform Normelor puse in aplicare prin Ordinul CSA nr.3/2008 si Ordinul CSA nr.4/2008.

In esenta, pentru asigurarile generale, marja de solvabilitate minima se determina fie prin raportarea la valoarea primelor brute subscrise in ultimele 12 luni calendaristice fie prin raportarea la media anuala a daunelor brute platite in ultimele 36 de luni calendaristice.

Pentru asigurarile de viata, marja de solvabilitate minima reprezinta un anumit procent din rezervele matematice.

Marja de solvabilitate disponibila reprezentand diferenta pozitiva intre activul si obligatiile certe si cel posibil sa se concretizeze in viitor (activ net)³¹, capacitatea asiguratorului de a-si acoperi pierderile fara a apela la capitalul propriu si trebuie sa fie mai mare sau cel putin egala cu marja de solvabilitate minima.

Conform legii, o treime din marja de solvabilitate minima trebuie sa constituie *fondul de siguranta* ce trebuie sa aiba o valoare minima echivalenta a 3,5 milioane euro pentru asigurarile de viata si o valoare minima echivalenta a 2,3 milioane euro pentru asigurarile generale. Dacă asiguratorul subscie unul sau mai multe riscuri încadrate în clasele 10, 11, 12, 13, 14 sau 15 menționate la titlul B "Asigurări generale" din anexa nr. 1 la Legea nr. 32/2000³², cu modificările și completările ulterioare, valoarea minimă a fondului de siguranță va fi echivalentul în lei a 3,5 milioane euro³³.

Astfel cum am spus, marja de solvabilitate disponibila reprezinta principalul indicator al sanatatii financiare a asiguratorului, capacitatea de a acoperi pierderile neprevazute astfel incat, scaderea acesteia sub minimul prevazut de normele prudentiale (sub valoarea marjei de solvabilitate minima) indica probleme financiare ale societatii sub forma crizei de solvabilitate.

In aceste conditii, scaderea marjei de solvabilitate disponibila sub jumătate din limita minima prevazuta de reglementarile legale pentru fondul de siguranta indica o profunda criza de solvabilitate, o situatie financiara iremediabil compromisa ce impune deschiderea procedurii falimentului.

Aceasta forma de insolvabilitatea a asiguratorului poate fi insotita sau nu de o criza de lichiditate si poate fi independenta de raportul actual dintre activul si pasivul asiguratorului.

Posibilitatea ca datoriile viitoare, pierderile neprevazute sa nu poata fi acoperite este maxima si, din acest motiv, criza de solvabilitate reprezinta cauza a aplicarii procedurii falimentului asiguratorului.

³⁰ *Marjei de solvabilitate disponibile îi corespunde totalitatea elementelor de activ libere de orice sarcini, cu excepția activelor necorporale* – art.2 alin.2 din Normele CSA privind metodologia de calcul al marjei de solvabilitate de care dispune asiguratorul care practica asigurari generale, al marjei de solvabilitate minime si al fondului de siguranta, puse in aplicare prin Ordinul CSA nr.3/24.04.2008, publicat in M.Of., Partea I nr.346/06.05.2008 si art.2 alin.2 din Normele CSA privind metodologia de calcul al marjei de solvabilitate de care dispune asiguratorul care practica asigurari de viata, al marjei de solvabilitate minime si al fondului de siguranta, puse in aplicare prin Ordinul CSA nr.4/24.04.2008, publicat in M.Of., Partea I nr.346/06.05.2008, astfel cum a fost modificate ambele Norme CSA prin Ordinul CSA nr.12/24.07.2009 publicat in M.Of., Partea I nr.543/05.08.2009;

³¹ Dan Anghel Constantinescu, *Tratat de asigurari*, Vol.II, Ed.Economica, Bucuresti, 2004, p.361;

³² Se au in vedere asigurarile de raspundere civila pentru autovehicule, asigurarile de raspundere civila pentru mijloacele de transport aerian, asigurarile de raspundere civila pentru mijloace de transport maritim, lacustru si fluvial, asigurarile de raspundere civila general, asigurarile de credite si asigurarile de garantii;

³³ Conform prevederilor art.9 alin 2 din Norma pusa in aplicare prin Ordinul Comisiei de Supraveghere a Asigurarilor nr.3/2008;

Insolvabilitatea asiguratorului sub forma crizei de solvabilitate va fi dovedita de Comisia de Supraveghere a Asigurarilor prin inscrisuri specifice: situatia financiara, raportari financiare s.a. iar, obiectul probei il reprezinta scaderea valorii marjei de solvabilitate a asiguratorului sub limita minima prevazuta de reglementarile in vigoare pentru fondul de siguranta.

C). Imposibilitatea restabilirii situatiei financiare a societatii de asigurare in cadrul procedurii de redresare financiara

9. Societatile de asigurare aflate in situatie dificila sau nereglementata vor fi supuse unor masuri specifice de redresare sau/si reorganizare in vederea evitarii insolvabilitatii sau insolventei acesteia in fapt, in vederea evitarii falimentului.

Procedura de redresare financiara reprezinta totalitatea modalitatilor si a masurilor cu caracter administrativ dispuse de Comisia de Supraveghere a Asigurarilor, ca autoritate competenta, care sunt destinate sa mentina sau sa restabileasca situatia financiara a unei societati de asigurare.

Redresarea societatilor de asigurari este o procedura de redresare a asiguratorilor iar nu de reorganizare, astfel cum este definita aceasta din urma de reglementarea generala a insolventei sau de legislatia europeana in care se indica faptul ca, societatile de asigurare aflate in dificultate pot face obiectul unor proceduri distincte: de redresare si de reorganizare.

In toate cazurile, redresarea sau reorganizarea asiguratorilor se caracterizeaza prin absenta starii de insolvabilitate sau insolventa a asiguratorului deoarece, in materia societatilor comerciale speciale, starea de insolventa sau insolvabilitate indica imposibilitatea redresarii financiare si intrare in faliment a acestor societati.

Cauzele de aplicare a procedurii de redresare financiara sint comune ambelor modalitati de realizare a procedurii: pe baza de plan de redresare si prin administrare speciala.

Conform legii, societate de asigurare intra in procedura de redresare financiara atunci cand:

- societatea de asigurare nu prezinta Comisiei de Supraveghere a Asigurarilor, in termen de 48 de ore de la solicitarea acesteia, situatia financiara si marja de solvabilitate minima si atunci cand, se constata nerespectarea oricaror alte prevederi legale referitoare la activitatea de asigurare, punindu-se in pericol onorarea obligatiilor asumate fata de creditorii de asigurari;
- valoarea marjei de solvabilitate disponibile scade sub limita minima prevazuta de reglementarile emise de Comisia de Supraveghere a Asigurarilor;
- valoarea marjei de solvabilitate disponibile scade sub limita minima prevazuta de reglementarile legale pentru fondul de siguranta (art.7 din Legea nr.503/2004).

Toate cauzele de deschidere a procedurii de redresare indica positionarea societatii de asigurare in afara cerintelor prudentiale, operationale. Ea se afla in situatie de risc de insolvabilitate.

Statistic, societatea de asigurare poate supravietui cu o marja de solvabilitate disponibila mai mica decat marja de solvabilitate minima sau mai mica decat valoarea minima legala a fondului de siguranta (fara ca valoarea marjei de solvabilitate disponibila sa scada sub jumatate din valoarea minima legala a fondului de siguranta) dar, activitatea desfasurata in aceste conditii este afectata de un risc crescut de insolvabilitate, risc inacceptabil pentru piata asigurarilor.

Prin exceptie, se prezuma situatia financiara precara a asiguratorului atunci cand acesta nu respecta solicitarea Comisiei de Supraveghere a Asigurarilor de a prezenta situatia sa financiara -in sens larg- care indica toate elementele de baza ale stabilitatii sale (situatia financiara si marja de solvabilitate disponibila).

Dreptul Comisiei de Supraveghere a Asigurarilor de a aprecia situatia financiara a unei societati de asigurare dincolo de elementele clasice utilizate (marja de solvabilitate disponibila si fond de siguranta) se releva prin posibilitatea acesteia de a decide aplicarea procedurii redresarii in toate situatiile in care societatea de asigurare, prin nerespectarea prevederilor legale, pune in pericol onorarea obligatiilor asumate fata de creditorii de asigurari.

Prin urmare, se poate deschide procedura de redresare si ca urmare a nerespectarii indicatorului de lichiditate, a unor politici investitionale riscante, a nerespectarii cerintelor privind tipul de active in care trebuie sa se regaseasca fondul de siguranta s.a.

In acest fel, sfera de cuprindere a cauzelor ce determina aplicare a procedurii de redresare a societatilor de asigurare este mult mai larga, legea oferind criteriile de baza ale determinarii acesteia.

10. Comisia de Supraveghere a Asigurarilor dispune deschiderea procedurii de redresare prin decizie motivata in care se indica forma de redresare financiara aplicabila societatii de asigurare in dificultate: redresare pe baza de plan de redresare sau redresare prin administrare speciala, procedura destinata restabilirii echilibrului operational al asiguratorului.

Imposibilitatea restabilirii situatiei financiare a asiguratorului in cadrul procedurii de redresare financiara conduce la adoptarea deciziei CSA prin care se dispune inchiderea procedurii, retragerea autorizatiei de functionare a asiguratorului si dupa caz, revocarea administratorului special.

Daca societatea de asigurare a fost supusa redresarii prin administrare speciala, decizia CSA de inchidere a procedurii si retragere a autorizatiei de functionare va avea ca fundament rapoartele administratorului special, prin care se constata ca nu sunt conditii pentru restabilirea sau pentru mentinerea situatiei financiare a societatii de asigurare.

In cazul in care se constata starea de insolabilitate a societatii de asigurare, prin decizia de inchidere a procedurii de redresare financiara se hotaraste si inregistrarea cererii de declansare a procedurii falimentului asiguratorului.

Procedura redresarii pe baza de plan de redresare sau redresare prin administrare speciala este destinata restabilirii echilibrului operational al asiguratorului si *neatingerea acestui obiectiv prin masuri specifice de redresare aplicate in cadrul reglementat al procedurii administrative de redresare financiara corespunde cu imposibilitatea de redresare a asiguratorului, cauza particulara a aplicarii falimentului asiguratorului.*

Dovada imposibilitatii de restabilire a situatiei financiare a societatii de asigurare in cadrul procedurii de redresare presupune in primul rand, dovedirea deschiderii procedurii de redresare financiara a asiguratorului prin decizie a Comisiei de Supraveghere a Asigurarilor (in oricare din modalitatile de realizare a acestei proceduri).

Nu in ultimul rand, trebuie dovedita si imposibilitatea de redresare financiara a societatii in cadrul acestei procedurii de redresare si insolabilitatea asiguratorului.

In aceasta privinta, conform dispozitiilor art.15. lit c), art.21 alin.1 lit.b) si art.32 alin.2 lit.b) din Legea nr.503/2004, decizia CSA de formulare a cererii de deschidere a procedurii falimentului asiguratorului este fondata nu numai pe esecul procedurii de redresare financiara ci si pe insolabilitatea asiguratorului³⁴ care trebuie constatata prin aceasta decizie.

III. Concluzii

11. Cauzele aplicarii procedurii falimentului societatilor de asigurare se fundamenteaza pe situatia financiara iremediabil compromisa.

In reglementarea generala a insolventei, cauza aplicarii procedurii insolventei: starea de insolventa nu este apreciata similar avand in vedere ca, societatilor obisnuite le este acordata posibilitatea reorganizarii judiciare a activitatii.

Legea nr.503/2004 a optat pentru starea de insolabilitate ca si conditie de fond, cauza a aplicarii procedurii falimentului societatilor de asigurare, avuta in vedere ca si concept de gen ce contine trei cauze particulare ale aplicarii falimentului acestei societati comerciale speciale: încetarea plăților (criza de lichiditate), insolabilitatea (criza de solvabilitate) și imposibilitatea de redresare financiară.

³⁴ Formele insolabilitatii asiguratorului avute in vedere aici nu pot fi decat cele prevazute de art.3 lit.j pct.1 si pct.2 din Legea nr.503/2004;

Insolvabilitatea sub forma crizei de lichiditatii este cauza comuna a deschiderii procedurii falimentului societăților de asigurare și a societăților comerciale obișnuite.

Însă, datorită specificului activității de asigurare și a condiției caracterului vadit al incapacității de a plăti a datoriilor exigibile cu disponibilități banesti, în această situație, cauza a aplicării procedurii falimentului este imposibilitatea de a face față insolvenței, de a face față crizei de lichidități.

Insolvabilitatea asiguratorilor ca și cauza particulară a aplicării procedurii falimentului acestora, nu are legătura cu semnificația tradițională a insolvabilității: pasivul patrimonial mai mare decât activul patrimonial.

Valoarea marjei de solvabilitate disponibilă a asiguratorului indică gradul de acoperire a principalelor riscuri iar nu gradul de acoperire a datoriilor/a pasivului.

Insolvabilitatea sub forma crizei de solvabilitate a asiguratorului nu indică un pasiv mai mare decât activele acestuia ci faptul că, acesta nu are capacitatea de a-și acoperi riscurile adică, pierderile posibile ce ar putea fi generate de producerea principalelor riscuri ale activității de asigurare (cu excluderea riscurilor tehnice ale asiguratorului) și evident, nu se manifestă în exterior.

Această cauză a aplicării falimentului asiguratorilor este specifică acestor proceduri speciale, insolvabilitatea nefiind cauza a aplicării procedurii insolvenței societăților comerciale obișnuite.

Imposibilitatea redresării financiare a asiguratorului prin intermediul procedurilor de redresare reprezintă ultima cauză a aplicării procedurii falimentului acestora și este și ea specifică acestei proceduri speciale de faliment.

Particularitățile tuturor formelor de insolvabilitate a asiguratorilor justifică nu numai reglementarea lor specială dar și o mai bună reglementare legală.

Este necesară eliminarea utilizării noțiunii de insolvabilitate ca noțiune de gen, ca și cauză a falimentului asiguratorilor și indicarea expresă ca și cauze ale falimentului acestora a celor trei cauze reale ale falimentului asiguratorilor (indicate în prezent ca forme de insolvabilitate).

Cauzele falimentului asiguratorilor se distanțează substanțial de semnificațiile lor obișnuite astfel cum sunt întâlnite fie în reglementarea generală a insolvenței, fie în literatura de specialitate dedicată regimului general al insolvenței și sunt determinate în principal, de necesitate abordării insolvabilității asiguratorilor din perspectivă economică și juridică în acord cu caracteristicile extrem de speciale ale activității lor.

Referințe bibliografice

1. Anghel Constantinescu Dan, *Tratat de asigurari*, vol.I, Ed. Economica, Bucuresti, 2004;
2. Anghel Constantinescu Dan, *Tratat de asigurari*, Vol.II, Ed.Economica, Bucuresti, 2004;
3. Bigot Jean, Moreau Jacque, "*Entreprises d'assurances*", Revue General du Droit des Assurances no.4/2007, LGDJ, Paris, 2007;
4. Bigot Jean, avec la collaboration de; Bellando Jean-Louis, Hagopian Mikael, Moreau Jacques, Parleani Gilbert, *Traite de droit des assurances*, tome 1, Entreprises et organismes d'assurance, 2e edition, L.G.D.J., Paris, 1996;
5. Bistriceanu Gheorghe, *Sistemul asigurarilor din Romania*, Ed.Economica, Bucuresti, 2002;
6. Bonnard Jerome, *Droit de assurance*, 2e edition, Litec, Paris, 2007;
7. Botea Gheorghe, *Dreptul Asigurarilor*, Ed.Pro Universitaria, Bucuresti,
8. Carpenaru D. Stanciu, *Tratat de drept comercial roman*, Ed.Universul Juridic, 2009;
9. Carpenaru D.Stanciu, *Drept Comercial Roman*, Ed.5, Editura All Beck, Bucuresti, 2004;
10. Catana N. Radu, *Dreptul Asigurarilor. Reglementarea activitatii de asigurare. Teoria generala a contractului de asigurare*, Ed.Sfera Juridica, Cluj Napoca, 2007;

11. Ciurel Violeta, *Asigurari si reasigurari, abordari teoretice si practice internationale*, Ed.All Beck, Bucuresti, 2000;
12. Donati Antigono, Giovanna Volpe Putzolu, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Giuffre Editore, Milano, 2006;
13. Ernst & Young, „*Strategic business risk 2008 – Insurence*”, [http://www.ey.com/Global/assets.nsf/International/Industry_Insurance_StrategicBusinessRisk_2008/\\$file/Industry_Insurance_StrategicBusinessRisk_2008.pdf](http://www.ey.com/Global/assets.nsf/International/Industry_Insurance_StrategicBusinessRisk_2008/$file/Industry_Insurance_StrategicBusinessRisk_2008.pdf);
14. Guyon Yves, *Droit des Affaires, Tome 2 – Entreprises en difficultes. Redressement judiciaire – Faillite*, 7 e edition, Economica, Paris, 1999, p.109;
15. Groutel Hubert, Berr Claude-J., *Droit des Assurances*, Dalloz, Paris, 2008;
16. Laurent Benjamin, „*Raisons Fondamentales d’une Regulation Prudentielle du secteur Des Assurances*”, Working Paper no.08-020, 2008, <http://www.solvay.edu/EN/Research/Bernheim/documents/wp08020.pdf>;
17. Laurent Benjamin, „*Solvency II: Avancees des travaux; Solvency II – Where do we stand?*”, p.5, Revue Bancaire et Financier no.2/2007, <http://ideas.repec.org/p/sol/wpaper/06-022.html>;
18. Nemes Vasile, *Dreptul Asigurarilor*, Ed.Hamangiu, Bucuresti, 2009;
19. Ripert G. et Roblot, and Delebeque Philippe, Germain Michel, *Traite de droit commercial*, Tome 2, 16 e edition, L.G.D.J., Paris, 2000;
20. Lupulescu Ana-Maria, *Reorganizarea societatilor comerciale in contextul integrarii europene. Strategii si cadru juridic*, Ed.Wolters Kluwer, Bucuresti, 2008;
21. Piperea Gheorghe, *Insolventa: legea, regulile, realitati*, Ed.Wolters Kluwer, Bucuresti, 2008;
22. Sferdian Irina, *Dreptul Asigurarilor*, Ed.C.H.Beck, Bucuresti, 2007;
23. Stanescu Serban, Sitaru Dragos-Alexandru, Buglea Claudiu, *Dreptul Comertului international – Tratat*, Partea Generala, Ed.Universul Juridic, Bucuresti, 2008;
24. Stoica Veronica, „*Ideea de risc si incertitudine in contractul de asigurare*”, in Revista de Drept Comercial nr.12/20003;
25. Turcu Ion, *Tratat de insolventa*, Ed.C.H.Beck, Bucuresti, 2007;
26. Tandareanu Nicoleta, *Procedura reorganizarii judiciare*, Ed.All Beck, Bucuresti, 2000;

REDRESSING THE INJURY CAUSED BY RIGHTS PREJUDICE IN NEW CIVIL CODE REGULATIONS

SACHE NECULAESCU¹

Abstract

Coming to know whether tort liability concerns only the transgression of a subjective right or applies as well even when a simple interest is not observed, has been the subject of many debates, both within legal doctrine and jurisprudence, under the circumstances in which liability law has evolved, from a stage when it focused on sanctioning the evildoer, to another stage, when it became more and more preoccupied with the interests of the victim dealing with an unjust prejudice. The solutions offered by the new Romanian Civil Code partially align to the evolution mentioned above. The present study aims to analyze from a critical perspective the new conditions imposed in order to speak about a victim's injured interest, stating in the end a few observations on the text of article 1359 of the new Civil Code.

Key words: *the victim's injured interest, serious interest, legitimate interest, damages to someone else's interests, wrongful life, wrongful birth, cohabitation, illegal prejudice, illegitimate prejudice.*

1. Introduction: prejudice and tort liability

During the last two centuries, tort liability law has gone through a ceaseless evolution, from a stage when it was considered that an individual's deed represented the starting point for any civil liability hypothesis, to a present stage, when prejudice is in the center of attention, after it has become the true premise of any liability assumption. Thus, accidental damages are more and more numerous, collective and anonymous, so that law is confronted with a reality demanding solutions for their entire recovery. Before looking for the evildoer who is guilty of all sorts of accidents, law has to come up with rational solutions for the recovery of damages, a duty which is now more urgent and permissive than that of sanctioning the guilty conduct.

The demand to make amends is more and more insistently perceived from the perspective of the victim who claims those amends, and less from that of the author who has to be sanctioned, so that civil liability is set apart even further from criminal liability which aims to sanction the guilty conduct². New hypotheses of liability emerge and make so that guilt becomes more and more distorted and invoked, losing any fundamental ground, while that legal doctrine which assists to this "show" is wondering: "what kind of example of proper conduct does a legal system offer, if it holds accountable the authors of an inexistent guilt?"³. We are thus witnessing a decline of individual liability and implicitly of guilt seen as ground for civil liability, an insurances boom against the background of a risks socialization process⁴, but also the new existence of some special legal regimes applying to prejudices caused by work accidents, transport, faulty products, medical accidents and so on, a phenomenon which therefore brings into debate the concept of "civil liability crisis"⁵. The moral censorship of conduct tends to remain a pure doctrinaire expression, the legal practice having the duty to select the prejudices which are recovery worthy, by assessing if they can be ascribed to the legitimacy pattern. The new moral standard, albeit

¹ Senior Lecturer Ph.D., Faculty of Juridical, Social and Political Science, Valahia University of Targoviste (e-mail: sache_neculaescu@yahoo.com)

² Ph. Malinvaud, *Droit des obligations*, (Paris: Litec Publ. House, 2007), 374.

³ P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, 6th edition, (Paris: Dalloz Publ. House, 2003), 17.

⁴ G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité* 2nd edition, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Publ. House, 1995.

⁵ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, (Paris: Dalloz Publ. House, 1999), 624.

present absolutely everywhere within private and public law, does not have a well established structure, being in its turn excessively invoked and much too soon, under the circumstances in which the number of prejudices for which recovery is claimed is constantly growing. On a subjective scale, promoting the fundamental rights of man creates “a new victim ideology”⁶, in other words the ideology of a victim who is less resigned in front of his own destiny, more and more aware of his rights and more and more strict with the providential state. In a time when personal safety and integrity are acknowledged as fundamental rights, the corporal prejudice acquires its own structure, by aspiring to autonomy, both within legal doctrine and positive law⁷, so that the classical distinction between patrimonial and emotional prejudices is replaced by a tripartite one. A real “explosion of reparable prejudices”⁸ is breaking out, including the prejudice caused by losing the chance to obtain an advantage or avoid a loss – described as virtual prejudice, with a certainty conceived as a probability. At the same time, an unquestionable “recovery fever” makes possible for damages to be demanded even for losing the “chance of not having been born”, a topic which will be later on referred to. Indirect prejudices are emerging, given that jurisprudence acknowledges a series of emotional prejudices which constitute a true “personality rights outbreak”⁹, such as: the juvenile prejudice, the sexual prejudice, the aesthetic prejudice, the prejudice caused by the HIV or Hepatitis C infection, a phenomenon which has been described by the legal doctrine as “the human being’s self destruction through an outbreak of subjective rights”¹⁰. For all the reasons mentioned above, it has been stated that “the history of civil liability after 1804 is that of a continuous dissolution of the attributes which a prejudice must evince in order for the right to recovery to apply”¹¹, and that the exaggeration of subjective rights destabilizes civil liability law, by tending to absorb the latter¹².

As a consequence, we are witnessing a reconstruction of civil liability law based on prejudice, an evolution which will also influence considerably the grounds of criminal liability – seen more and more as an instrument for nominating the evildoer, in other words the person who shall have to make amends for the unjust prejudice.

2. The distinction damage (loss) – prejudice

Once civil liability has been acknowledged as objective, the prejudice becomes one of the main components of current liability law, so that, taking into account the new reality, the distinction proposed by the title of the present subchapter is more than welcomed. The need to distinguish between damage (as loss) and prejudice is meant not only to meet a terminological requirement but also to underline the qualitative differences between the two notions under scrutiny.

At a formal level, French law uses the terms *dommage* (damage) and *préjudice* (prejudice), while Romanian law proves to be more complex from a terminological point of view, by also using the term “loss”. The three Romanian terms mentioned above are usually used with the same meaning, describing the effect undergone by the victim, from a patrimonial and emotional perspective, but they may also describe different realities. Thus, when speaking about the actions for damages, the term “damage” acquires the meaning of civil compensations (damages). When speaking about “emotional damages”, the same term usually has the meaning of damages

⁶ J. Flour, J.L.Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, 13th edition, (Paris: Sirey Publ. House, 2009), 78.

⁷ See Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Paris: Dalloz Publ. House, 2000.

⁸ X. Pradel, *Le prejudice dans le droit civil de la responsabilité*, (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Publ. House, 2004), 85.

⁹ (X. Pradel 2004,123)

¹⁰ J. Hauser, *Observations sous Civ. I, 26 March 1996*, (Paris: Revue trimestrielle de droit civil, 1996), 871.

¹¹ V.L.Cadiet, *Les métamorphoses du préjudice*, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, (Paris: Presses Universitaires de France Publ. House, 1998), 37.

¹² J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V-e République*, (Paris: Flammarion Publ. House, 1995), 122, C. Atias, *Le droit de nuire*, (D. 1997, chron.), 385

(although more correct would be that of compensatory damages); consequently, for more terminological strictness, the effect undergone by the victim from an emotional perspective should be expressed by the expression “emotional harm”, since the other similar variant – “emotional loss” – would be completely inaccurate.

On the other hand, the distinction between damage as loss and prejudice is not necessary only from a terminological point of view, but also as a result of the need to personalize prejudices¹³.

Thus, it has been suggested for the term “damage” to refer only to that injury abstractly perceived, while for the term “prejudice” to refer to “the reparable legal consequences of a damage caused to a victim, but also to the impact of the injury on the victim’s personal situation”¹⁴. The idea mentioned above is based on the justified argument according to which “it is one thing to speak about an injury which affects a person (corporal prejudice), someone’s goods (material prejudice) or feelings (emotional damage), and another to speak about the consequences of that injury...”¹⁵. In other words, everything that concerns tort liability has nothing to do with an impersonal invariable damage, but with the legal consequences concretely determined and associated with the injured victim’s situation.

Before the differences mentioned above were made, we have also proposed the same distinction, by stating that “while damages have a neutral character, representing a simple loss of value in terms of an exchange or economic aspect, expressed in money or figures, either *damnum emergens* or *lucrum cessans* (...), prejudices have a larger scope and are not neutral or incidental, taken into account that they are connected to an injury, affect the victim’s integrity, subjective, patrimonial or personal rights, but also his interests, in other words have a legal expression¹⁶. While the term “damage” (*damnum*), seen from the perspective of its effect, stands for any loss, destruction of value or generic harm, the term “prejudice” speaks as well about a damage, but in a broader sense, so that it can be described as “the legal expression of the damage”¹⁷. It is what the authors quoted above asserted more suggestively, namely that “while damages reflect the order by fact, prejudices reflect the order by right”¹⁸. Both the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription and the Principles of the European Tort Law have taken into account the distinctions previously presented. Thus, Geneviève Viney, a reputed personality within the field of tort law and the author of the proposals contained by the Avant-projet, states that the „the commission which drafted the act under scrutiny did it best to distinguish with arguments between the notions of <<damage>> and <<prejudice>>, so that damages were regarded as an injury of a victim’s personal integrity or goods, while prejudices were regarded as the injury of the patrimonial or extra-patrimonial interests which emerged”¹⁹.

Such a distinction between damage and prejudice explains better the need to reconsider the relation between the compensation in kind of a prejudice and the compensation by substitute. While the compensation in kind was designed to rebalance as much as possible a damaged equilibrium, the act of forcing the evildoer to pay civil compensations by means of substitutes is not a genuine “compensation”, but only a replacement of the suffered loss, an indemnification of the victim, through the payment of an amount of money equivalent to the prejudice he suffered.

¹³ Ph. le Torneau, L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, (Paris: Dalloz Publ. House, 2000), 298, V.S. Rouxel, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice*, PhD diss., Grenoble, 1994, (Lambert-Faivre 2000, 21 and 86), Aubry et Rau, *Responsabilité délictuelle*, (Paris: Litec Publ. House, 1989), 10.

¹⁴ (Pradel, 2004, 15).

¹⁵ (Cadiet, 1998, 37-38).

¹⁶ S. Neaculaescu, *Răspunderea civilă delictuală. Examen critic al condițiilor și fundamentării răspunderii civile delictuale în dreptul civil român*, (Bucharest: Șansa Publ. House, 1994), 36.

¹⁷ (Neaculaescu, 1994, 36).

¹⁸ (Lambert-Faivre, 2000, 86).

¹⁹ Geneviève Viney, *Exposé des motifs, Avant-Projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde de Sceaux, Ministre de la Justice*, 22 September 2005, 141-170, www.lexinter.net

The expression “compensation of emotional damages” is thus even more inadequate, since we cannot speak about the “compensation” of an emotional harm which is through its nature irreparable and, most of the times, an unique, incomparable, incommensurable and irreparable state. In such circumstances, law does nothing but offering a remedy meant to improve only the victim’s unjust situation, and does not bring the victim again in his *statu quo ante*.

3. Conditions to speak about a victim’s injured interest

In order for the prejudice caused by the injury of someone else’s interest to be reparable, article 1359 of the new Romanian Civil Code imposes the following conditions: “the interest in question must be legitimate, serious and, judging by the way is expressed, it must create the premise of a subjective right”.

The definition proposed by the new Romanian regulations for the injured interest - seen as a starting point for speaking about civil liability - is different from those proposed by the main European projects on liability law codification. The latter include both the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, also called the Avant-projet Catala, after the name of professor Pierre Catala, the chairman of the commission which drafted the ambitious act in question, and the Principles of European Tort Law. With a quite ambiguous text, the new Romanian Civil Code states that “the author of an illicit deed is bound to make amends for the prejudice he causes even when that prejudice is the consequence of damaging someone else’s interest” and is, among others, legitimate. Taken into account that the legitimacy of prejudices has been subject to many discussions within legal doctrine, particularly in terms of indirect prejudices (with special reference to the situation of cohabitating partners), one may assume that the provision quoted above refers precisely to indirect prejudices, although it should speak about all kinds of prejudices which may be encountered, both direct and indirect. As a consequence, we shall continue with analyzing the conditions for speaking about an injured interest, while in the end we shall express our view regarding the new Romanian regulations.

3.1. The interest must be legitimate

Legitimacy has been invoked from various perspectives within legal doctrine which has used various formulae, such as: “legitimate prejudice”, meaning the “legitimacy and licitly of an injured interest”²⁰, “licit character of a prejudice”²¹, meaning “the legitimacy of the injured interest and the licitly of the invoked prejudice”²², or “the conformity of the injured interest with the constancy of legitimacy”²³.

The constancy of legitimacy is based, as a rule, on three fundamental concepts: licitly, public order and positive virtues, there being asserted that “licitly and morality constitutes the two main components of the constancy in question”²⁴. While legality means everything that observes the law and is permitted by positive law, legitimacy is a broader concept, being defined as “the conformity of an institution with a legal or superior ethical norm, perceived as fundamental by a collectivity which acknowledges the authority of that institution from a moral and political perspective”²⁵, or as “the conformity of an interest or legal circumstance with true, justice and equity”²⁶. In their turn, positive virtues are defined as “a system of rules imposed by a particular

²⁰ (Malinvaud, 2007, nr. 551, 404).

²¹ L. F. Reglero Campos et al., *Tratado de responsabilidad civil*, (Spain: Thomson Aranzadi Publ. House, 2003), 234.

²² Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel. Systèmes d’indemnisation*, (Paris: Dalloz Publ. House), 283.

²³ (Pradel, 2004, 133).

²⁴ (Pradel, 2004, 179).

²⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, (Paris: Presses Universitaires de France Publ. House, 2008), 542.

²⁶ J. Vidal, *L’arrêt de la chambre mixte du 27 février 1979; le droit à la réparation de la concubine et le concept de dommage reparable*, J.C.P. 1971, No. 2390

social ethics, in a given time and place, which, in parallel with the public order that sometimes includes them, constitute a reference norm for assessing conduct²⁷. The meaning of positive virtues does not depend strictly on some immutable moral standards, given the fact that it acquires different forms in accordance with the main ideological currents of history, with the changes in people's line of thought that social evolution brings about and even with the fashion of a certain period.

By explaining that the claimed prejudice was an illicit one, jurisprudence rejected the action for damages filed by a housekeeper who had suffered a traffic accident and who demanded the compensation of her lost working ours, performed without any working contract; thus, according to the explanation given by jurisprudence, the plaintiff "could have obtained a compensation for the lost remuneration only if the latter had been a legal one"²⁸.

Other cases concern not necessarily the licit character of the loss suffered by the victim, but the illicit situation in which the latter was found at the moment when the prejudice took place. It is the case of a clandestine traveler who becomes the victim of a traffic accident. Is he entitled to obtain damages?

One would be first tempted to say that this kind of prejudice should not be compensated, given that the principle *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* states that no one can transform his own unlawfulness in a title, in order to take advantage of a right in court²⁹. Yet, if the dictum quoted above were to be analyzed from a practical point of view, it could be noticed that the solutions which it determines are quite different. Going back to the issue under scrutiny, we might say at a first look that the Latin principle does not apply in the field of criminal liability, so that, even if the victim was in an illegal circumstance, he may obtain damages for having suffered a prejudice³⁰. The same opinion on the case was also stated by the French Supreme Court which decided that "the court had no duty to take into account an inefficient argument taken from a dictum which had nothing to do with civil liability"³¹, solution upheld as well by the legal doctrine. When the same French Supreme Court had to rule on a similar case involving a clandestine traveler who could not prove that he had had a traveling ticket, it decided on February 19th 1992 that the victim was entitled to damages "irrespective of the illicit character of the journey"³².

Nonetheless, other opinions have stated that "it was quite audacious considering that the principle *Nemo auditur...* had nothing to do with civil liability, under the circumstances in which it had been invoked on some previous cases"³³.

What is for sure, the various circumstances in which a victim may be found makes impossible the existence of a fix legal pattern of classification. Thus, there have been cases in which the court awarded damages for the prejudice suffered by the drug addict who was on his way of buying drugs or by the prostitute who suffered an accident while performing her job, by explaining that there was no legal cause-effect relation between the victims' illicit situation and the prejudice that they had suffered, while in other cases the court rejected the actions filed by victims such as the judge who had no permission to go into a casino or the merchant who had sold his goods on the occasion of a feast day, although the landowner had clearly forbidden him to do so. It may be thus concluded that the illegal situation of the victim is not an absolute impediment in

²⁷ G. Cornu. *Vocabulaire juridique*. Paris: Presses Universitaires de France Publ. House, 2008.

²⁸ Cass. 2-e civ., 24 January 2002, JCP, 1971, No. 2930

²⁹ See G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Publ. House, 1925), 175-185.

³⁰ M. le Tourneau, "*La règle nemo auditur...*", PhD diss., (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Publ. House, Paris, 1970), No. 47

³¹ Civ. 1-ème, 17 November 1993, Revue trimestrielle de droit civil, 1994, 115.

³² Civ. 2-ème, 19 February 1992, Bull. Civ. II, No. 54; JCP 1993. II. 22170

³³ M. Jourdain, *note sous Civ. I 17 nov. 1993*, Revue trimestrielle de droit civil, 1994, 118.

awarding the claimed damages, so that the court involved shall have to assess, from a case to another, which is the exact cause of every case and how much it contributed to the accident³⁴.

In other circumstances in which the victim took part at the prejudicial deed, such as the case of the aggressor who claimed that the victim had gone beyond the limits of legal defense or of the procurer who invoked the prostitute's immorality in order not to pay any amount of money as damages, the solutions provided by jurisprudence have varied between putting in practice the principle *Nemo auditur...*, thus rejecting the damages requested, and dividing liability in order to classify the victim's deed as a cause of partial exemption from liability. Preoccupied with the victim's compensation for the suffered prejudice, the French Supreme Court ruled for the second solution³⁵ to apply, a fact lambasted by the legal doctrine³⁶ which stated that legitimacy concept was in decline, being more permissive than ever.

As to us, we believe that expressions such as "legitimate prejudice" or "illicit prejudice", albeit used by reputed authors within the field, by jurisprudence and even by the European projects on liability law codification, are questionable, to say the least. The new parallelism proposed by the recent legal doctrine, "legitimate prejudice – illegitimate prejudice", is meant only to distinguish between the prejudice which is recovery worthy and the prejudice which cannot be repaired or compensated. As viewed from the context in which is usually resorted to, the legitimacy condition of the prejudice acquires the same meaning as the legitimacy of the victim's injured interests. But since the victim's interests are legitimate, the prejudice – which is the result of their transgression – cannot be legitimate too. Being by definition a bad thing, an injury of a person's integrity or goods which law cannot tolerate, any prejudice, as seen from the perspective of the victim who deals with it, is through itself unjust, as it has been described by the Italian Civil Code when stating the principle of criminal liability³⁷. Any prejudice affects a series of economic or moral values which cannot be illegitimate, except from the circumstances which involve irresponsibility clauses, such as those caused by certain sport competitions. A prejudice must be compensated not for being just and legitimate, but precisely for being unjust and therefore illegitimate. On the other hand, if the distinction "licit-illicit prejudices" is to be accepted, legal doctrine will start to speak at some point even about "moral-immoral prejudices", a fact which would complicate legal terminology even further, under the circumstances in which the domain of civil liability – which is such a "sensitive" one – truly needs to be strict. As a consequence, we consider that, in order to assess the attributes of the prejudices which must be compensated, it must be resorted only to the "legitimacy of the victim's injured interest" and not the "legitimacy of the prejudice" or the "licitly" of the latter.

3.2. The interest must be serious

According to the new Romanian Civil Code, in order for the prejudice suffered by a person to be reparable, it must constitute the consequence of affecting a "serious" interest. Semantically speaking, the new requirement in question may be perceived both from the quality perspective, thus concerning an interest which should be legally protected, and not an apparent one, but also from the quantity perspective, thus regarding an interest which is complex and significant enough. Since the first condition imposed by the text of the new Romanian regulations is the legitimacy of interest, condition which also includes seriousness seen from the quality perspective, it can be considered that the same regulations refer strictly to the quantity perspective when stating that a

³⁴ (Malinvaud, 2007, 405)

³⁵ Civ. 1-ère 17 November 1993, Bull. civ. No. 326

³⁶ P. Jourdain, "La victime indigne ou en situation illicite peut-etre encore pretendre à l'indemnisation de son dommage?", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, 115.

³⁷ Art. 2043. *Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*

victim's injured interest must be serious. Yet, according to such an interpretation, the seriousness condition would regard the suffered prejudice and not the injured interest. Legitimate as the interest may be, one may speak about a liability case only if the transgression of that interest caused a serious prejudice which, as a result of its gravity, imposes damages.

The "seriousness" of prejudices has also been invoked when assessing a series of traditional civil law dicta, including that which asserts that the praetor has no duty to take care of minor things (*De minimis non curat praetor*³⁸). Later on, the dictum in question started to be looked into from the sociological perspective of what Jean Carbonnier calls the "non-law"³⁹, by stating that "everything which is not serious represents non-law"⁴⁰. Yet, the same notorious author states that there are circumstances in which law has to deal with minor things, a fact reflected by the counter-principle *De minimis curare debemus*. The fact that law had no reaction in front of some insignificant prejudices has been criticized by other authors who warn that "the refusal to make justice accessible for everything and everyone may be considered privation of justice"⁴¹. On the other hand, when speaking about Consumer Law, there are many current circumstances when a prejudice, as seen from an individual perspective, is deprived of significance, whereas when seen from the consumers associations perspective, a collective prejudice, without representing the total of individual prejudices, makes so that liability law can apply. When it comes to emotional prejudices, harms apparently lacking any consistency turn out to be devastating for an individual's inner-self, the latter having a value which can not be measured or compared, not the mention the practice of the symbolic franc which contradicts the non-law theory.

For all the reasons mentioned above, we consider that new condition requiring the interest to be serious does nothing but unjustifiably complicating things, worsening the victim's situation inexplicably, allowing some of the most diverse interpretations in a field where the need for clarity is truly needed. If we understand that legitimacy is the conformity of the interest with law, public order and positive virtues, then the condition for the prejudice to be serious appears included in this new and truly useful concept of the tort liability field.

3.3. The interest must create the premise of a subjective right

The provision in question acknowledges the solutions offered by jurisprudence, according to which there were compensated also the prejudices caused by the transgression of the simple interest and not only those caused by the transgression of a subjective right. The most frequent cases which involve the issue of simple interest are those connected to the loss of aliment, as a result of some circumstances by fact and not by right. Law itself acknowledges such circumstances, as it can be seen from article 87 of the Family Law, according to which "the spouse who provided as well for the child of the other spouse is bound to continue to do it as long as the child is under age, but only if his natural parents are dead, missing or destitute". Consequently, if the spouse who provided as well for the child of the other spouse falls victim to an accident and dies, then the child in question can claim to the evildoer damages equivalent to the aliment of which he was deprived. If the same child enjoys a subjective right legally acknowledged, then it may be possible for the other beneficiaries of the aliment provided out of good will (such as parents, children, elders, cohabitating partners, persons closed to the direct victim) to demand the recovery of the indirect prejudice which they suffered as a result of the loss of aliment, without there being any concrete legal ground. Yet, in order to be compensated, the aliment must have been continuous enough and must not have been limited to a fitful or insignificant support. The

³⁸ E.H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, (Paris: Librairie des sciences politiques & sociales, 1923), 180-182.

³⁹ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans riguer*, 10th edition, (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Publ. House, 2001), 25-52.

⁴⁰ The statement is also used by (Pradel, 2007, no. 155, 190)

⁴¹ A. Sériaux, *Questions controversées: la théorie du non-droit*, R.R.J. 1995, apud (Pradel, 2007, 191).

solution mentioned above is justified by the fact that, even if the aliment was not provided in basis of a degree of kinship which would have legally bound a person to provide for the child, being a sort of favor (if perceived from the perspective of the person who is not a relative of the child), it was nonetheless an acquired good for the child, in other words “the continuity of a satisfying support, capable to justify the assumption that it was going to last in the future as well”⁴². As a consequence, “due to its structure, the interest expressed by the beneficiary of the aliment is similar to a subjective right”⁴³ which, once it has been lost, entitles the beneficiary to demand compensations for the suffered prejudice.

The only objection which may be raised in relation to the person who claims the recovery of a prejudice similar to that in the example given above would be the illegitimacy of the interest, condition thoroughly analyzed in the previous chapters. We are talking at this point strictly about the money which was provided for other purposes than that of ensuring a financial support to a close person. For instance, if the person who provided for someone mainly intended to reward the latter for withholding a crime or to help him to obtain an advantage which otherwise would have not obtained, the benefit in question cannot be subject to any compensation.

4. Conclusions and proposals for modifying the reglementation

In our opinion, the regulation proposed by the new Civil Code (NCC) in terms of the prejudice caused by the transgression of someone else’s interest is insufficiently elaborated, by leaving a few questions connected to the field of tort liability, which have not been properly answered to so far:

- first of all, it is not clear why article 1359 of the NCC speaks about the recovery of a prejudice, when in fact it is taken into account the liability for the prejudice consisting in the injury of an interest. The conditions for speaking about an injured interests referred to by the text under scrutiny concern liability; if they concerned only the recovery, then the norm should have been included in the 6th Section called “the recovery of a prejudice in terms of tort liability”;

- if the author of an illicit deed is bound to make amends for the prejudice even when the later “is the consequence of affecting someone else’s interest”, which would be then the first hypothesis of liability? The new regulations aim to express a particular point of view when it comes to the classical distinction between the subjective right and the victim’s simple interest, only that the text under scrutiny states nothing but the exception, without considering the rule according to which any prejudice stands for the transgression of a subjective right.

In fact, it seems that the authors of the text had two choices: either to distinguish between the subjective right and the victim’s simple interest, case in which a first liability hypothesis on the non-observance of a subjective right was compulsory, or to select a single normative phrase to refer only to the victim’s injured interest, given that, according to the definition given by Ihering to the subjective right, the latter is nothing but a legitimate interest legally protected. The second alternative would have been the most suitable one, taken into account that it is also present within the Avant-projet Catala which, when speaking about the common conditions of contractual civil or criminal liability (article 1343) states that “any certain prejudice consisting in the lesion of a legitimate, patrimonial, extra-patrimonial, individual or collective interest is a reparable one”, an impeccable argumentation which should have also inspired the Romanian lawmaker. In the form that is expressed, the text of article 1357 of the NCC turns out to be preoccupied rather with the deed, which must be illicit and committed with intention or out of guilt, thus observing the same sanctioning logic dating back to two centuries ago. An entire subsequent evolution made so that liability law started to focus more on the prejudice which must be repaired and less on the deed which must be sanctioned;

⁴² (Eliescu, 101)

⁴³ C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, IX edition, revised and completed, (Bucharest: Hamangiu Publ. House, 2008), 147.

- although the new Civil Code introduces the term of “guilt” in the legal language, through its article 16 paragraph 1, by stating that, “in the absence of a contrary provision, a person is held accountable only for the deed committed with intention or not deliberately”, article 1357 of the NCC refers only to the deed committed with intention or not deliberately, practically acknowledging the disutility of the notion of guilt, a fact which within civil law has a strange effect;

- taken into account that the norm which we are analyzing belongs to the liability for personal deeds, it could mean that the conditions for speaking about someone else’s interest operate only for that purpose. Thus, one may ask why the same conditions should not apply as well for the liability for someone else’s deeds. Aren’t parents or principals held accountable for the prejudice caused by their children and, respectively, consignees, to other persons closed to the victim? If the answer to the question is yes, as we believe it should be, then the norm under scrutiny should have been included among the general provisions of law, for instance article 1343 of the French Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription which imposes for the interest to be legitimate in order for a prejudice to be compensated, without distinguishing whether the interest is expressed by the victim or by another person close to the latter;

- a last objection that we would like to raise regards terminology: while the legitimacy condition that we have been analyzing within the present work speaks about “the injury of an interest”, the legal text of the new Civil Code speaks about the “damage” provoked to someone else’s interest, contrary to a legislative technique requisite according to which “inside the normative language, the same notions must be expressed by using the same terms”⁴⁴. In our opinion, once the term “injury” has been chosen and seems to be most suitable one for expressing the extent to which the victim’s interests are affected, it should have been also preserved within the text of the new Civil Code. And if everything had been only a matter of not repeating the same term, then it could have been used the synonym “lesion” of someone else’s interests. In fact, the term “damage” is taken from the French legal terminology where “*atteinte*” usually means the action which either affects the state of some goods (*atteintes aux biens*) or causes an emotional harm to a person⁴⁵. For that purpose, the French text of the Principles of the European Group on Tort Law defines prejudice “as the material or immaterial damage of a legally protected interest”. Yet, the term “damage” does not have the same meaning in Romanian, where it suggests not necessarily the action or the lack of it, as in the text under scrutiny, but rather the consequences of a deed. For that reason, the French expression *atteintes aux biens*, which in Romanian would mean “damages caused to goods”, is not common within our law. In Romanian, the term “damage” refers to the non-observance of a right or interest only figuratively speaking, and without necessarily including the existence of a prejudice. The most familiar examples are offered by the deeds provided for by article 74 of the new Civil Code which are called “damages to private life”, and in relation to which the prejudice is either presupposed or it is not necessary at all. And since such deeds are called “damages” without necessarily involving any prejudice, why not choosing a better term for speaking about the deeds which actually cause a concrete prejudice? Taking all these aspects into account, we believe that, in order to achieve more terminological strictness, the most suitable expression for what the lawmaker intended to say is nothing but the traditional one - “injury of someone else’s interests”.

References

1. Ph. Malinvaud, *Droit des obligations*, (Paris: Litec Publ. House, 2007), 374
2. P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, 6th edition, (Paris: Dalloz Publ. House, 2003), 17.

⁴⁴ Article 34 paragraph 1 of the Law No. 24/2000 on the legislative technique norms for the drafting of normative acts, published in the Official Gazette No. 139/31 March 2000

⁴⁵ (Cornu, 88-89)

3. G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité* 2nd edition, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Publ. House, 1995.
4. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, (Paris: Dalloz Publ. House, 1999), 624.
5. J. Flour, J.L.Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, 13th édition, (Paris: Sirey Publ. House, 2009), 78.
6. See Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Paris: Dalloz Publ. House, 2000.
7. X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Publ. House, 2004), 85.
8. J. Hauser, *Observations sous Civ. I, 26 March 1996*, (Paris: Revue trimestrielle de droit civil, 1996), 871.
9. V.L.Cadiet, *Les métamorphoses du préjudice*, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, (Paris: Presses Universitaires de France Publ. House, 1998), 37.
10. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V-e République*, (Paris: Flammarion Publ. House, 1995), 122,
11. C. Atias, *Le droit de nuire*, (D. 1997, chron.), 385
12. Ph. le Torneau, L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, (Paris: Dalloz Publ. House, 2000), 298,
13. V.S. Rouxel, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice*, PhD diss., Grenoble, 1994, (Lambert-Faivre 2000, 21 and 86), Aubry et Rau, *Responsabilité délictuelle*, (Paris: Litec Publ. House, 1989), 10.
14. S. Neculaescu, *Răspunderea civilă delictuală. Examen critic al condițiilor și fundamentării răspunderii civile delictuale în dreptul civil român*, (Bucharest: Șansa Publ. House, 1994), 36.
15. Geneviève Viney, *Exposé des motifs, Avant-Projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde de Sceaux, Ministre de la Justice*, 22 September 2005, 141-170, www.lexinter.net
16. L. F. Reglero Campos et al., *Tratado de responsabilidad civil*, (Spain: Thomson Aranzadi Publ. House, 2003), 234.
17. Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, (Paris: Dalloz Publ. House), 283.
18. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, (Paris: Presses Universitaires de France Publ. House, 2008), 542.
19. J. Vidal, *L'arrêt de la chambre mixte du 27 février 1979; le droit à la réparation de la concubine et le concept de dommage réparable*, J.C.P. 1971, No. 2390
20. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Publ. House, 1925), 175-185.
21. M. le Torneau, "La règle nemo auditur...", PhD diss., (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Publ. House, Paris, 1970), No. 47
22. P. Jourdain, "La victime indigne ou en situation illicite peut-elle encore prétendre à l'indemnisation de son dommage?", Revue trimestrielle de droit civil, 1994, 115.
23. E.H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, (Paris: Librairie des sciences politiques & sociales, 1923), 180-182.
24. J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10th édition, (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Publ. House, 2001), 25-52.
25. A. Sériaux, *Questions controversées: la théorie du non-droit*, R.R.J. 1995, apud (Pradel, 2007, 191).
26. C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, IX edition, revised and completed, (Bucharest: Hamangiu Publ. House, 2008), 147.

THE NOTION OF „OBJECT” OF THE COMMUNITY PROCESS IN THE PROCEDURE ESTABLISHED BY THE EC REGULATION NO. 861/2007 REGARDING LOW VALUE REQUESTS

GABRIELA RĂDUCAN¹

Abstract

The present study aims to determine the meaning of the notion of „object” of the community process, seeing the lack of uniformity regarding its’ different interpretations. As the study shows, this lack of uniformity stems not only from the multiple significations of this notion, but also from its’ meaning in various states’ legislation. The first section will therefore examine the object of the process in European Union courts, while the second section is dedicated to a thorough analysis of the way the object of the process is perceived in the system established by the EC Regulation no. 861/2007 regarding low value requests.

Key words: *low value request, object of the community process, power of the judged matter, transborder disputes.*

Introduction

As a unitary interpretation in European law has often proved to be difficult to achieve, based exclusively on the standards imposed by the treaties and regulations, it is essential for both the legislator and the practitioner to attempt a deeper understanding of judicial notions.

It is also the case of the object of the process, an often deceiving notion on which the entire development of a judgment depends. A tendency to confuse the „object” of the process with the result pursued by exercising a legal action or with the subjective right claimed by the plaintiff has been noticed.

It is, therefore, interesting to find the connection between the notion’s different meanings in multiple European legislations and, more importantly, to understand how the EC Regulation no. 861/2007 managed to establish an uniformous provision for the notion of community „object” within the low value disputes procedure.

Literature review

As the EC Regulation no. 861/2007 regarding low value requests is a rather new provision, few authors have directed their attention on the matter up to the present. However, we have no doubt that, in time, this subject and the national legal harmonization it requires will give rise to an abundant doctrine.

The notion of „object” of the community process in the procedure established by the EC Regulation no. 861/2007 regarding low value requests

1. The object of the process in European Union Courts

In order to accurately place, within a context, the individual actions, we find it appropriate to offer some general explanations regarding the object of the European community process.

First of all, when we refer to the *object* of the European community process, we have in mind the actual matter, submitted to the judgment of Luxembourg courts, with the exception of the nature of judicial powers, exercised from time to time, and the classification of the parties' actions, related to the objective of their judicial request.

¹ Lecturer, Ph.D., Faculty of Law, “Nicolae Titulescu” University (e-mail: gabriellaraducan@yahoo.com).

The development of European integration emphasizes more and more the judicial intervention in the matter of fundamental rights. Nevertheless, seeing the predominance of the community matter *stricto sensu*, the process in the European Union (regarding both direct actions and preliminary procedures) mainly deals with matters related to the functioning aspects of the complex economical settlement ensemble, established by the treaties.

An issue raised by a national court regarding the interpretation of a regulation, the annulment request of a decision, the examination of a possible crime of a member state that places an administrative provision in conflict with European law: all of these – and the examples could be more- suppose a contentious developing around the great pillars of economic integration followed by treaties².

In other words, the object of judges' attention is the economical (public) law or a profile of legal control applied in economical administration, excepting: the disputes forwarded by the institutions' employees (regarding the traditional matters of labor law and public function), disputes founded on arbitral clauses, usually related to the civil contractual law and, in a more limited measure, disputes regarding the contentious in intellectual property matters. We must, however, notice that even damage requests as a result of institutions' extracontractual responsibility often involve, whenever a possible fault is identified, a specific evaluation of the economical mechanisms of the common market.

We may conclude that the progressive extension process of the European law field, as well as the multiple connections with national judicial systems, including the private law area, show a different tendency from the classical one, and preliminary procedures may represent a favored field for the development of a jurisprudence that involves, solves and standardizes considerably different questions, as the minimal standards imposed by treaties and regulations being insufficient for a unitary interpretation.

2. The object of the process in the system established by the EC Regulation no. 861 of July 11th 2007

The EC Regulation no. 861 of July 11th 2007 established for the first time a European procedure of solving transborder disputes regarding low value requests in civil and commercial matters³, in alternation with similar procedures regulated by the national legislator of each member state.

The need for an intervention from the community legislator in the matter appeared following a disproportion between the efficiency degrees of different national judicial instruments in the matter, a disproportion susceptible to lead to a distortion of the „competition in the internal market”⁴.

The EC Regulation no. 861/2007 came into force January 1st 2009 for what concerns disputes fulfilling the three conditions mentioned below:

A) they are „civil and commercial” disputes, according to the notion settled by the interpretative activity of the Court of Justice regarding the Bruxelles Convention and the EC Regulation no. 44/2001, with the mention that, according to art. 2 alin. (2). EC Regulation no. 861/2007, the following disputes are excluded from the field of this European procedure:

² P.Biavati, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, terza edizione, Giuffrè Editore, Milano 2005, p.50

³ The Regulation is compulsory for all European Union states, except for Denmark. It is a „second category” community instrument that does not aim to harmonize different national procedure systems (as the EC Regulation no. 44/2001 does), but to create a common procedure, identical for all member states.

⁴ Thus states paragraph no.7 regarding the specification of what is comprised in the report at the regulation proposal of the European Parliament and of the Council establishing a procedure for low value requests.

- 1) the state or judicial capacity of natural persons;
- 2) the patrimonial regime of spouses, wills and successions, support obligations;
- 3) bankruptcy, procedures regarding the liquidation of companies or other insolvent legal entities, judicial agreements, concordates and related procedures;
- 4) social insurances;
- 5) arbitration;
- 6) labor law;
- 7) lease of premises (including renting), except for disputes in this matter, but exclusively referring to ascertaining and compelling to the payment of amounts of money for which there is a title;
- 8) compensation for damages resulted from the violation of private life and of personality rights, including slander.

Fiscal, custom and administrative matters are excluded from the field of the EC Regulation no. 861/2007, as well as the state's responsibility for acts and omissions in the exercise of public powers.

B) the value of the dispute's object must not exceed the amount of 2000 EURO (without interest, taxes or expenses) at the moment when the court/judicial body receives the request. We find it normal for this boundary regarding the value of the object of the dispute to be considered too small by the Governments of some member states, especially from the perspective of the judicial expenses necessary to start the process, expenses that can easily be compared to the limits imposed by the procedure. Seeing these arguments, the 2000 EURO limit (without interest, taxes and expenses) is liable to be increased if a better functioning of the EC Regulation no. 861/2007 is proved⁵.

C) they are „**transborder**” **disputes**, meaning disputes in which at least one of the two parties- the plaintiff or the defendant (or one of the defendants) – has an establishment or residence in a member state, other than the one in which the judicial body is placed (art. 3 EC regulation no.861/2007)

Thereby, the objective of this regulation is to place at the disposal of member states an easier and faster procedure of solving disputes regarding low value requests.

*

The procedure set up by the EC Regulation no. 861/2007 starts with an introductory request that establishes the object of the European procedure equally for the entire common space, regardless of the member state in which the judgement began. The lack of uniformity of opinion in the matter is, thus, surpassed.

Regarding this lack of uniformity, we remind that, while in Italy and in French pattern judicial systems, the object of the procedure is represented by the plaintiff's subjective right, in Germany it identifies with a procedural value that does not coincide with the subjective right⁶, and in common law countries a different value is shown, but also of a procedural nature- *cause of action*.

Within our law, the judgement report is composed of three essentially judicial elements: the object, the cause and the subjects of judgement. The object of the dispute is what the plaintiff demands from the court: the claim submitted to justice (which incorporates a subjective civil right recognized by the law), while the cause of the dispute indicates the judicial grounds of the claim.

⁵ This may be inferred from art. 28 of the EC Regulation no. 861/2007, according to which until the 1st of January 2014, the Commission has to submit to the European Parliament, to the Council and to the European Social and Economic Committee a detailed report reexamining the application of the European procedure for low value requests „in the matter of the value of the dispute's boundary, according to article 2, paragraph 1”.

⁶ F.Stein –M.Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21 Auflage, Tübingen, 1998, sub § 322, p.217

According to art. 109 of the Civil procedure code, anyone who claims a right against another must submit a demand to the competent court, comprising, among others, the object but also the factual and legal grounds (as provided in art. 112 of the Civil procedure code). Also, art. 129, final paragraph of the Civil procedure code specifies that the judges will only decide on „the object of the demand submitted to justice”.

The notion of „object” of the dispute may be confused with the result pursued by exercising the action (for example: sentencing the defendant to an amount of money, dissolution of the contract, repairing the damage etc.)⁷. But, as it was underlined in specialized literature, in this perspective, the object remains doubtful and deceiving⁸.

The term „demand”⁹, although more rarely used by the Civil procedure code's legislator, seems a preferable solution to solve a possible confusion between the „judicial request” (the procedure act by the means of which the plaintiff starts the civil process) and its' „content” (on which the court states in the judgement).

Equally, we can not confuse the object of the demand and the object of the dispute, the latter being susceptible of a wider meaning in certain circumstances (for example: according to art. 132 of the Civil procedure code, the plaintiff may complete, modify, change, specify the object of his demand; the defendant may approach an offensive role, submitting his own reconventional request against the initial plaintiff, according to art. 119-120 of the Civil procedure code; a third person may intervene in the process between the plaintiff and the defendant, according to art. 49 and following of the Civil procedure code; the cause can be connected to another, according to art. 164 and following of the Civil procedure code, in which, although there is a close connection between the object and the cause, it doesn't mean they are identical).

So, in our law, by „object of the dispute” we will understand the totality of claims issued by the parties in the process, to which the court will answer by its' judgement.

On the other hand, within the EC Regulation no. 861/2007, it must be established what was pursued by the community notion of „ object of the request”, considering that its' meaning must represent a valid equivalent of the judicial request presented according to each member state's national legislation.

An issue is thus raised to establish if the object of the judicial request might be restrained to the subjective right claimed by the plaintiff, as it is usually stated in certain legal systems, or we must consider not only the subjective right, but also the action in its' actual meaning, that consists not only in claiming the existence of an established subjective situation, but also in the submission to justice of the evaluation of the existence of the action's procedural admissibility conditions (procedural premise).

Still, when drafting the objective boundaries of the judged matter, as well as those of the notion of identity of requests for operativity purposes, this reconstruction aligns with the predominant one, only taking into account the subjective right submitted to justice. In our judicial system, the object of the process can only be composed of a different value from the subjective right, as it is confirmed by the multiple legal provisions in the matter.

For what concerns indentifying the subjective right submitted to justice, the predominant doctrine divides absolute rights and relative rights, making sure to notice, regarding the first, that:

1) the absolute right „divides” when submitted to justice. Thus, the subjective circumstances, although, from a structural point of view, they have an absolute nature, they are not sustained in justice in their ensemble, but in a more reduced measure. For example, what is inferred by exercising a vindicative action is only a side, a particular aspect of the property: the property

⁷ I.Deleanu, *Civil procedure*, vol.I, ALL-Beck Publishing, 2005, p.507

⁸ H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, Sirey, Paris, 1961., t. III, no. 64, p. 58 – 60., also quoted by I.Deleanu, *above quoted work*, p.507

⁹ See, for example art. 119, paragraph (1) of the Romanian Civil procedure code.

directed towards a specific person who, at that time, does not recognize it and infringes it. As a consequence, this judicial observation only interests the absolute right that was exercised with the action, and the judgement to be issued will declare as existent or inexistent the bilateral connection between the disputing parties, in which the absolute judicial hypothesis had been „decomposed”.

2) *causa petendi* does not represent one of its' identification elements, such an element only being pointed out by:

a) the *petitum*, by which we mean establishing its' content and, consequently, identifying its' judicial type (for example: property, usufruct etc.);

b) the *res* connected to the right;

c) the subjects between whom it exists.

In exchange, when a relative right, limited to the hypothesis involving gender obligations, is submitted to justice, *causa petendi* becomes a determination element, an identification one. In such a circumstance, *causa petendi* will have to be understood as a constitutive case, not as a natural event from which the right stems, such an event being unable to fulfil the role of distinctive criteria of the claimed *jus*.

The other identification elements of gender obligations are: the *petitum* (pointing to the due contribution's content) and the *parties* (subjects) between whom the obligation connection submitted to justice exists.

Nevertheless, we should notice that identifying the personal right claimed by the plaintiff with the object of the European procedure of the EC Regulation no. 861/2007 is not a viable solution, due precisely to gender obligations. This is because what the European legislator demands from the plaintiff is not the judicial fact that generated his claim, but the simple statement of the factual situation that led to it.

We thus inquire whether or not a judicial entity exists- one that is different from the subjective right claimed by the plaintiff-, an entity that could represent an object of the EC Regulation no. 861/2007 and that could simultaneously be compatible with every national procedural system of the member states.

While identifying such an entity, we may resort to community jurisprudence, where we find the dominant opinion according to which the judged matter authority of foreign judgements circulating in the European area has procedural effects in the member states' law. If the judgement is a procedural effect, applying the equation according to which the *object*- as an element of the judged matter authority corresponds to the object of the process and to the object of the judicial request, we might also consider that the introductory request's object has a correspondent judicial procedural entity.

The exception of the judged matter authority is qualified not only as an exception in rem (absolute and preemptory), but also as a procedural premise, the judged matter having a procedural nature, as it may create an obligation, that will be exclusively used in a subsequent process and, consequently valid for the future court and compulsory for the parties.

However, beyond the judicial relevance of the judged matter in a future process, characterized by the triple identity of elements (parties, object and cause), we have to notice how *res judicata* has a role of a creation provision of a new conduct rule, compelling the parties outside the judicial process.

In our opinion, the judged matter is a procedural act that creates a specific provision, regulating a controversial circumstance between the parties at the judgement (between those who are compelled by the subjective boundaries of *res judicata*), establishing if the claimed subjective right (the procedural demand submitted to justice) belongs to the plaintiff. It is precisely this specific provision that has, in our opinion, a procedural nature, rather than a substantial one (thus distinguishing itself from other provisions/specific rules, like the contract). This rule creates a procedural obligation for the parties who will have to comply, as they are in a legal impossibility of obtaining another provision (a different judgement).

The purely procedural judicial nature of the former disputing parties' obligation appears when one of these parties tries to issue the same demand, characterized by the triple identity of elements (parties, object, cause) with the purpose of obtaining a different (new) applicable rule for the same judicial connection. The informed judicial body will end the judgement in the new dispute, only „in procedure”, based exclusively on the peremptory and absolute character of the exception of the judged matter, which makes a new analysis of the fund useless. In other words, based on the procedural obligation to respect the *res judicata* precedent, the court in the new dispute can not pronounce a sentence in the instance, as it would have done, had there been invoked a breach of an abstract legal provision or that of a concrete substantial provision, like judicial *negotio* (the act, the contract).

This provision (comprised in the judgement's device) has the value of *lex specialis* compared to the abstract substantial law provision and, from the moment of the judged matter power on, it is meant to regulate the relationship between parties, instead of the law.

Actually, the purely procedural nature of the judged matter is explained by its' resistance towards *lex superveniens*, with a retroactive character, meaning that, the intervention of a different, substantial provision, will not affect it. More precisely, the judged matter, once it has been delivered, disconnects from the specific case in which it was issued and it is precisely this disconnection that represents the grounds of the finding and explains its' resistance in front of the retroactive *lex superveniens*.

Seeing these arguments, we may infer that each judged matter typology, whether it is a recognitive, compelling or constitutive one, produces new concrete provisions (rules) of procedural nature.

The thesis of the procedural nature of the judged matter allows us to state that the power of the judged matter issued at the end of the procedure according to the EC Regulation no. 861/2007 is a procedural act. This act is destined to produce its' effects in both the procedural field, where the exception raised in a dispute having the same object, parties and cause appears as a negative procedural premise, and the substantial right's field, where it creates a concrete provision, generating procedural obligations that establish the conduct to be pursued by the parties, destined to prevail upon the abstract legal provision (substantial, of material law).

Actually, these are the procedural effects of judgements that circulate inside the European judicial space, through provisions regarding the recognition, stated in art-. 20 of the EC Regulation no. 861/2007.

For what concerns the European procedure for disputes regarding low value requests, the effects (described above) would take place at the end of a process that seems to point not towards the subjective right claimed by the plaintiff, but towards the procedural effect he demands.

In such circumstances, it should be verified in what measure such a value is compatible with our judicial system, seeing that there are a couple of provisions that would impose placing the subjective right in the category of the object of the process (only taking, however, into account the partial superposition, as the relationship between the claimed subjective right and the object of the process is a species-gender one).

In light of what was above presented, within the content of the object of the process we will also find the procedural value taken into account by the EC Regulation no. 861/2007, stemming from the request of a procedure judicial effect, to solve the „crisis” of substantial law – generating the dispute.

What is actually suggested is not a break between the substantial law reality and the dispute itself, as this is a connection consisting of the idea that, on one hand, breaching a subjective right is the premise for the judicial request and, on the other hand, the procedural effect requested from the court will only be granted if there is a provision regarding a judicial subjective circumstance able to justify, in the case of its' unlawful breach, a similar consequence (the so-called

„concludence”).¹⁰

The pursued objective only consists in diverging the subjective right from the object of the judgement, giving, in exchange, to the notion of „object”, a procedural value that, in addition to solving the issues above mentioned, seems to better adapt to the *lex fori* particularity of most of the member states (this is obvious if we think of the procedural law reality in the German and English system).

Although – from our internal law procedure's perspective- it seems hard to understand, the object of the European procedure for low value credits would be represented precisely by the procedural effect requested from the court in order to protect/ state a creditor's (breached) subjective right and, mainly, the compelling device for the payment of an amount of money or the deliverance of a quantity of merchandise owed by the defendant.

Considering this communitarian judicial interpretation, the *petitum* requested to the judicial authority appears to have a procedural nature, as it is a procedural effect that will represent the rule of the actual case between the parties, in the future. Therefore, it is inadequately called „procedural petitum” because, in reality, the object of such a dispute seems to confuse itself with his purpose.

On the other hand, the substantial law applied to the grounds of the dispute does not turn into an identification element of the object of the dispute and of the subsequent judgement. In community law, what matters in order to have an identity between judicial requests is to have the same procedural effect requested, between the same parties; the fact that in one state the request is admissible on the grounds of a certain law/substantial provision and in another state, on the grounds of another law/substantial provision is unimportant.

So, if according to community law, the material law provision applicable to the fund of the dispute will never be an identification element of the object of the dispute, the plaintiff must never indicate, in his initial request, under the annulment sanction, the legal grounds of his request, even when gender obligations are involved, which leads to the applicability of art. 12 paragraph (1) of the EC Regulation no. 861/2007.

More precisely, the identification elements of the procedural effect pursued by the EC Regulation no. 861/2007 procedure become:

- I) the parties among which the procedural effect exists;
- II) the procedural effect requested to the court (*petitum*) which is either the type of decision demanded (either way, an action in accomplishing the right), or the actual content of the object of the process: for example, compelling the defendant to pay an amount of 1500 Euro or to deliver the product „X” at an estimated value of 1500 Euro;
- III) .1) when exercising an action is the consequence of not fulfilling a delivery obligation of a determined good, indicating the good (*res*) will be necessary.

According to article 12, paragraph 1 of the EC Regulation no. 861/2007, it is not the plaintiff who has to indicate the „title” that justifies the demanded procedural effect, as it is identified by the court, based on the facts shown by the party. Thus are avoided any problems that may result from the plaintiffs’ errors in the judicial specifications and it is probably for this reason that the community legislator preferred this solution for the controversies regarding low value requests.

On the other hand, we have to specify that the provisions in art. 12, paragraph (1) of the EC Regulation no. 861/2007 are not contradicted by the actual situation in which paragraph 4 of the A form demands the plaintiff to indicate on which provision of the EC Regulation no. 44/2001 does the judicial body's competence rely on. We also notice that this circumstance – when judicial competence is founded on one of the special criteria indicated at article 5 of the EC Regulation no. 44/2001- demands from the plaintiff a judicial placement of his request, for example, as a contractual or aquilian responsibility (paragraphs 4.4. and 4.5.), considering the different court identification rules. Therefore, it is also necessary to have an analysis of the connection between

¹⁰ E.D’Alessandro, *above quoted*, p.58

the EC Regulation no. 861/2007 provisions and those of the EC Regulation no. 44/2001.

However, it is obvious that the specifications mentioned in article 5 of the EC Regulation no. 44/2001 have an autonomous comunitary character, so there is a possibility that they do not coincide with the internal substantial law of each member state.

On the other hand, most often, the specification is only relevant for procedural purposes, not for the fund of the dispute in the corresponding judicial procedure. This is, for example, the case of a dispute aiming to compel to the payment of an amount of money for the damages issued from contractual responsibility, due to the fact that this institution is quite differently viewed in each member state. The boundary between contractual and extra-contractual responsibility has significantly different judicial regimes and grounds, which makes it, practically, impossible to standardize.

Due to such reasons, community judges chose a community specification. According to the EU Court of Justice, in order to identify the provision on which jurisdiction relies, *culpa in contrahendo* (at least in the hypothesis of a dispute regarding unjustified retrieval from treaties) is associated with the *genus* from the aquilian responsibility when a voluntary takeover of the obligation by one of the contracting parties does not exist.

Whenever this criteria is not fulfilled, the court to which the demand was made will reject it, according to the *lack of judicial competence* procedure, unless another title is found, allowing another jurisdiction assignment. On the contrary, when the criteria is fulfilled, the applicable law for the fund of the dispute will not prevent the court from placing the request among the contractual responsibility hypothesis. Moreover, the EU Court of Justice stated, in the case C34/82, Petres, File 1983, 987, paragraph 17, that: „, the respect for the Convention's purposes and spirit implies an interpretation of article 5 of the EC Regulation no. 44/2001 allowing the court to state on its' own competence without having to proceed to an examination of the fund of the dispute”.

However, there is still to be established what happens when, except for the above analyzed disputes regarding pre-contractual responsibility, the plaintiff qualifies his own demand as a contractual one, based on this criteria, submitting his request to the court of the place where the obligation should have been executed, but the court, in consideration of the rule *iura novit curia*, considers that it is an extra-contractual demand, seeing that article 5, paragraph 1 of the EC Regulation only applies in the case of a voluntary acceptance of an obligation by one of the parties.

In our opinion, when the court notices the lack of a voluntary recognition of the obligation, it is recommended for it to reject the request, because the demanded procedural effect can not be the consequence of the breach of a contractual obligation and, at the same time, it is recommended to declare its' lack of judicial competence to examine the request's admissibility in view of a possible extra-contractual responsibility; the evaluation has to be made by the judicial body identified according to art. 5, paragraph 3 of the EC Regulation no. 44/2001. This court ill have the possibility to freely evaluate the existence of an aquilian illicit, considering that the previous judgement only compels it for what concerns the contractual nature of the demanded procedure effect. This solution will not have the power of the judged matter, the rejection being grounded on a community procedure exception, not involving the fund.

Also, it may be said that such a result is a consequence of the fact that the court initially seized does not have the power to examine the demand's admissibility regarding every „substantial” possible judicial specification, only some of these being allowed. The provision regarding judicial competence only exceptionally limits the judge's power to specify the cause, but it can not lead to a restraint of the object, considering that the judicial specification of the demanded procedural effect is not an identification element of *res in iudicium deducta*.

Among the consequences of the rejection of the thesis that restrains the object of the process due to provisions regarding judicial competence, the most important one is that of the

litispendance, a procedural incident refraining the demand of the procedural effect in front of the court at article 5, paragraph 1 and 3 of the EC Regulation no. 44/2001. It can also be stated that if the plaintiff had wished for the court to assess his demand, without any limitation regarding its' judicial specification powers, he should have started the process in front of the general court according to art. 2 of the EC Regulation no. 44/2001.

III.2.) However, when exercising an action is the consequence of not fulfilling a gender obligation, in order to determine it, it will be necessary to point out *causa petendi*, which refers not to the legal grounds of the gender obligation, but to the totality of natural circumstances from which it stems and that, for this reason, support the demanded judicial effect.

So, considering that in the initial demand, it is not necessary to point out the cause (legal grounds) or the type of contract between the parties, the absence of these elements will not lead to the annulment of the demand.

Such a demand, drafted according to the provisions of article 12, paragraph (1) of the EC Regulation no. 861/2007, will be a valid equivalent of the judicial request from the internal procedure law. The demand, viewed in the light of *lex fori*, can not be considered as lacking to point out the constitutive judicial case of the unfulfilled gender obligation.

If a wrongly initiated demand has to follow its' course according to internal procedure law, as stated by article 4, paragraph (3) of the EC Regulation no. 861/2007, seeing that the field of the community regulation is exceeded and so is the community notion of „object of the process”, the introductory request will have to be able to identify what the object of the process is according to *lex fori*, meaning the plaintiff's claimed right.

The expression „display of facts” seems to refer to the natural fact from which the claim stems, fact whose lack creates a vice of drafting the request. So, continuing the judgement according to *lex fori* does not create any subsequent vice.

The introductory judicial demand drafted according to EC Regulation no. 861/2007 will be equivalent to an internal demand. Such a demand, that has a procedure effect for an object, interrupts and suspends – from the moment when it was submitted- the prescription term for all the substantial subjective judicial circumstances able to justify the grant of this effect. This happens because the judicial demand is susceptible to be considered an act of exercising the claimed subjective right, similarly to our national law.

Conclusions

We believe that the EC Regulation no. 861/2007 establishes an uniform provision for the notion of community „object” in the low value disputes procedure, provision that will be able to facilitate solutions for the disputes aroused in this matter and that will equally represent a challenge for member states that will have to harmonize their corresponding legislation.

References

- 1) P.Biavati, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, terza edizione, Giuffrè Editore, Milano 2005
- 2) I.Deleanu, *Civil procedure*, vol.I, ALL-Beck Publishing, 2005
- 3) H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, Sirey, Paris, 1961
- 4) F.Stein –M.Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21 Auflage, Tübingen, 1998

ECONOMIC CONCENTRATION

GABRIELA GYONGY MIHUȚ¹

Abstract

One of the basic conditions for the existence of a functioning market economy with free movement of goods, persons, services and capital represent an undistorted competitive environment. Thus, retailers are national or at Community, level should be possible to interact freely without the negative influences of the agents who are powerful or privileged circumstances, or associations of the state.

Competitive environment may be adversely affect by anticompetitive activities that represent the object or effect the agreements or concerted practices between economic agents, the abuse of dominant positions of stronger economic agents. In addition, competition may be distorting by state subsidies to businesses, which creates an advantageous position over other competitors in that market.

Concentration refers to the extent that a small number of firms or groups of firms have a critical mass of economic activity, expressed as total sales, assets or employment use. Merger, having the effect of creating or strengthening a dominant position, lead or could lead to restrictions, significant distortion of competition on the Romanian market or a part thereof is prohibite and needs to be treated and analyze properly.

Keywords: *concentration operator, competition, notification, market*

1. Introduction

If a single market as the European Union's competition law appear as a necessity, essential for strengthening the common market. Community competition law focus on:

1. Ensure against the creation or strengthening of a dominant position, gained through structural alterations to a market at a time, through excessive merger, a position that would significantly impede effective competition in the common market or a substantial part of it;
2. Monitor behavioral changes of active traders in a market in order to prevent the emergence and manifestation of all forms of anticompetitive practices;
3. Monitor state aid².

Unlike the Treaty, establishing the Economic Community of Coal and Steel Treaty establishing the European Community does not include specific provisions relating to merger. Thus arose the need for a specific legal instrument applicable only to such operations and to allow effective control of concentrations, in terms of their effect on competition in the European Union.

Therefore was adopted Council Regulation (EEC) nr.4064/1989 merger control between operators, subsequently amended by Council Regulation (EC) no. 1310/1997 for amending Council Regulation (EEC) no. 4064/1989 on the control of concentrations between undertakings.

Council Regulation (RC) did last modification of this regulation no. 139/2004, which entered into force on 01.05.2004

Along with this regulation, there are many regulations that implement the provisions of a general set of basic laws. Included are decisions of the Court of Justice of the European Union's Court of First Instance and international agreements that are explicit references to specific situations of competition.

Romanian legislation, control of concentrations was performing for the first time by Law 21/1996, mainly by taking the provisions of Regulation EEC nr.4064 of December 21, 1989 but has significant elements of French law. Law 21/1996 has undergone many changes due to the need for adoption and implementation of the *acquis communautaire* in the field of competition, a

¹ Lecturer, Ph.D. candidate, Faculty of Law, "Nicolae Titulescu" University (e-mail: gmihut@hotmail.com).

² *Legal Regime of the Competition Community Right-Octavian Manolache, Ed All Educational, 1997*

prerequisite imposed by the European Commission pre-accession period for closing negotiations on ch.6

"Competition Policy". Thus, Ordinance 121/2003, Law 184/2004 and Law 538/20043 amended Law 21/1996.

Nr.139/2004 European Council Regulation on the control of concentrations of economic power is normative act of law, directly applicable in domestic law.

If concentrations preventive and enforcement of competition law is made by the Competition Council seeking to prevent the emergence of a dominant position which affect or may significantly affect competition in the relevant market.

2. The notion of concentration

Under Article 10 of Law 21/1996, "the merger is carried out by any legal act. Regardless of its form, either shall transfer ownership or use by the entire or part of property, rights and obligations of an operator or is the purpose or effect of permitting an operator or a group of traders to exercise, directly or indirectly, influence over another undertaking or more other business. In addition, in the second paragraph provides that a merger transaction occur when:

- a) Two or more companies, previously independent, merging,
- b) one or more persons who already control at least on a trader or one or more businesses acquire, directly or indirectly, control of one or more other businesses or parts thereof on or by making equity by buying the assets by contract or by other means. "

In summary, the concept of merger is defining as the operation carried out by any legal act-seeking merger of two or more operators, independent or acquires control of two or more companies, or parts thereof⁴.

Association operations having as their object or effect the coordination of competitive behavior of participants who remain independent operators, not the concentration by acquiring control even when such transactions would be to create common economic entity.

If common economic entity is a legal person meeting lasting, all functions of autonomous economic entities to achieve coordination without competitive behavior or between operators' founders or between it and them, a concentration within the meaning of para.(2). B) EC 10.

3. Types of merger

Economic concentration, in the sense article 11(2) of Law 21/1996, is achieving through merger or acquisition of control.

3.1. Mergers

Merger as a way to "external growth" enterprises is, under Article 11 of the Act, the first of the ways to achieve a concentration.

Regulations on authorization of economic concentrations of 29 March 2004 states that the merger is combining two or more businesses in order to increase efficiency and sometimes to avoid competition⁵.

Between *absorption* and merger by "swallowing" is to embed an operator by another operator, the first of them ceased its existence as a legal entity under which assets and liabilities that are submitted its second retaining legal personality⁶.

Stakeholders are therefore acquiring company and its group, on the one hand, and the company absorbed with companies they control, on the other hand.

The analysis of the Competition Council reveals that a relatively small number of mergers

³ Consiliul Concurenței

⁴ *Competition Law-Emilia Michael Beck Ed.CH 2006*

⁵ *Competition law-Emilia Michael Beck Ed.CH 2006*

⁶ *Conditions of Competition Law in EU law - Octavian Manolache, Ed All Educational, 1997*

have been achieved in this way and that they are not characteristic of the privatization process in our country.

Merging or "consolidation" means bringing together two or more economic agents cease legal existence, into one newly created. Yet this way of merger deals a small place in the Romanian economy restructuring mechanisms.

Economic Regulation Approval Mergers added another way, atypical de facto merger. U.S. antitrust inspires the concept and EU law practice and combining two or more activities of independent traders remain separate legal personality and the absence of a statutory legal act, creates a competitive group that manifests as a single economic entity⁷.

If the merger and the merger of the de facto merger; the merging parties are businesses and groups to which they belong.

Not every merger can be regarded as a merger within the meaning of competition law. Law 21/1996 requires participants to be independent operators, which means a double conditionality on the one hand; they must have separate legal personality and, on the other hand, should have autonomy of decision. Thus, for example, merging two or more branches of the same company cannot be regarded only as an internal restructuring, lacking independence provided at least in terms of absence of legal personality.

3.2. Acquire control

In article 11 parag. (2) b) of Act 21/1996, acquiring control is a form of achieving concentrations that operators or individuals obtain, directly or indirectly, influence over one or more operators or the parts thereof, in equity, by buying assets through the establishment or strengthening of a situation of economic dependence, through contracts or other means.

Concept of acquiring control elements are: subject, object and method of obtaining control⁸.

Subject control

Control may be achieved by:

- a. a trader (sole control)
- b. a person who controls already, alone or jointly, another trader (sole control)
- c. two or more operators acting jointly or an association of undertakings (joint control)
- d. two or more individuals acting jointly and already controlling individually; at least one other operator (joint control)⁹.

Object control

Control may be exercised over all when one, more economic agents are independent entities, or part of it when is exercised over the entity's assets.

Acquisition of control is to achieving through equity by acquiring shares in the privatization process including the purchase of assets, economic dependency relations.

Under Article 11 of Law 21/1996, not a merger transaction where:

a) control is acquiring and exercised by a liquidator appointed by court or by another agent of public authority to carry out a procedure for termination of payments recovery, composition, wound, or other similar procedure forced up;

b) banks and other credit institutions, financial institutions and financial companies, investment companies, financial services or insurance and reinsurance companies, whose normal business includes securities trading and negotiations on their own account or third party participation to temporarily hold an economic capital. They have acquired for resale as long as

⁷ Competition law-Emilia Michael Beck Ed.CH 2006

⁸ Regulations on authorization of economic concentrations, no

⁹ Regulations on authorization of economic concentrations, no

they do not exercise voting rights attached to these holdings in order to determine the behavior of economic agents or that they carry only the resale of such participation provided that the resale of such participation to occur within one year following the date of acquisition. Upon request, the Competition Council may extend the period if the applicant proves that resale of acquired participation was not reasonably possible within the deadline;

c) control is acquiring by persons or businesses mentioned in Article 10. (2). b) of Law 21/1996. The condition is that the voting rights attached to the participation held to be exercised, particularly the appointment of members of the supervisory board, executive management, supervision and control of the entity holding the participation only to safeguard the full amount of the investment without determining directly or indirectly controlled behavior of the trader;

d) operators, including those belonging to economic groups, carried out restructuring and reorganization of their activities.

4) Prohibited merger

Under Art 12 of Law 21/1996¹⁰ are prohibited Merger, having the effect of creating or strengthening a dominant position, lead or could lead to restrictions, significant distortion of competition on the Romanian market or a part thereof.

To establish their compatibility with a normal competitive environment, economic concentration is assessed by the following criteria:

- The need to maintain and develop competition on the Romanian market, given the structure of all markets concerned and the actual or potential competition between operators located in Romania or abroad;

- Market share by economic agents concerned, their economic and financial power;

- Alternatives available to suppliers and users, their access to markets and supply sources and any barriers imposed by legislation or otherwise to entry;

- Trend of supply and demand for goods and services in question

- The extent to which affected the interests of beneficiaries or consumers

- contributing to the technical and economic progress.

There is however the possibility that some merger likely to lead to restriction, significant distortion of competition on the Romanian market or a part thereof, to be approved. To be approved such merger; stakeholders in the concentration must prove the following conditions are fulfilled:

1. Concentration will help increase economic efficiency, to improve production, distribution or technical progress or to increase export competitiveness;

2. Favorable effects of the merger outweigh the adverse effects of restricting competition;

3. Benefits resulting in a reasonable profit and consumers, particularly by lower real prices.

4.1. Vertical arrangements. Horizontal Agreements¹¹

Competition Act prohibits agreements between operators, decisions or concerted practices between them, agreements that have as their object or effect of restricting, preventing or distorting competition in a market. Except for agreements concerning price fixing or market sharing (cartel arrangements - the most serious anti-competitive practices), other arrangements between businesses can be exempted from the ban if they prove that the benefits of understanding prevail over negative ones, giving consumers benefits compensate for the restriction of competition.

¹⁰ Competition Law 21/1996 with amendments and additions to the Ordinance and L.184/2004 no.121/2003 concerning

¹¹ *European Commission imposed fines on firms, worth 216.91 million euros for forming a cartel in a market of a specific chemical.* - <http://www.consiliulconcurentei.ro>

According to art 5 of the Competition Act:

(1) Prohibited any express or tacit agreements between operators or associations of undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which have as their object or effect of restricting, preventing or distorting competition on the Romanian market or on a part of, in particular those aimed at:

a) Concerted fixing, directly or indirectly the sale or purchase prices, tariffs, rebates, markups and any other trading conditions;

b) Limit or control production, distribution, technical development or investment;

c) Dividing markets or supply sources according to territorial criteria, the volume of sales and purchases or other criteria;

d) Application to commercial partners of dissimilar conditions to equivalent transactions, thus causing a disadvantage in some of its competitive position;

e) the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary clauses stipulating that, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts;

f) Participation in consultation, with rigged bids in auctions or other forms of competitive tendering;

g) Elimination of other competitors in the market, limiting or preventing access to markets and free exercise of competition by other traders and agreements not to buy from or sell to some operators not without reasonable justification.

(2) May be exempt from the prohibition set out in parag. 1 agreements and decisions by associations of undertakings or concerted practices, which meet the cumulative conditions, set out in point. a)-d) and one of the conditions specified in subparagraph e) as follows:

a) effects prevail over the negative or positive enough to offset the restriction of competition caused by such agreements, decisions by associations of undertakings or concerted practice;

b) customers or consumers are provided them the resulting benefit of the parties to that agreement, the decision taken by an association of undertakings or concerted practice;

c) any restrictions on competition are essential for achieving the desired benefits, and through that understanding, decision taken by an association of undertakings or concerted practice are not restricting the parties are not required to achieve the objectives listed at let.e;

d) understanding that the decision taken by an association of undertakings or concerted practice does not give traders or associations the possibility of eliminating competition in a substantial part of the goods or services covered;

e) understand the decision taken by an association of undertakings or concerted practice that contributes or may contribute to:

1. Improving production or distribution of goods, execution of works or provision of services;

2. promoting technical or economic progress, improve product quality and service;

3. Strengthening the competitive position of SMEs in the Internal Market

4. Practice in a sustainable way to substantially lower prices for consumers.

Such arrangements may be made horizontal (cooperation among competitors - R & D agreements, specialization, purchasing, marketing, environment) or vertically (between operators at different levels of production-distribution chain - from exclusive distribution or selective buying exclusive, exclusive sales, franchise, sales conditional agreements Agent, exclusive brand).

Such arrangements do not require exemption from the Competition Council if the following conditions are met:

- Total turnover (sales) the parties to the agreement concluded last year exceeds a certain limit (currently 20 billion) and

- total market share of the economic agents involved in understanding the association of economic decision or concerted practice does not exceed 5% on any of the relevant markets

affected, if the agreements, decisions by associations of undertakings or concerted practices between economic competitors or ;

- market share of each operator involved in understanding the association of economic decision or concerted practice does not exceed 10% on any of the relevant markets affected, if the agreements, decisions by associations of undertakings or concerted practices between economic agents which competitors.

4.2. Abuse of dominant position

According to Art 6 of the Competition Law¹² is prohibited:

- The abuse of a dominant position by one or more operators, on the Romanian market or a substantial part of it, by resorting to anticompetitive acts which have as their object or may affect the business or consumer harm. Such abuse may consist in particular:

- Imposing, directly or indirectly purchase or selling prices, tariffs or other unfair contract terms and refusing to deal with certain suppliers or customers;

- Limiting production, markets or technical development to the detriment of consumers or users;

- Application to trading partners, of unequal conditions to equivalent transactions, thus causing a disadvantage in some of its competitive position;

- The conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary clauses stipulating that, by their nature or according to commercial usage have no connection with the subject of such contracts;

- Making imports without competition and negotiate technical and commercial bids usual for products and services that determine the general level of prices and tariffs in the economy;

- Charging excessive prices and engaging in predatory pricing to eliminate competitors or export sales below cost of production, bridge the gap by imposing domestic consumers inflated prices;

- Exploiting the dependency status is another operator or agent to such economic and lacks an equivalent alternative in terms of contractual relations and the severance simply because the partner refuses to submit to unjustified trading conditions.

4.3. Penalties

Implementation arrangements that have potential anti-competitive practices without being notify and after being exclude or rejected by the Competition Council and abuse of dominant position are misdemeanors and are punishable by a fine up to 10% of total turnover of the parties.¹³

¹² Introduced by Law nr.184/2004

¹³ „ European Commission imposed fines on firms, worth 216.91 million euros for forming a cartel in a market of a specific chemical.

The Commission's investigation began after information received from one of the companies participating in the cartel, asking instead that immunity under the leniency program implemented by the Commission. It was found that those companies together controlled 90% of the product market in the European Economic Area during 1984-1999 have implemented activities that targeted market and customer allocation, price fixing, exchanging information on sales volume and the establishment of a compensation mechanism between them.

Commission found the practice as a very serious infringement of competition, and the fines took into account the amount of product in the European Economic Area market, the cartel period, its share in each company and European level and the fact that some of these Business relapse in such practices. Also, applied a policy of leniency to firms that gave the first information on the cartel, giving him complete immunity and reduced penalties for companies for cooperating during the investigation, 40% and 25%”.

- <http://www.consiliulconcurentei.ro>

5. Criteria for assessing the concentrations

According to Art 13 of Law 21/1996:

(1) To establish compatibility with a normal competitive environment, economic concentration is assessed by the following criteria:

a) the need to maintain and develop competition on the Romanian market, given the structure of all markets concerned and the actual or potential competition between operators located in Romania or abroad;

b) market share by operators concerned, their economic and financial power;

c) alternatives available to suppliers and users, their access to markets and supply sources and any barriers imposed by legislation or otherwise to entry;

d) trend of supply and demand for goods and services concerned;

e) extent affected the interests of beneficiaries or consumers;

f) contribution to technical and economic progress.

(2) Mergers likely to lead to the restriction, significant distortion of competition on the Romanian market or a part thereof, may be permitting if the parties in concentration show the following conditions are fulfilling:

a) concentration is to help increase economic efficiency, to improve production, distribution or technical progress or to increase export competitiveness;

b) favorable effects of the merger outweigh the adverse effects of restricting competition;

c) benefits resulting in a reasonable profit and consumers, particularly by lower real prices.

6. Notification threshold

Entries above on Merger banned, do not apply economic concentrations when the total turnover of the traders involved does not exceed the equivalent of EUR 10,000,000 and there are at least 2 operators involved in operations to perform in Romania, each one, a turnover greater than Euro 4,000,000 equivalent.

Under the Competition Law and Regulation, to determine whether a transaction is a merger, it identified a change in control of the transaction and should consider whether it achieved turnover threshold established in art 15 of the Competition Law that provides performance all the following conditions:

- Accumulated total turnover of the parties exceeds 10 million euros and at least two parties involved in each transaction to be made a turnover in Romania for more than 4 million Euros.

- Parties in a merger are acquirer, purchaser, and each of them taking into account the turnover of groups they belong.

7. Merger notification

Procedure for approval of merger transactions is achieved through merger notification¹⁴.

Project a concentration exceeding the minimum threshold provided in art. 14, cannot be implemented immediately in practice, its application is suspended as in Community law for the purposes of action of its compatibility with optimum weighing possible competition. They must be controlled by sending a notification to the Competition Council. This duty of each of the parties involved when focus is achieved through a merger and in other cases, the person or entity acquiring control of economic agents.

Concentrările economice care se realizează prin fuziunea a doi sau mai mulți agenți economici trebuie notificate de către fiecare dintre părțile implicate. În celelalte cazuri, notificarea trebuie să fie înaintată de către persoana, agentul economic sau agenții economici care dobândesc controlul asupra unuia sau mai multor agenți economici ori asupra unor părți ale acestora.

¹⁴ Competition law-Emilia Michael Beck Ed. CH 2006

Merger to be completing by the merger of two or more operators to be notifying by each party involved. In other cases, person, trader or traders who acquire control of one or more businesses or on parts thereof must lodge notice.

8. The deadline for notification

According to point 126 of the Regulation, regarding merger notification is filed within 30 days within which commences from the date of signing the merger agreement or legal instrument under which acquires control or, in the absence of formal agreements, the date on which the parties have taken note of the achievement of the operation.

In the method, the Rules do not further detail than that, if the last day is public holiday, the deadline is extending until the end of next business day.

Notification becomes effective from the date of registration at the Competition Council unless the information in the notification is incorrect or incomplete.

In these cases, within 20 days, the Competition Council will require written notification and completing a deadline for providing the information requested. The term will be determined according to the nature of information required to overcome without 15 days of the request.

Notification becomes effective from the date they were received and registered at the Competition Council requested information if they are accurate and complete.

9. Contents of notification

The notification must contain the all documents under which the merger occurs and the information provided must be accurate and complete and include changes that occur through the operation notified. Only if these conditions are met the notification is effective and is considered fit to have effect under the law. If the Competition Council assessed that documents and information accompanying the notification does not comply with legal requirements, will request their complinirea, and after that notification becomes effective.

Under section 131 of the Regulation on the authorization of economic, when the Competition Council finds that a merger notified overriding public interest, may publish a notification received information indicating the names of the parties, the nature of concentration, economic sectors involved and the date of receipt "¹⁵. „It is considered public interest, request the Competition Council arguing for the relief extreme [...] public security, plurality of independent operators, consumer welfare and prudential rules. Burden of proof, serious damage to a major public interest responsibility of the Competition Council "¹⁶.

Discretion on whether that information belongs to the Competition Council, respecting the legitimate rights of their participants on business secrecy, will circumscribe the elements for public knowledge, the name of the parties, the nature of concentration, economic sectors involved, etc.

10. Ancillary Restrictions

Parties involved in a merger may conclude other agreements that are not part of the merger while restricts freedom of parties to act on the market. If these agreements include restrictions directly related and necessary to implement the merger and unavoidable consequence of concentration, they should be considered together with the operation that generates, under the laws applicable merger.

Otherwise, it is necessary to assess the effects of restrictive accordance with Art 5 and 6 of the Competition Act and subsequent legislation for their implementation.

Arrangements agreed by the parties to a merger must be 'necessary to implement the merger "which means that in their absence, the merger can not be implemented or may be used in unsafe

¹⁵ Regulation on authorization of economic concentration no... _?

¹⁶ Article 7 paragraph 4 of Law 21/1996

conditions at a cost substantially higher after a period appreciably longer or considerably higher difficulties.

11. Competition Council Decision

Within 30 days from the date the notification became effective, the Competition Council:

- issue a negative clearance when it concludes that the notified economic concentration falls within the law;

- Issue a non-objection decision if it finds that although the notified economic concentration falls within the law, there are serious doubts regarding the compatibility with a normal competitive environment;

- It will decide to open an investigation if it finds that the notified economic concentration falls within the law and has serious doubts on the compatibility with a normal competitive environment.

5 months later than the date on which notification of economic concentration has become effective, after hearing the parties and after evaluating the transaction, the Competition Council will issue a decision as follows:

- Decision to refuse the operation if the merger creates or strengthens a dominant position that leads or could lead to restrictions, significant distortion of competition on the Romanian market or a part thereof;

- Whether the decision allowing the merger operation not create nor strengthen a dominant position which lead or could lead to restrictions, removal or significant distortion of competition on the Romanian market or a part thereof;

- Conditional clearance decision setting out the obligations and / or conditions to be met for approval of the merger transaction in question if the operation, with these changes could be compatible with a normal competitive environment.

Until the Competition Council decision as above, is prohibited implementation of economic concentration. Traders involved can take only those measures related to concentration, which are irreversible, and permanent change market structure.

12. Authorization fee

The authorization fee is 0.1% of the concentration of total turnover of the economic agents involved in authorized merger will be calculated by summing the relevant market revenues that economic concentration occurs after deducting excise duties and export.

13. Penalties

Failure to notify a concentration exceeding the thresholds specified in Art. 15 of the Competition Act, is a contravention and is punishable by a fine of up to 1% of total turnover in the financial year preceding the decision sanctioning. The same penalty is sanctioned and providing inaccurate or incomplete information in merger notification.

Also punishable by a fine of up to 10% of total turnover achieved in the previous financial year sanctions following facts:

- Violation of Art 13 of the Competition Act ("Merger that are prohibited, with the effect of creating or strengthening a dominant position, lead or could lead to narrowing, significant distortion of competition on the Romanian market or part thereof);

- Implementation of an economic concentration to the Competition Council issued a decision authorizing or contraventions have been granted an exemption in this regard;

- Commencement of action concentration declared incompatible with the law by a decision of the Competition Council;

- Breach of obligations, or conditions, imposed by the Competition Council, decision on that transaction.

14. Not a transaction of merger situations¹⁷:

a) control is acquired and exercised by a liquidator appointed by court or by another agent of public authority to achieve a cessation of payment procedures, recovery, arrangement, liquidation judiciary, prosecution or other similar procedure enforced;

b) banks and other credit institutions, financial institutions and financial companies, investment companies, financial services or insurance and reinsurance companies, whose normal business includes securities trading and bargaining on its own account or on behalf of third parties have, as temporary equity participation from a trader that you have acquired for resale as long as they do not exercise voting rights attached to such participation, as to determine the behavior of that operator or they perform only the resale of such participation provided that the resale of such participation to occur within one year following the date of acquisition.

c) control is acquired by persons or businesses mentioned in art 10 para. (2). b provided that the voting rights attached to the participation held to be exercised especially the appointment of members of the supervisory board, executive management, supervision and control of the entity holding the participation only to safeguard the full amount of the investment without determining directly or indirectly controlled behavior of the trader;

d) Operators, including those belonging to economic groups, carried out restructuring and reorganization of their activities.

15. Particulars of notification for merger to be completed by acquiring stock control

In the case of the acquisition of control by public offer in the capital markets, acquisition of effective control is by simple acceptance (subscription) unconditional bid by a sufficient number of shareholders of the acquired company to enable acquisition of a number of actions to exercise control. Acceptance made by completing a standardized electronic transfer of shares is accomplished, automatically as stipulated by the offer, irrespective of any subsequent expression of will by the offeror.

Parts of the legal relationship of sale are the company making the offer, on the one hand, and each of the shareholders of the issuing of shares tendered, on the other hand. Parties decide - individually - to accept the offer. Consequently, legally, will be complete as many sale contracts (inter absentes) how many shareholders accept the offer to purchase.

The only document that may be notifying that a public takeover, offers to exchange a listed company is listing the takeover bid.

30-day deadline for submitting the notification of a merger completed by taking the stock begins to publish the takeover bid listing.

Sections 126 and 128 letter b of the Regulation regarding merger provide that notification of economic concentration by means of acquiring control of the Competition Council must be submitted within 30 days, the date of signature signature act under which the control is acquired .

Article 10 para.(1)of Law 21/1996 provides that a merger, is made by any legal act, whatever its form either shall transfer ownership or use by the entire or part of property, rights and obligations of a trader or has the purpose or effect of permitting an operator or a group of economic agents to exercise, directly or indirectly a influence over another undertaking or more other operators.

In the event of a takeover of the public offering of capital market, the legal document referred to above is the offer, it intended to permit the acquisition of control. This document is binding on the offerer cannot be withdrawn on the terms under applicable stock exchange regulations.

Prospectus contains detailed and precise information on price, number of shares covered by valid and the offer is binding on the bidder. Acquiring effective control is by simple acceptance

¹⁷ Art.11 din Legea nr.21/1996

(underwriting) to bid tendered by the shareholders of the company.

From the perspective of competition law, once a sufficient number of shareholders of the Company and the payment taken action to allow the company to exercise control over that accepts the offer, the transaction is completed.

In conclusion, to give effective control rule prior to completing their merger, the Competition Council must be notified public offerings after publication of the prospectus, which contains its essential conditions, namely: identity of the bidder, setting the company whose shares are targeting for takeover, the price offered shares and the offeror's intention to gain control before their acceptance.

Legislation and case law, directly applicable and implemented in national law, expressly determined that the notification period begins on the publication of the offer. Therefore, under paragraph (34) of the preamble of the European Council Regulation nr.139/2004 merger control of economic, legislative, regulatory act directly applicable in domestic law, to ensure effective control, undertakings should obligation to give prior notification of concentrations with a Community dimension following the conclusion of the agreement, announcement of public offering or acquisition of control. "

17. Single market. National market. Competition policy in key sectors in 2009¹⁸

It should be analyzed seven sectors with a high share in the overall economy, a lower degree of competition due to their specificity but with a huge significance in terms of influence they have on the economy and that may be affecting by large number consumers who see the lack of choice.

So the main problems in the *banking sector* by the Competition Council are asking about the method of determining interchange fees, the availability of credit fees for early repayment, the level of consumer mobility and choice, given the level of price transparency or awareness of the population.

The pharmaceutical sector is highly regulated through public health policies. Unjustified barriers to entry of pharmacies, pharmacy monopoly to sell drugs without a prescription, use "*permits the dealer*" and the risk of vertical agreements and the formation of cartels in the market.

Retail trade, especially of food is another sensitive area. Competition effects are directly having an impact on price levels, the supply chain and on to final consumers. Call the main problems encountered on the bargaining power of producers in relation to retailers, arrangements between large retailers and manufacturers how products and pricing *discounts* policy practiced.

Sector professions has identified a number of vulnerable areas related to the existence of barriers to entry, specific rules of business and confer monopoly rights in the provision of certain activities.

In the concessions, the challenge is that they be giving eliminating any privilege that would prevent free competition in the market. Even, if they are state-owned companies.

In *energy*¹⁹, there are two risks to free competition: the possible establishment of two

¹⁸ <http://www.consiliulconcurentei.ro/>

¹⁹ CET before the Competition Council in connection with the existing disagreements in relation to laugh the contract of purchase of the heat generated by the operators are in power regulator ANRE nr.1/16.12.2009 (the contract nr.1/2009). Reason for referral would be that, according to CET's RADET nr.1/2009 contract signed with a number of objections considered abusive and illegal netemeince, flagrant and serious violation of legal norms in force with the reality, for eliminating Society heat generation market, which is a violation of Article 5 and Article 6 of the Competition Law 21/1996, republished, RADET:

- Trying to eliminate CET market and end the agreements made with other companies - do not buy from CET, without reasonable justification;
- *The conclusion of the contract by introducing dissimilar conditions to equivalent transactions causing a disadvantage in our competitive position;*
- *divided market outlets or sources of supply as they please*
- *C ET limited production and distribution if it has invested in upgrading its plant in Bucharest is the only European standard;*
- *Fixed directly selling price of heat from 134.93 Euro / Gcal (VAT) in violation of the order ANRE5 and other commercial conditions that can not be accepted*

companies "mammoth" energy that may seriously affect competition in the market and raise issues of state aid and state contracts with producers opaque partners enjoy preferential treatment.

In *taxi sector*, which is highly regulated field, unfair competition may meet in the form of imposing administrative restrictions on the number of market operators, taxi companies restricting access to specific places (eg railway stations and airports), the introduction of maximum rates may encourage firms to agree on a price close to the maximum which is equivalent to granting a monopoly powers unreasonably.

Conclusions

Control of economic concentration is one of the main tasks of the Competition Council. The main purpose of this activity is not allowing creation of monopolies or economic entities with dominant position, which may lead to restriction, significant distortion of competition with adverse effects on consumers.

Competition Council shall act only on that economic concentration where, given the size of the economic agents involved, existence risks to normal competitive environment.

The criterion chosen for the determination of economic value is one and relates to turnover, it understandable if we think the purpose they pursue those carrying out such concentration. According to the Regulation, notification of a merger to the Competition Council must be submitting within 30-days. Under the Competition Law 21/1996 republished, failure to give notice is a contravention and entails punishment of traders who are responsible for this task. Enforcement regime has been tightening significantly in 2003 when the maximum of the fine was increasing from 1% to GBP 100 million on turnover of the offender. Where have notified merger doubts on the compatibility with a normal competitive environment, the Competition Council initiated an investigation? The inquiry provides a market analysis that could be affecting by the transaction and assesses the impact of concentration on competition in this market design.

After an investigation, the Competition Council shall have only 4 months to decide on economic concentration. Competition Law no. 21/1996 prohibits implementation of a merger transaction by the Competition Council issued a decision. The merger is typically a very complex operation involving economic resources, considerable financial and human. For a reason it is necessary to a decision by the institution, such a transaction is not completed. To prevent such occurrences, the Rules stipulate that operators involved in a merger can take to the Competition Council's decision, only those measures related to the merger are not irreversible and permanent change market structure.

References

1. Competition law-Emilia Michael Beck Ed.CH 2006
2. Legal Regime of the Competition Community Right-Octavian Manolache, Ed All Educational, 1997
3. Competition Law 21/1996
4. Law on the approval of no.121/2003 concerning nr.184/2004
5. OG no.121/2003 concerning the amending Law 21/1996 competition
6. Council Regulation (EEC) nr.4064/1989 merger control between operators
7. Council Regulation (EC) no. 1310/1997 for amending Council Regulation (EEC) no. 4064/1989 on the control of concentrations between operators
8. <http://www.consiliulconcurentei.ro/>

- we impose a price predation
 - Use of abusive dominance by exploiting the dependency status of CET's face it, the CET has no alternatives and is forced to provide heat to protect plants from frost, which would result in an estimated loss 8 million - Decision no. 11/12.03.2010

CONCENTRAREA ECONOMICĂ

GABRIELA GYONGY MIHUȚ¹

Abstract

Una din condițiile de bază pentru existența unei economii de piață funcționale alături de libertatea de mișcare a bunurilor, persoanelor, serviciilor și capitalului o reprezintă un mediu concurențial nedistorsionat. Astfel, comerțanții fie la nivel național fie la nivel comunitar trebuie să interacționeze pe cât posibil în mod liber fără influențe negative din partea agenților puternici sau aflați în situații privilegiate, asociațiilor de agenți economici sau a statului.

Mediul concurențial poate fi afectat negativ de activitățile anticoncurențiale care reprezintă obiectul sau efectul înțelegerilor sau a practicilor concertate între agenții economici, de abuzul de poziție dominantă a unor agenți economici puternici. De asemenea, concurența poate fi distorsionată prin subvențiile acordate de stat unor agenți economici ceea ce le creează o poziție avantajoasă față de ceilalți concurenți pe piața respectivă.

Concentrarea se referă la măsura în care un număr mic de firme sau grupuri de firme dețin un volum important din activitatea economică, exprimat în totalul vânzarilor, activelor sau utilizării forței de muncă. Concentrările economice care, având ca efect crearea sau consolidarea unei poziții dominante, conduc sau ar putea conduce la restrângerea, înlăturarea sau denaturarea semnificativă a concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia sunt interzise și necesită a fi tratate și analizate în mod corespunzător.

Cuvinte cheie : concentrare, agent economic, concurență, notificare, piață

1. Introducere

În cazul unei piețe unice cum este cea a Uniunii Europene, legile concurenței apar ca o necesitate, fiind esențiale pentru consolidarea pieței comune. Legislația comunitară a concurenței se concentrează pe următoarele aspecte:

1. veghează împotriva creării sau consolidării unei poziții dominante, dobândită prin modificarea structurală a unei piețe la un moment dat, prin realizarea de concentrări economice excesive, poziție care ar împiedica semnificativ concurența efectivă pe piața comună sau pe o parte substanțială a acesteia;

2. supraveghează modificările comportamentale ale agenților economici activi pe o anumită piață în scopul împiedicării apariției și manifestării oricăror forme de practici anticoncurențiale;

3. monitorizează ajutoarele de stat².

Spre deosebire de dispozițiile Tratatului privind crearea Comunității Economice a Cărbunelui și Oțelului, Tratatul de instituire a Comunității Europene nu cuprinde dispoziții specifice în materie de concentrări economice. Astfel, a apărut necesitatea existenței unui instrument legal specific care să fie singurul aplicabil unor asemenea operațiuni și care să permită controlul efectiv al concentrărilor economice, din punct de vedere al efectului lor asupra concurenței în Uniunea Europeană.

Prin urmare, a fost adoptat Regulamentul Consiliului (EEC) nr.4064/1989 privind controlul concentrărilor între agenți economici, modificat ulterior prin Regulamentul Consiliului (EC) nr. 1310/1997 de amendare a Regulamentului Consiliului (EEC) nr. 4064/1989 privind controlul concentrărilor între agenți economici.

Ultima modificare a acestui regulament s-a realizat prin Regulamentul Consiliului (EC) nr. 139/2004, intrat în vigoare la data de 01.05.2004.

¹ Lector Universitar drd.- Universitatea "Nicolae Titulescu", Facultatea de Drept

² *Regimul Juridic al Concurenței în Dreptul Comunitar*- Octavian Manolache, Ed. All Educațional, 1997

Alături de acest regulament există numeroase reglementări prin care se pun în aplicare dispozițiile cu caracter general prevăzute de legislația de bază. Acestea li se adaugă deciziile Curții de Justiție a Uniunii Europene, ale Tribunalului de Primă Instanță precum și acordurile internaționale în care se fac referiri exprese la situații specifice privind concurența.

În legislația românească, controlul operațiunilor de concentrare s-a realizat pentru prima dată prin legea nr.21/1996, prin preluarea în principal a dispozițiilor Regulamentului CEE nr.4064 din 21 decembrie 1989 dar și a unor elemente semnificative din dreptul francez. Legea nr.21/1996 a suferit numeroase modificări, datorate necesității adoptării și punerii în practică a acquisului comunitar în domeniul concurenței, condiție esențială impusă de Comisia Europeană în perioada preaderării, pentru închiderea negocierilor la cap.6 "Politica în domeniul concurenței". Astfel, legea 21/1996 a fost modificată prin OUG 121/2003, legea 184/2004 și legea 538/2004³.

Regulamentului Consiliului European nr.139/2004 privind controlul concentrărilor dintre agenți economici este act normativ cu putere de lege, direct aplicabil în dreptul intern.

În cazul concentrărilor economice caracterul preventiv și cel sancționator al dreptului concurenței se realizează prin Consiliul Concurenței care urmărește să împiedice apariția unei poziții dominante care afectează sau poate afecta semnificativ concurența pe piața relevantă.

2. Noțiunea de concentrare economică.

Conform articolului 10 din legea nr.21/1996 „, concentrarea economică se realizează prin orice act juridic, indiferent de forma acestuia care fie operează transferul proprietății sau al folosinței asupra totalității ori a unei părți a bunurilor, drepturilor și obligațiilor unui agent economic fie are ca obiect sau ca efect să permită unui agent economic ori unei grupări de agenți economici să exercite, direct sau indirect, o influență determinantă asupra unui alt agent economic sau mai multor alți agenți economici”. Iar în al doilea alineat se prevede că „, o operațiune de concentrare economică are loc atunci când:

a) doi sau mai mulți agenți economici, anterior independenți, fuzionează;

b) una sau mai multe persoane care dețin deja controlul cel puțin asupra unui agent economic ori unul sau mai mulți agenți economici dobândesc, direct sau indirect, controlul asupra unuia sau mai multor alți agenți economici ori asupra unor părți ale acestora fie prin luare de participare la capital fie prin cumpărare de elemente de activ prin contract sau prin alte mijloace”.

Rezumând, noțiunea de concentrare economică se definește ca fiind operațiunea realizată prin orice act juridic având ca obiect fuziunea a doi sau mai mulți agenți economici independenți sau dobândirea controlului asupra a doi sau mai mulți agenți economici, ori părți ale acestora⁴.

Operațiunile de asociere având ca obiect sau ca efect coordonarea comportamentului concurențial al agenților economici participanți care rămân independenți, nu constituie concentrare prin dobândirea controlului chiar atunci când asemenea operațiuni ar consta în crearea de entități economice comune.

Dacă entitatea economică comună este o persoană juridică îndeplinind statornic toate funcțiile unei entități economice autonome fără însă a realiza o coordonare a comportamentului concurențial fie între agenți economici fondatori, fie între ea și aceștia, operațiunea este o concentrare în sensul prevederilor alin.(2) lit. b) din același articol 10.

3. Tipuri de concentrări economice

Operațiunile de concentrare economică, în accepțiunea art.11 alin.(2) din legea 21/1996, se realizează prin: fuziune sau prin dobândirea controlului.

³ Consiliul Concurenței

⁴ *Dreptul Concurenței*- Emilia Mihai, Ed.C.H. Beck 2006

3.1. Fuziunea.

Fuziunea ca modalitate de “creștere externă” a întreprinderilor, este, potrivit articolului 11 din lege, prima dintre modalitățile prin care se poate realiza o operațiune de concentrare.

Regulamentul privind Autorizarea Concentrărilor Economice din 29 martie 2004 enunță că fuziunea este combinarea a doi sau mai mulți agenți economici într-unul singur cu scopul de a crește eficiența economică și uneori de a evita concurența⁵.

Absorția sau fuziunea prin “înghițire” constă în înglobarea unui agent economic de către alt agent economic, primul dintre ele încetându-și existența ca persoană juridică, în condițiile în care activul și pasivul său sunt transmise celui de-al doilea care își păstrează personalitatea juridică⁶.

Părțile implicate sunt, așadar, întreprinderea absorbantă și grupul acesteia, pe de o parte, și întreprinderea absorbită alături de întreprinderile pe care le controlează, pe de altă parte.

Analiza practicii Consiliului Concurenței ne relevă că un număr relativ mic concentrări economice s-au realizat pe această cale și că ele nu sunt caracteristice pentru procesul de privatizare din țara noastră.

Contopirea sau “consolidarea” reprezintă reunirea a doi sau mai mulți agenți economici care își încetează existența juridică, într-unul singur, nou creat. Și această modalitate de fuzionare ocupă deocamdată un loc restrâns în mecanismele de restructurare a economiei românești.

Regulamentul privind Autorizarea Fuziunilor Economice adaugă încă o modalitate, atipică, fuziunea de facto. Noțiunea este inspirată de practica dreptului antitrust american și comunitar și constă în combinarea activităților a doi sau mai mulți agenți economici independenți care își păstrează personalitatea juridică distinctă și care în absența unui act juridic legal, creează un grup care se manifestă concurențial ca o singură entitate economică⁷.

În cazul fuziunii prin contopire și al fuziunii de facto, părțile implicate sunt întreprinderile care fuzionează și grupurile din care acestea fac parte.

Nu orice fuziune poate fi calificată ca fiind o concentrare economică în sensul dreptului concurenței. Legea nr.21/1996 impune ca agenții economici participanți să fie independenți ceea ce înseamnă o dublă condiționare pe de o parte, aceștia trebuie să aibă personalități juridice distincte și, pe de altă parte, trebuie să dispună de autonomie de decizie. Astfel, de pildă, fuzionarea a două sau mai multe sucursale ale aceleiași societăți comerciale nu poate fi considerată decât ca o restructurare internă, condiția independenței lipsind cel puțin sub aspectul absenței personalității juridice.

3.2. Dobândirea controlului.

În accepțiunea art.11 alin.(2) lit. b) din legea nr.21/1996, dobândirea controlului reprezintă o formă de realizare a concentrărilor economice prin care agenții economici sau persoane fizice obțin, direct sau indirect, o influență determinantă asupra unuia sau mai multor agenți economici ori asupra unor părți ale acestora, prin participare la capital, prin cumpărare de elemente de activ, prin instituirea sau întărirea unei situații de dependență economică, prin contracte sau prin alte mijloace.

Elementele conceptului de dobândire a controlului sunt: subiectul, obiectul și modalitatea de dobândire a controlului⁸.

Subiectul controlului. Controlul poate fi dobândit de către:

- a. un agent economic (control unic);
- b. o persoană fizică ce controlează deja, singură sau în comun, un alt agent economic (control unic);

⁵*Dreptul Concurenței*- Emilia Mihai, Ed.C.H. Beck 2006

⁶*Regimul Juridic al Concurenței în Dreptul Comunitar* - Octavian Manolache, Ed. All Educațional, 1997

⁷*Dreptul Concurenței*- Emilia Mihai, Ed.C.H. Beck 2006

⁸*Regulamentul privind Autorizarea Concentrărilor Economice*, nr.....

c. doi sau mai mulţi agenţi economici acţionând în comun ori o asociaţie de agenţi economici (control în comun);

d. două sau mai multe persoane fizice acţionând în comun şi care controlează deja, fiecare în parte, cel puţin un alt agent economic (control în comun)⁹.

Obiectul controlului. Controlul poate fi total când se exercită asupra unuia sau mai multor agenţi economici care constituie entităţi independente sau parţial când se exercită asupra unor active ale agentului economic.

Dobândirea controlului se realizează prin participări la capitalul social prin achiziţionare de acţiuni sau părţi sociale inclusiv în cadrul procesului de privatizare, cumpărarea de active, relaţiile de dependenţă economică.

Conform articolului 11 din legea 21/1996, nu constituie o operaţiune de concentrare economică situaţiile în care:

a) controlul este dobândit şi exercitat de către un lichidator desemnat prin hotărâre judecătorească sau de către o altă persoană mandatată de autoritatea publică pentru îndeplinirea unei proceduri de încetare de plăţi, redresare, concordat, lichidare judiciară, urmărire silită sau altă procedură similară;

b) băncile şi alte instituţii de credit, instituţiile financiare şi societăţile financiare, societăţile de servicii de investiţii financiare sau societăţile de asigurare şi reasigurare, a căror activitate normală include tranzacţii şi negocieri de titluri pe cont propriu sau pe contul terţilor, deţin cu titlu temporar participări de capital la un agent economic pe care le-au dobândit în vederea revânzării lor cât timp ele nu exercită drepturile de vot aferente acestor participări astfel încât să determine comportamentul concurenţial al respectivului agent economic ori le exercită numai în vederea revânzării acestei participări cu condiţia ca revânzarea respectivei participări să intervină în termen de un an calculat de la data dobândirii. La cerere, Consiliul Concurenţei poate proroga termenul dacă solicitantul dovedeşte că revânzarea participării dobândite nu a fost rezonabil posibilă în termenul fixat;

c) controlul este dobândit de persoanele sau agenţii economici menţionaţi la art. 10 alin. (2) lit. b) din legea nr.21/1996 cu condiţia ca drepturile de vot aferente participării deţinute să nu fie exercitate, mai ales la numirea de membri în organele de administrare, conducere executivă, supraveghere şi control ale agentului economic la care deţin participarea, decât în scopul salvagădării valorii integrale a acestei investiţii fără a determina direct sau indirect comportamentul concurenţial al agentului economic controlat;

d) agenţii economici, inclusiv cei care fac parte din grupuri economice, realizează operaţiuni de restructurare sau reorganizare a propriilor activităţi.

4. Concentrări economice interzise

În baza art. 12 din legea nr.21/1996¹⁰ sunt interzise concentrările economice care, având ca efect crearea sau consolidarea unei poziţii dominante, conduc sau ar putea conduce la restrângerea, înlăturarea sau denaturarea semnificativă a concurenţei pe piaţa românească sau pe o parte a acesteia.

Pentru stabilirea compatibilităţii lor cu un mediu concurenţial normal, operaţiunile de concentrare economică se apreciază după următoarele criterii:

- necesitatea de a menţine şi de a dezvolta concurenţa pe piaţa românească, ţinând seama de structura tuturor pieţelor în cauză şi de concurenţa existentă sau potenţială dintre agenţii economici situaţi în România sau în străinătate;

- cota de piaţă deţinută de către agenţii economici în cauză, puterea lor economică şi financiară;

⁹Regulamentul privind Autorizarea Concentrărilor Economice, nr.

¹⁰Legea concurenţei nr.21/1996 cu modificările şi completările aduse de OG nr.121/2003 şi L.184/2004

- alternativele disponibile pentru furnizori și utilizatori, accesul lor la piețe și la surse de aprovizionare precum și orice bariere instituite prin acte normative sau de altă natură la intrarea pe piață;

- tendința cererii și a ofertei pentru bunurile și serviciile în cauză;
- măsura în care sunt afectate interesele beneficiarilor sau ale consumatorilor;
- contribuția la progresul tehnic și economic.

Există, totuși posibilitatea ca unele concentrări economice susceptibile a conduce la restrângerea, înlăturarea sau denaturarea semnificativă a concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia, să poată fi autorizate. Pentru a putea fi autorizate astfel de concentrări economice, părțile interesate în operațiunea de concentrare trebuie să dovedească îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții:

1. operațiunea de concentrare urmează a contribui la creșterea eficienței economice, la ameliorarea producției, distribuției sau progresului tehnic ori la creșterea competitivității la export;
2. efectele favorabile ale concentrării compensează efectele nefavorabile ale restrângerii concurenței;
3. de avantajele rezultate profită într-o măsură rezonabilă și consumatorii, în special prin prețuri reale mai reduse.

4.1. Înțelegeri pe verticală. Înțelegeri pe orizontală¹¹

Legea Concurenței interzice orice înțelegeri între agenți economici, decizii de asociere sau practici concertate între aceștia, înțelegeri care au ca obiect sau pot avea ca efect restrângerea, împiedicarea sau denaturarea concurenței pe o anumită piață. Cu excepția acordurilor care privesc stabilirea prețurilor sau partajarea pieței (înțelegeri de tip cartel - cele mai grave practici anticoncurențiale), alte înțelegeri între agenți economici pot fi exceptate de la interdicție dacă dovedesc că efectele pozitive ale înțelegerii prevalează asupra celor negative, oferind consumatorilor beneficii care compensează restrângerea concurenței.

Potrivit art. 5 din Legea Concurenței:

(1) Sunt interzise orice înțelegeri exprese sau tacite între agenții economici ori asociațiile de agenți economici, orice decizii luate de asociațiile de agenți economici și orice practici concertate care au ca obiect sau au ca efect restrângerea, împiedicarea ori denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia, în special cele care urmăresc:

a) fixarea concertată, în mod direct sau indirect, a prețurilor de vânzare ori de cumpărare, a tarifelor, a rabaturilor, a adaosurilor precum și a oricăror alte condiții comerciale;

b) limitarea sau controlul producției, distribuției, dezvoltării tehnologice ori investițiilor;

c) împărțirea piețelor de desfacere sau a surselor de aprovizionare pe criteriu teritorial, al volumului de vânzări și achiziții ori pe alte criterii;

d) aplicarea, în privința partenerilor comerciali a unor condiții inegale la prestații echivalente, provocând în acest fel unora dintre ei un dezavantaj în poziția concurențială;

e) condiționarea încheierii unor contracte de acceptarea de către parteneri a unor clauze stipulând prestații suplimentare care, nici prin natura lor și nici conform uzanțelor comerciale, nu au legătură cu obiectul acestor contracte;

f) participarea, în mod concertat, cu oferte trucate la licitații sau la orice alte forme de concurs de oferte;

g) eliminarea de pe piață a altor concurenți, limitarea sau împiedicarea accesului pe piață și a libertății exercitării concurenței de către alți agenți economici precum și înțelegerile de a nu cumpăra de la sau de a nu vinde către anumiți agenți economici fără o justificare rezonabilă.

¹¹ Comisia Europeană a aplicat amenzi unor firme, în valoare de 216,91 milioane

Euro pentru formarea unui cartel pe o anumită piață specifică unui produs chimic. - <http://www.consiliulconcurenței.ro>

(2) Pot fi exceptate de la interdicția stabilită la alin. 1 înțelegerile, deciziile luate de asociațiile de agenți economici sau practicile concertate care îndeplinesc cumulativ condițiile prevăzute la lit. a)-d) și una dintre condițiile prevăzute la lit. e) după cum urmează:

a) efectele pozitive prevalează asupra celor negative sau sunt suficiente pentru a compensa restrângerea concurenței provocată de respectivele înțelegeri, decizii luate de asociațiile de agenți economici sau practică concertate;

b) beneficiarilor sau consumatorilor li se asigură un avantaj corespunzător celui realizat de părțile la respectiva înțelegere, decizie luată de către o asociație de agenți economici sau practică concertată;

c) eventualele restrângeri ale concurenței sunt indispensabile pentru obținerea avantajelor scontate, iar prin respectiva înțelegere, decizie luată de către o asociație de agenți economici sau practică concertată părților nu li se impun restricții care nu sunt necesare pentru realizarea obiectivelor enumerate la lit.e;

d) respectiva înțelegere, decizie luată de o asociație de agenți economici sau practică concertată nu dă agenților economici sau asociațiilor de agenți economici posibilitatea de a elimina concurența de pe o parte substanțială a pieței produselor ori serviciilor la care se referă;

e) înțelegerea, decizia luată de o asociație de agenți economici sau practica concertată în cauză contribuie ori poate contribui la:

1. ameliorarea producției ori distribuției de produse, executării de lucrări ori prestărilor de servicii;
2. promovarea progresului tehnic sau economic, îmbunătățirea calității produselor și serviciilor;
3. întărirea pozițiilor concurențiale ale întreprinderilor mici și mijlocii pe piața internă;
4. practicarea în mod durabil a unor prețuri substanțial mai reduse pentru consumatori.

Astfel de înțelegeri pot fi încheiate pe orizontală (cooperare între concurenți – acorduri de cercetare-dezvoltare, specializare, cumpărare, comercializare, mediu) sau pe verticală (între agenți economici aflați la niveluri diferite ale lanțului producție-distribuție – distribuție exclusivă sau selectivă, cumpărare exclusivă, vânzare exclusivă, franciză, vânzare condiționată, înțelegeri de agent, exclusivitate de marcă). Înțelegerile de acest tip nu necesită exceptare din partea Consiliului Concurenței dacă nu sunt împlinite cumulativ următoarele condiții:

- cifra de afaceri cumulată (vânzări) a părților implicate în anul anterior încheierii înțelegerii depășește un anumit plafon (în prezent, 20 miliarde lei) și

- cota de piață totală a agenților economici implicați în înțelegerea, decizia asociației de agenți economici sau practica concertată nu depășește 5% pe nici una dintre piețele relevante afectate, în cazul înțelegerilor, deciziilor luate de asociațiile de agenți economici sau practicilor concertate dintre agenții economici concurenți sau ;

- cota de piață a fiecărui agent economic implicat în înțelegerea, decizia asociației de agenți economici sau practica concertată nu depășește 10% pe nici una dintre piețele relevante afectate, în cazul înțelegerilor, deciziilor luate de asociațiile de agenți economici sau practicilor concertate dintre agenții economici care nu sunt concurenți.

4.2. Abuzul de poziție dominantă

Conform art. 6 din Legea Concurenței¹² „este interzisă :

- folosirea în mod abuziv a unei poziții dominante deținute de către unul sau mai mulți agenți economici pe piața românească ori pe o parte substanțială a acesteia prin recurgerea la fapte anticoncurențiale care au ca obiect sau pot avea ca efect afectarea activității economice ori prejudicierea consumatorilor. Asemenea practici abuzive pot consta în special în:

- impunerea, în mod direct sau indirect, a prețurilor de vânzare sau de cumpărare, a tarifelor ori a altor clauze contractuale inechitabile și refuzul de a trata cu anumiți furnizori sau beneficiari;

- limitarea producției, distribuției sau dezvoltării tehnologice în dezavantajul utilizatorilor ori consumatorilor;

¹² Introdusa prin Legea nr.184/2004

- aplicarea, în privința partenerilor comerciali, a unor condiții inegale la prestații echivalente, provocând în acest fel unora dintre ei un dezavantaj în poziția concurențială ;
- condiționarea încheierii unor contracte de acceptarea de către parteneri a unor clauze stipulând prestații suplimentare care, nici prin natura lor și nici conform uzanțelor comerciale, nu au legătura cu obiectul acestor contracte;
- realizarea de importuri fără competiție de oferte și tratative tehnico-comerciale uzuale, în cazul produselor și serviciilor care determină nivelul general al prețurilor și tarifelor în economie;
- practicarea unor prețuri excesive sau practicarea unor prețuri de ruinare, în scopul înlăturării concurenților sau vânzarea la export sub costul de producție, cu acoperirea diferențelor prin impunerea unor prețuri majorate consumatorilor interni;
- exploatarea stării de dependență în care se găsește un alt agent economic față de un asemenea agent sau agenți economici și care nu dispune de o soluție alternativă în condiții echivalente precum și ruperea relațiilor contractuale pentru singurul motiv că partenerul refuză să se supună unor condiții comerciale nejustificate.”

4.3. Sancțiuni

Implementarea înțelegerilor ce prezintă potențialul unor practice anticoncurențiale fără a fi fost notificate și exceptate sau după ce au fost refuzate de către Consiliul Concurenței precum și abuzul de poziție dominantă reprezintă contravenții și sunt sancționate cu amendă până la 10% din cifra de afaceri totală a părților.¹³

5. Criterii de apreciere a concentrărilor economice

Potrivit prevederilor art. 13 din Legea nr.21/1996:

(1) Pentru stabilirea compatibilității lor cu un mediu concurențial normal, operațiunile de concentrare economică se apreciază după următoarele criterii:

a) necesitatea de a menține și de a dezvolta concurența pe piața românească, ținând seama de structura tuturor piețelor în cauză și de concurența existentă sau potențială dintre agenții economici situați în România sau în străinătate;

b) cota de piață deținută de către agenții economici în cauză, puterea lor economică și financiară;

c) alternativele disponibile pentru furnizori și utilizatori, accesul lor la piețe și la surse de aprovizionare precum și orice bariere instituite prin acte normative sau de altă natură la intrarea pe piață;

d) tendința cererii și a ofertei pentru bunurile și serviciile în cauză;

e) măsura în care sunt afectate interesele beneficiarilor sau ale consumatorilor;

f) contribuția la progresul tehnic și economic.

(2) Concentrările economice susceptibile a conduce la restrângerea, înlăturarea sau denaturarea semnificativă a concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia pot fi autorizate dacă părțile interesate în operațiunea de concentrare dovedesc îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții:

¹³ „Comisia Europeană a aplicat amenzi unor firme, în valoare de 216,91 milioane Euro pentru formarea unui cartel pe o anumită piață specifică unui produs chimic. Investigația Comisiei s-a declanșat în urma informațiilor primite de la una dintre firmele participante la cartel, aceasta solicitând în schimb imunitate în conformitate cu programul de clemență pus în practică de Comisie. S-a descoperit că firmele menționate controlau împreună 90% din piața produsului în spațiul economic european și în perioada 1984-1999 au implementat activități care vizau alocarea de piețe și clienți, fixarea prețurilor, schimbul de informații privind volumul vânzărilor, precum și stabilirea unui mecanism de compensații între ele.

Comisia a considerat aceste practici ca o încălcare foarte gravă a concurenței și, la stabilirea amenzilor, a luat în considerare valoarea pieței produsului în spațiul economic european, durata cartelului, ponderea fiecărei firme în cadrul acestuia și la nivel European precum și faptul că unele dintre aceste firme recidivau în astfel de practice. De asemenea a aplicat politica de clemență față de una dintre firme, prima care a dat informații privind cartelul, acordându-i imunitate completă și a redus sancțiunile pentru pentru firmele care au cooperat în timpul investigației, cu 40%, respectiv 25%.” - <http://www.consiliulconcurenței.ro>

- a) operațiunea de concentrare urmează a contribui la creșterea eficienței economice, la ameliorarea producției, distribuției sau progresului tehnic ori la creșterea competitivității la export;
- b) efectele favorabile ale concentrării compensează efectele nefavorabile ale restrângerii concurenței;
- c) de avantajele rezultate profită într-o măsură rezonabilă și consumatorii, în special prin prețuri reale mai reduse.

6. Pragul de notificare

Mențiunile de mai sus, referitoare la concentrările economice interzise, nu se aplică operațiunilor de concentrare economică atunci când cifra de afaceri cumulată a agenților economici implicați nu depășește echivalentul în lei a 10.000.000 euro și nu există cel puțin 2 agenți economici implicați în operațiune care să realizeze pe teritoriul României, fiecare în parte, o cifră de afaceri mai mare decât echivalentul în lei a 4.000.000 euro.

Conform dispozițiilor Legii Concurenței și ale Regulamentului, pentru a stabili dacă o tranzacție reprezintă o concentrare economică, trebuie identificată o schimbare a controlului asupra obiectului tranzacției și trebuie analizat dacă este atins pragul cifrei de afaceri stabilit la art. 15 din Legea Concurenței care prevede îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții:

- cifra de afaceri totală cumulată a părților implicate să depășească 10 mil. de Euro și - cel puțin două părți implicate în tranzacție să fi realizat fiecare o cifră de afaceri în România de peste 4 mil. de Euro.

Părți implicate într-o concentrare economică sunt achizitorul și achiziționatul pentru fiecare dintre aceștia luându-se în considerare cifra de afaceri a grupurilor din care fac parte.

7. Notificarea concentrărilor economice

Procedura de autorizare a operațiunilor de concentrare economică se realizează prin notificarea concentrărilor economice¹⁴.

Proiectul unei operațiuni de concentrare care depășește pragul minim, prevăzut la art. 14, nu poate fi transpus imediat în practică, aplicarea sa fiind suspendată la fel ca în dreptul comunitar în scopul desfășurării acțiunii de cântărire a compatibilității sale cu optimul concurenței posibil. Ele trebuie să fie supuse controlului Consiliului Concurenței prin depunerea unei notificări. Această obligație revine fiecăreia din părțile implicate când concentrarea se realizează printr-o fuziune iar în celelalte cazuri, persoanei, agentului sau agenților economice care achiziționează controlul.

Concentrările economice care se realizează prin fuziunea a doi sau mai mulți agenți economici trebuie notificate de către fiecare dintre părțile implicate. În celelalte cazuri, notificarea trebuie să fie înaintată de către persoana, agentul economic sau agenții economici care dobândesc controlul asupra unuia sau mai multor agenți economici ori asupra unor părți ale acestora.

8. Termenul de depunere a notificării.

Conform pct. 126 din Regulamentul privind Autorizarea Concentrărilor Economice, notificarea se depune în termen de 30 de zile, termen care începe să curgă de la data semnării acordului de fuziune sau a actului juridic în temeiul căruia se dobândește controlul ori, în lipsa unei convenții formale, de la data la care părțile implicate au luat cunoștință de realizarea operațiunii.

În privința modului de calcul, Regulamentul nu face altă precizare decât că, în cazul în care ultima zi este nelucrătoare, termenul se prelungește până la sfârșitul următoarei zile lucrătoare.

Notificarea devine efectivă la data la care a fost înregistrată la Consiliul Concurenței cu excepția cazurilor în care informațiile cuprinse în notificare sunt inexacte sau incomplete.

¹⁴ *Dreptul Concurenței* -Emilia Mihai, Ed.C.H. Beck 2006

În aceste cazuri, în termen de 20 de zile, Consiliul Concurenței va solicita, în scris, completarea notificării și va stabili un termen limită pentru furnizarea informațiilor solicitate. Termenul va fi stabilit în funcție de natura informațiilor solicitate fără însă a depăși 15 zile de la data solicitării.

Notificarea devine efectivă la data la care au fost primite și înregistrate la Consiliul Concurenței informațiile solicitate cu condiția ca acestea să fie exacte și complete.

9. Conținutul notificării.

Notificarea trebuie să conțină în mod obligatoriu toate documentele în baza cărora are loc concentrarea economică iar informațiile furnizate trebuie să fie exacte și complete și să cuprindă schimbările care se produc prin operațiunea notificată. Doar dacă sunt îndeplinite aceste condiții notificarea este efectivă și este considerată aptă să-și producă efectele prevăzute de lege. În cazul în care Consiliul Concurenței apreciază că documentele și informațiile care însoțesc notificarea nu respectă cerințele legale, va solicita complinirea lor, și abia după aceea notificarea devine efectivă.

Conform punctului 131 din Regulamentul privind Autorizarea Concentrărilor Economice, „atunci când Consiliul Concurenței constată că o concentrare economică notificată prezintă un interes public major, va putea publica o informare privind notificarea primită indicând numele părților, natura concentrării, sectoarele economice implicate și data primirii notificării”¹⁵. „Se consideră interes public major, motivând cererea Consiliului Concurenței pentru dispunerea de măsuri extreme [...] securitatea publică, pluralitatea de agenți economici independenți, bunăstarea consumatorilor și regulile prudențiale. Sarcina probei afectării grave a unui interes public major incumbă Consiliului Concurenței”¹⁶.

Puterea de apreciere asupra oportunității informării aparține Consiliului Concurenței care, cu respectarea dreptului legitim al participanți lor privind păstrarea secretului de afaceri, va circumscrie elementele destinate cunoașterii publice, privind: numele părților, natura concentrării, sectoarele economice implicate, e.t.c.

10. Restricții auxiliare

Părțile implicate într-o concentrare economică pot încheia și alte acorduri care nu reprezintă parte integrantă a concentrării economice și care limitează libertatea părților de a acționa pe piață. Dacă aceste acorduri cuprind restricționări direct legate și necesare pentru implementarea concentrării economice și sunt consecința inevitabilă a concentrării, acestea trebuie analizate împreună cu operațiunea care le generează, în baza prevederilor legale aplicabile concentrărilor economice. În caz contrar, este necesară o evaluare a efectelor restrictive în conformitate cu prevederile art. 5 și 6 din Legea Concurenței și legislația subsecventă pentru aplicarea acestora.

Acordurile convenite de părțile la o concentrare trebuie să fie „necesare implementării concentrării economice” ceea ce înseamnă că în absența acestora, concentrarea economică nu poate fi implementată sau poate fi aplicată în condiții nesigure cu un cost substanțial ridicat după o perioadă apreciabil mai lungă sau cu dificultăți considerabil mai mari.

11. Decizia Consiliului Concurenței.

În termen de 30 de zile de la data la care notificarea a devenit efectivă, Consiliul Concurenței:

- va emite o decizie de neintervenție când ajunge la concluzia ca operațiunea de concentrare economică notificată nu cade sub incidența legii;
- va emite o decizie de neobiecțiune când constată că deși operațiunea de concentrare economică notificată cade sub incidența legii, nu există îndoieli serioase privind compatibilitatea

¹⁵Regulamentul privind Autorizarea Concentrărilor Economice,

¹⁶Art.7 alin.4 din Legea nr.21/1996

cu un mediu concurențial normal;

- va decide deschiderea unei investigații în cazul în care constată că operațiunea de concentrare economică notificată cade sub incidența legii și prezintă îndoieli serioase privind compatibilitatea cu un mediu concurențial normal.

În termen de maximum 5 luni de la data la care notificarea unei operațiuni de concentrare economică a devenit efectivă, după audierea părților și după evaluarea operațiunii, Consiliul Concurenței va emite o decizie după cum urmează :

- decizie de refuz dacă prin operațiunea respectivă de concentrare economică se creează sau se consolidează o poziție dominantă care conduce sau ar putea conduce la restrângerea, înlăturarea sau denaturarea semnificativă a concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia;

- decizie de autorizare dacă prin operațiunea respectivă de concentrare economică nu se creează și nici nu se consolidează o poziție dominantă care conduce sau ar putea conduce la restrângerea, înlăturarea ori denaturarea semnificativă a concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia ;

- decizie de autorizare condiționată prin care se stabilesc obligațiile și/sau condițiile ce trebuie îndeplinite pentru autorizarea operațiunii de concentrare economică în cauză dacă operațiunea respectivă, cu modificările respective, ar putea fi compatibilă cu un mediu concurențial normal.

Până la emiterea de către Consiliul Concurenței a unei decizii conform celor de mai sus, este interzisă punerea în aplicare a unei operațiuni de concentrare economică. Agenții economici implicați pot lua numai acele măsuri legate de concentrare care nu sunt ireversibile și nu modifică definitiv structura pieței.

12. Taxa de autorizare

Taxa de autorizare a concentrării economice reprezintă 0,1% din cifra de afaceri cumulată a agenților economici implicați în concentrarea economică autorizată care va fi calculată prin însumarea veniturilor pe piața relevantă pe care are loc operațiunea de concentrare economică după scăderea accizelor și a exporturilor.

13. Sancțiuni

Omisivarea notificării unei concentrări economice care depășește pragurile valorice prevăzute de art. 15 din Legea Concurenței, constituie contravenție și se sancționează cu amenda de până la 1% din cifra de afaceri totală din anul financiar anterior emiterii deciziei de sancționare. Cu aceeași amendă se sancționează și furnizarea de informații inexacte sau incomplete prin notificarea concentrării economice.

De asemenea, se sancționează cu amenda de până la 10% din cifra de afaceri totală realizată în anul financiar anterior sancționării următoarele fapte:

- încălcarea prevederilor art. 13 din Legea Concurenței („Sunt interzise concentrările economice care, având ca efect crearea sau consolidarea unei poziții dominante, conduc sau ar putea conduce la restrângerea, înlăturarea sau denaturarea semnificativă a concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia”);

- punerea în practică a unei operațiuni de concentrare economică până la emiterea de către Consiliul Concurenței a unei decizii de autorizare sau cu încălcarea condițiilor în care a fost acordată o derogare în acest sens ;

- începerea unei acțiuni de concentrare economică declarată incompatibilă cu prevederile legii printr-o decizie a Consiliului Concurenței;

- neîndeplinirea unei obligații sau a unei condiții impuse printr-o decizie a Consiliului Concurenței cu privire la respectiva tranzacție.

14. Nu constituie o operațiune de concentrare economică situațiile în care¹⁷:

a) controlul este dobândit și exercitat de către un lichidator desemnat prin hotărâre judecătorească sau de către o altă persoană mandatată de autoritatea publică pentru îndeplinirea unei proceduri de încetare de plăți, redresare, concordat, lichidare judiciară, urmărire silită sau altă procedură similară;

b) băncile și alte instituții de credit, instituțiile financiare și societățile financiare, societățile de servicii de investiții financiare sau societățile de asigurare și reasigurare, a căror activitate normală include tranzacții și negocieri de titluri pe cont propriu sau pe contul terților, dețin, cu titlu temporar, participări de capital la un agent economic pe care le-au dobândit în vederea revânzării lor cât timp ele nu exercită drepturile de vot aferente acestor participări astfel încât să determine comportamentul concurențial al respectivului agent economic ori le exercită numai în vederea revânzării acestei participări cu condiția ca revânzarea respectivei participări să intervină în termen de un an calculat de la data dobândirii. La cerere, Consiliul Concurenței poate proroga termenul dacă solicitantul dovedește că revânzarea participării dobândite nu a fost rezonabil posibilă în termenul fixat ;

c) controlul este dobândit de persoanele sau agenții economici menționați la art. 10 alin. (2) lit. b cu condiția ca drepturile de vot aferente participării deținute să nu fie exercitate, mai ales la numirea de membri în organele de administrare, conducere executivă, supraveghere și control ale agentului economic la care dețin participarea, decât în scopul salvagărdării valorii integrale a acestei investiții fără a determina direct sau indirect comportamentul concurențial al agentului economic controlat ;

d) agenții economici, inclusiv cei care fac parte din grupuri economice, realizează operațiuni de restructurare sau reorganizare a propriilor activități.

15. Particularități ale notificării în cazul concentrărilor economice care se realizează prin dobândirea controlului la bursă

În cazul particular al preluării controlului prin oferta publică de cumpărare pe piața de capital, dobândirea efectivă a controlului se face prin simplă acceptare (subscriere) necondiționată a ofertei de cumpărare de către un număr suficient de acționari ai societății comerciale achiziționate pentru a permite dobândirea unui număr de acțiuni care să permită exercitarea controlului, acceptare efectuată prin completarea unui formular electronic standard, transferul de acțiuni realizându-se în mod automat în condițiile stabilite prin prospectul de ofertă, independent de vreo manifestare de voință ulterioară din partea ofertantului.

Părțile raportului juridic de vânzare-cumpărare sunt societatea ofertantă, pe de-o parte, și fiecare dintre acționarii societății emitente a acțiunilor oferite, pe de altă parte. Părțile decid – individual – să accepte oferta. În consecință, din punct de vedere juridic, se vor încheia tot atâtea contracte de vânzare-cumpărare (inter absentes) câți acționari acceptă oferta de cumpărare.

Unicul document pe baza căruia poate fi notificată o ofertă publică de preluare la bursă a unei societăți comerciale listate este prospectul de ofertă publică de cumpărare.

Termenul de 30 de zile în care trebuie depusă notificarea unei concentrări economice realizate prin preluarea la bursă curge de la publicarea prospectului de ofertă publică de cumpărare.

Punctele 126 și 128 lit b din Regulamentul privind autorizarea concentrărilor economice prevăd că notificarea unei operațiuni de concentrare economică prin modalitatea dobândirii controlului trebuie să fie înaintată Consiliului Concurenței în termen de 30 zile de la „ data semnării semnării actului în baza căruia se realizează dobândirea controlului”.

Art 10 alin.(1) din Legea nr.21/1996 prevede că o concentrare economică „ se realizează prin orice act juridic, indiferent de formă acestuia care fie operează transferul proprietății sau al folosinței asupra totalității ori a unei părți a bunurilor, drepturilor și obligațiilor unui agent

¹⁷ Art.11 din Legea nr.21/1996

economic fie are ca obiect sau ca efect să permită unui agent economic ori unei grupări de agenți economici să exercite, direct sau indirect, o influență determinantă asupra unui alt agent economic sau mai multor alți agenți economici”.

În situația unei preluări a controlului prin oferta publică pe piața de capital, actul juridic la care se face referire mai sus este prospectul de ofertă, acesta având ca obiect să permită dobândirea controlului. Acest document este obligatoriu pentru ofertant, neputând fi retras pe duratele prevăzute de reglementările bursiere aplicabile. Prospectul de ofertă conține informații detaliate și precise cu privire la preț, număr de acțiuni la care se referă și perioada de valabilitate în care oferta este obligatorie pentru ofertant. Dobândirea efectivă a controlului se face prin simplă acceptare (subscriere) a ofertei de cumpărare de către acționarii societății comerciale oferite.

Din perspectiva legislației concurenței, din momentul acceptării ofertei de către un număr suficient de acționari ai societăților comerciale preluate și al plății acțiunilor ce permite exercitarea controlului asupra societății comerciale respective, operațiunea de concentrare este finalizată.

În concluzie, pentru a se da eficiență regulii controlului concentrărilor economice anterior finalizării lor, ofertele publice trebuie notificate Consiliului Concurenței după publicarea prospectului ce conține condițiile esențiale ale acesteia și anume: identitatea ofertantului, stabilirea societății ale cărei acțiuni sunt vizate pentru preluare, prețul oferit pentru acțiuni și intenția ofertantului de a dobândi controlul, anterior acceptării lor.

Legislația și jurisprudența comunitară, direct aplicabile și transpuse în dreptul intern, stabilesc expres faptul că termenul de notificare curge de la publicarea prospectului de ofertă. Prin urmare, conform paragrafului (34) din preambulul Regulamentului Consiliului European nr.139/2004 privind Controlul Concentrărilor dintre agenți economici, act normativ cu putere de lege, direct aplicabil în dreptul intern „pentru asigurarea unui control efectiv, întreprinderile ar trebui să aibă obligația de a notifica în prealabil concentrările cu dimensiune comunitară imediat după încheierea acordului, anunțarea ofertei publice sau achiziționarea pachetului de control”.

17. Piața unică, Piața națională . Politica de concurență în sectoare cheie în anul 2009¹⁸

Se impun a fi analizate șapte sectoare având o pondere mare în ansamblul economiei, un grad mai redus de concurență datorită specificului lor dar cu o extrem de mare importanță sub aspectul influenței pe care o au în economie și prin faptul că pot fi afectați un număr mare de consumatori care se văd astfel lipsiți de posibilitatea de a alege.

Așadar, în *sectorul bancar* principalele probleme sesizate de Consiliul Concurenței sunt cele legate de modalitatea de stabilire a comisioanelor interbancare, de existența comisioanelor de rambursare anticipată a creditelor, de nivelul mobilității consumatorilor și a posibilității de alegere, determinat de nivelul de transparentă al prețurilor sau de gradul de informare al populației.

Sectorul farmaceutic este puternic reglementat prin politicile publice de sănătate. Există bariere nejustificate la intrarea pe piață a farmaciilor, monopolul farmaciilor de a comercializa medicamente fără prescripție medicală, utilizarea „*autorizațiilor de dealer*” precum și riscul unor înțelegeri verticale și de formare a cartelurilor pe piață.

Comerțul cu amănuntul, în special cel de produse alimentare este un alt domeniu sensibil. Efectele concurenței se răsfrâng în mod direct asupra nivelului prețurilor, asupra filierei de aprovizionare și asupra consumatorilor finali.

Principalele probleme întâlnite sunt cele referitoare la puterea de negociere în relația producători-comercianți cu amănuntul, înțelegerile dintre marii comercianți cu amănuntul și producători, modul de stabilire a prețurilor produselor și politica de *discount*-uri practică.

În *sectorul profesiilor liberale* s-au identificat o serie de zone vulnerabile legate de existența unor bariere la intrarea pe piață, de reguli specifice de desfășurare a activității precum și de conferirea unor drepturi de monopol în prestarea anumitor activități.

¹⁸ <http://www.consiliulconcurenței.ro/>

În *sectorul concesiunilor*, provocarea este ca acestea să se acorde eliminându-se orice privilegiu ce ar împiedica o concurență liberă pe piață. Chiar dacă acestea sunt companiile de stat.

În *energie*¹⁹, există două riscuri pentru libera concurență: posibila înființare a două companii „mamut” de energie ce riscă să afecteze serios concurența pe piață și să ridice probleme legate de ajutorul de stat precum și contractele opace ale producătorilor de stat cu parteneri care se bucură de tratament preferențial.

În domeniul *taximetriei*, domeniul care este puternic reglementat, concurența neloială se poate întâlni sub formă impunerii de restricții administrative referitoare la numărul de operatori pe piață, restricționarea accesului firmelor de taximetrie în locuri speciale (de pildă gări și aeroporturi), introducerea de tarife maxime care pot încuraja firmele să se înțeleagă asupra unui preț apropiat de cel maximal ceea ce echivalează cu acordarea unei puteri de monopol nejustificat.

Concluzii

Controlul operațiunilor de concentrare economică reprezintă una dintre atribuțiile principale ale Consiliului Concurenței. Scopul principal al acestei activități este acela de a nu permite crearea de monopoli sau de agenți economici cu poziție dominantă pe piață care pot conduce la restrângerea, înlăturarea sau denaturarea semnificativă a concurenței cu efecte nefavorabile asupra consumatorilor.

Consiliul Concurenței se pronunță doar cu privire la acele operațiuni de concentrare economică în cazul carora, dată fiind mărimea agenților economici implicați, există riscul afectării mediului concurențial normal.

Criteriul ales pentru determinarea mărimii agenților economici este unul valoric și se referă la cifra de afaceri, lucru de altfel de înțeles dacă ne gândim la scopul pe care îl urmăresc cei care realizează asemenea concentrări. Potrivit Regulamentului, notificarea unei concentrări economice trebuie înaintată Consiliului Concurenței în termen de 30 de zile. În conformitate cu Legea Concurenței nr.21/1996 republicată, omisiunea notificării constituie contravenție și atrage după sine sancționarea agenților economici care au obligația acestei sarcini. Regimul sancționator a fost înăsprit considerabil în anul 2003 când plafonul maxim al amenziilor a fost majorat de la 100 milioane ROL la 1% din cifra de afaceri a contravenientului. În situația în care concentrarea economică notificată prezintă îndoieli serioase privind compatibilitatea cu un mediu concurențial normal, Consiliul Concurenței declanșează o investigație. În cadrul investigației, se realizează o analiză aprofundată a pieței ce ar putea fi afectată de operațiunea în cauză și, de asemenea, se

¹⁹ CET a sesizat Consiliul Concurenței în legătură cu neînțelegerile existente în relația cu RADET, privind încheierea Contractului de vânzare-cumpărare a energiei termice produse de operatorii economici aflați în competența de reglementare a A.N.R.E. nr.1/16.12.2009 (denumit Contractul nr.1/2009). Motivul sesizării ar fi acela că, în opinia CET, RADET-ul a semnat Contractul nr.1/2009 cu unele obiecțiuni considerate abuzive, netemeinice și nelegale, încălcând flagrant și grav normele legale în vigoare având, în realitate, ca scop eliminarea societății de pe piața producerii de energie termică, ceea ce reprezintă o încălcare a prevederilor art.5 și art.6 din Legea Concurenței nr.21/1996, republicată, RADET:

- încercând să elimine CET de pe piață și scop în care realizează înțelegeri cu alte societăți;
- nu cumpără de la CET, fără o justificare rezonabilă;
- condiționează încheierea contractului prin introducerea unor condiții inegale la prestații echivalente provocându-ne un dezavantaj în poziția concurențială;
- împarte piața de desfacere sau sursele de aprovizionare după bunul plac;
- limitează producția CET și distribuția în condițiile în care aceasta a investit în modernizarea centralei sale fiind singura din municipiul București la standard european;
- fixează în mod direct prețul de vânzare al energiei termice la 134,93 lei/Gcal (fără T.V.A.) încălcând ordinul ANRE5 și alte condiții comerciale care nu pot fi acceptate;
- ne impune un preț de ruinare;
- se folosește de poziția dominantă în mod abuziv, exploatând starea de dependență a CET-ului față de el; CET nu dispune de soluții alternative și este nevoit să furnizeze energie termică pentru a proteja de îngheț instalațiile, ceea ce ar duce la o pagubă estimată la 8 milioane euro - decizia nr. 11/12.03.2010

evaluează impactul operațiunii de concentrare proiectată asupra concurenței pe respectiva piață.

Dupa declanșarea unei investigații, Consiliul Concurenței are la dispoziție doar 4 luni pentru a se pronunța cu privire la operațiunea de concentrare economică. Legea concurenței nr. 21/1996 interzice punerea în aplicare a unei operațiuni de concentrare economică până la emiterea de către Consiliul Concurenței a unei decizii. Concentrarea economică este, de regulă, o operațiune deosebit de complexă care antrenează resurse economice, financiare și umane considerabile. Din acest motiv este necesar ca, până la luarea unei decizii de către instituția abilitată, o astfel de operațiune să nu fie definitivată. Pentru a preîntâmpina asemenea situații, Regulamentul stipulează ca agenții economici implicați într-o concentrare economică pot lua, până la decizia Consiliului Concurenței, numai acele măsuri legate de concentrare care nu sunt ireversibile și nu modifică definitiv structura pieței.

Referințe

1. Dreptul Concurenței-Emilia Mihai, Ed.C.H. Beck 2006
2. Regimul Juridic al Concurenței în Dreptul Comunitar-Octavian Manolache, Ed. All Educațional, 1997
3. Legea Concurenței nr.21/1996
4. Legea nr.184/2004 privind aprobarea OG nr.121/2003
5. OG nr.121/2003 pentru modificarea și completarea Legii concurenței nr.21/1996
6. Regulamentul Consiliului (EEC) nr.4064/1989 privind controlul concentrărilor între agenți economici
7. Regulamentul Consiliului (EC) nr. 1310/1997 de amendare a Regulamentului Consiliului (EEC) nr. 4064/1989 privind controlul concentrărilor între agenți economici
8. <http://www.consiliulconcurenței.ro/>

THE PRINCIPLE OF CITIZENS CONSULTATION IN SOLVING HIGH INTEREST MATTERS- IS IT A MYTH OR A REALITY?

ELENA EMILIA ȘTEFAN*

Abstract:

The citizens implication in the life of the community represents one of the democracy's forms.

The principle of citizens consultation is a very important principle of the public administration and it consists of the citizens implication in the life of the community through the effective participation in the process of taking the decisions in those matters with a high impact on the local collectivity in which they live.

Through the present study we are trying to respond to the questions: whether at the level of the local community it is resorted to the citizens consultation when there are matters of high interest, which is the significance of the collocation high interest matters, which is the legal frame of regulation in Romania.

Key words: *democracy, local autonomy, high interest local matters, the citizens consultation, local referendum.*

Introduction

The principle of citizens consultation in solving high interest local matters on local level is a main principle of the public administration with other principles established by the Constitution but also by the organic¹ law: the principle of local² autonomy, the principle of decentralization, the principle of the decentralized public services, the principle which consecrates the right of the national minorities of using their maternal language in the relationship with the local public deconcentrated public services, the principle of eligibility of the authorities, of public local administration and the principle of legality.

Supporting these affirmations³ we find the provisions of article 3 of The European⁴ Charta of local autonomy adopted in 1985 to which Romania is a contracting part since 1994, which defines the essential characteristics of local autonomy, shows that the rights in the field of local autonomy must be practiced by the elected local authorities, but these dispositions can't bring harm in any way to the possibility of resorting to the citizens assemblies where it is stipulated by the law.

These mechanisms could take place without having a system of laws and procedures implemented at normative level in the legislation of all the countries of the world. Thus, this system is operating with new notions such as: local autonomy, decentralization, deconcentration and others.

Literature review

The matter of the citizens' consultation in high interest matters for the territorial-administrative units has made the object of a lot of studies from authors of juridical speciality.

* Elena Emilia Ștefan, assistant, Faculty of Law, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest (stefanelena@gmail.com)

¹ It is referred to Law no.215/2001 of the local public administration, published in the Official Gazette no.204 from 23 of April 2001

² The Romanian Constitution as it was modified and completed through The Law of Revision of The Romanian Constitution no.429/2003, republished by The Legislative Council, by renewing the denominations and giving to the texts a new number and Law no.215/2001 of the local public autonomy

³ Corneliu Manda, Cezar Manda, *The right of the local collectivities, The 4th Edition revised and completed*, (Bucharest, The Juridical Universe Publishing House, 2008), 165

⁴ Law no. 199/1997 for the ratification of The European Charta of the local autonomy, adopted in Strasbourg on October 15, 1985, published in the Official Gazette no.331 from 26 of November 1997

We thus mention: Corneliu Manda, Cezar Manda, *The law of local collectivities*, The 4th Edition revised and added (Bucharest, The Juridical Universe Publishing House,2008) 165-177, Verginia Vedinas, *Administrative Law, The 4th Edition revised and completed* (Bucharest, The Juridical Universe Publishing House, 2009), 390 and the following, Dana Apostol Tofan, *Administrative Law, Volume 1, Second Edition* (Bucharest, Ch Beck Publishing House, 2008), 261 and the following, Dan Claudiu Dănișor, George Gîrleteanu, *The referendum procedure, the comment of The Constitutional's Court Decision, no. 147/2007* (Bucharest, The Juridical Courier Magazine, no.4/2007), 21, A Iorgovan, *Administrative law treaty, Volume 1,The 4th Edition* (Bucharest, All Beck Publishing House, 2005), 460.

Study case: Romania. Legal frame of regulation

1.Short considerations on the principle of citizens consultation

Having it's origins in antique Greece, the concept of democracy (demos-people, kratos-power) has evolved in time. Among the most known quotes⁵ of all times concerning the concept of democracy it is emphasized the one of the ex American president Abraham Lincoln (1809-1865) who, in one of his famous speeches declared that: "democracy is the government of people through people by the people".

Making a leap through history from those times to our times we can remark that participative democracy has the significance of applying the mechanism of consultation and active participation of the civil society to the life of the community.

Local⁶ autonomy in the historical development of the human society is anterior to the setting up of the state, as socio-political phenomenon, keeping itself as socio-psychological reality even in the most brutal political regime. More than that, professor Anibal Teodorescu⁷, considers that from a historical point of view, local autonomy is anterior to the state's birth.

Local autonomy can be defined as representing the legal aptitude of the autonomous authorities to decide independently and on it's own responsibility, according to the law, on the problems of the territorial collectivities in which they function⁸.

Through local autonomy we understand the right to choose and the effective capacity of the public local authorities of solving and of managing according to the law, on it's own and taking into consideration the local population, a very important part of the public business, according to art.3 from The European Charta of local autonomy.

The principle of citizen's consultation results⁹ from the local autonomy because organizing the local referendum represents an important characteristic of it.

The decisional transparency is lasting tied of the citizens participation, because otherwise the lack of it is opening new barriers between the public local authorities and citizens and determines among others, a low confidence in the decisional act on the one hand, and in the local elected persons on the other hand.

⁵ The speech from Gettysburg from 19 of November 1863

⁶ Verginia Vedinas, *Administrative Law, The IVth Edition revised and completed*, (Bucharest, The Juridical Universe Publishing House, 2009), 390

⁷ Verginia Vedinas, op.cit, 391

⁸ Verginia Vedinas, op.cit 392. For other details about the concept of the local autonomy other authors should be seen, such as: Dana Apostol Tofan, *Administrative Right, Volume 1, Second Edition*, (Bucharest, CH Beck Publishing House, 2008), p.255, Iona Vida, *The executive power and the public administration* (Bucharest,The Official Gazette Publishing House, 1994), p.193, Corneliu Liviu Popescu, *The local autonomy and European integration* (Bucharest All Beck Publishing House, 1999), p.117, A. Iorgovan, M. Constantinescu, I. Muraru, I. Vida, I. Deleanu, F. Vasilescu, *The Romanian Constitution commented and adnoted* (Bucharest,The Official Gazette Publishing House, 1992), p.271, Madalina Voican, *The independence in exerting the competences and the role of the necessary resources in creating the local autonomy* (Bucharest,The Public Law Journal, no.3/2008),59

⁹ Dana Apostol Tofan, *Administrative Law, Volume 1, Second edition* (Bucharest, CH Beck Publishing House, 2008), 261

Participation¹⁰ seems to be the capable miraculous cure, not just to make disappear the social tensions and organizational errors, but more than that, through which it can be obtained a new pact which can allow surpassing the legitimacy crises of the political occidental systems.

On the European plan there are a series of regulations which represent a starting point for the authorities of the states in matters of improving the relationships with the citizens. Thus, we can identify only as having an example character, and not an exhaustively one the following:

- The 19(2001) Recommendation of the Committee of Ministers¹¹ of the member states on the citizen's participation in the public life at local level.

The document adopted in 2001 by the Committee of Ministers from The European Board gathers the principal mechanisms of the implementation of participative democracy on local level. It is recommended that all the member states should define through local implication and if it is the case-regional policy to promote citizens participation to the public life at local level, based on the principles from the European Charta of local autonomy. There is also regulated as principle: guaranteeing the citizens rights of having access to clear and detailed information about the problems which affect their local communities and to participate to the taking of the important decisions which can affect their future, looking for new ways of improving the citizen's implication and promoting a democratic culture shared by the communities and by the local authorities.

- The European Charta¹² of the local autonomy which was adopted in Strasbourg on 15 of October 1985.

- The Code for Good Practice in matter of referendum¹³ known such as The Venice Committee.

- The European Charta of The Fundamental¹⁴ Rights which was proclaimed during The Summit of Nice from 2000. This affirms values such as the protection of fundamental rights and liberties, the right to life, freedom, dignity, equality of chance between men and women, solidarity, education, protecting the environment and improving the quality of life, children's protection etc.

- The Lisbon Treaty¹⁵ asserts that the function of The European Union is built on the principle of representative democracy according to art.8 A, paragraph 1.

The treaty is maintaining the accent on defending the fundamental rights and, in the same time with coming into force of this document, The European Charta of The Fundamental Rights will become mandatory for all the other member states of The European Union.

It is specified in the text of the Treaty that the institutions of the Union maintain an open, transparent and constant dialogue with the associations. In order to assure the coherence and the transparency of the Union's actions, The European Commission proceeds in ample consultation of the interested parties.

¹⁰ Jaques Chevallier, *The participation in the French public administration*, Bulletin de l'HAP, 1976, p.85 quoted by Michel Rasera, *The local democracy* (Paris, Ed. L.G.D.I, 2002), 115

¹¹ The Recommendation Rec (2001)19 Of the Committee of Ministers Of the Member States about the citizens's participation on the public life at local level (adopted by the Committee of Ministers on 6 th of December 2001) on The 776e meeting of the Ministers Delegation

¹² <http://conventions.coe.int/>

¹³ Between 2006/2007 it was adopted by the Council for Democratical Elections which belongs to the European Commission for Democracy through Right, known also under name of The Venice Commission /THE CODE FOR GOOD PRACTICE IN MATTER OF REFERENDUM

¹⁴ The Fundamental Rights Charta, published in JO 2007 c 303

¹⁵ The Treaty from Lisbon modifies The Treaty concerning The European Union and The CE Treaties (without replacing them) and hands over to The Union the legal frame and the necessary juridical instruments in order to face the future challenges and to respond to the citizens expectations. The Lisbon Treaty was signed by the 27 member states on 13 of December 2007. This came into force on the 1st of Decembre 2009. It must be seen for other details, the web page http://europa.eu/lisbon_treaty.glance/index_ro.htm C 306/10 The Official Journal of The European Union 17.12.2007 <http://eur-lex.europa.eu>

- The European Code of good administrative¹⁶ conduction
- The African Charta¹⁷ of partnership between citizens and local collectivities

This Charta was elaborated in Windoeck (Namibia) on May 2000 by the inter - african forum which includes 40 persons, representing the basis organizations from 15 countries¹⁸ from West, South, East Africa with the occasion of the second edition of Africities- the Africa's mayors reunion.

The African Charta of partnership establishes a series of directivelines which define the conditions for an authentic partnership between the citizens and the local communities. The alignments have bourned from the practical experience. There are the result confronting the concrete experiences from Africa.

This document has the form of a Charta whose principles are illustrated through data sheet of experience which result from the participants practice.

2. Study case: Romania

Taking into consideration the provisions of art.1, par. 3 from our Constitution, "Romania is a social, democratical state of right".

The referendum is first regulated by The Romanian Constitution, art 2, paragraph 1; "The national sovereignty belongs to the Romanian people, which exertions it through it's representatives organs created through, free periodical elections and through referendum.

By introducing by the component of this procedure direct normative consequence whose results is the institution of a semi-direct democracy and of the people's constitutional right of exerting national¹⁹sovereignty through the referendum.

The citizens consultation²⁰ in solving high interest local matters is an indispensable component for the functioning of the local autonomy and represents an essential element of semi-direct democracy taking into consideration the fact that it offers to the local collectivities the possibility of intervening in a direct way in order to find solutions to the problems which appear on local level.

Law no. 215/2001 of the public local administration provides in art.3 the right and effective capacity of the local public administration of solving and managing in the name and interest of the local collectivities which they represent, the public business according to the law do not harm the possibility of resorting to the citizens consultation through referendum or any other form of citizens direct participation to the public business, according to the law.

Thus, the organic law institutionalizes²¹ referendum as main form of consulting the local collectivities, but without resuming to it.

If we analyze the content of the article 3 Law no. 215/2001 we can see that that is not specified in a clear way what participation means, thus the expression "any other way of direct participation" we can deduce that participation can be indirect too.

They are not thus excluded other ways²² of citizens participation to the public business, which though they are unexpected in an express way, they undersign along with the local referendum to the ways of concrete manifestation of the legal principle of consultation. Also, we

¹⁶ The European Parliament adopted on 6th of September 2001, The European Code of good administrative conduction which the institutes and organisms of The European Union, the administration and it's clerks must respect in the relationships with the public

¹⁷ <http://www.carta-responsabilidades-humanas.net/spip.php?article1572>

¹⁸ It is about Benin, Burkina Faso, Cameroun, Maurinania, Niger, Senegal, Togo, South Africa, Namibia, Nigeria, Tanzania, Uganda, Zambia, Zimbabwe A

¹⁹ Dan Claudiu Danisor, George Girleteanu, *The Procedure of the referendum, the comment of The Constitutional Court's Decision no. 147/2007* (Bucharest, The Judicial Courier Journal, no.4/2007), 21

²⁰ Verginia Vedinas, op.cit, p.402, Ștefan Deaconu, *The reforms of the public administration-factor of adhesion of Romania to The European Union*, in coord. Constantin Calinoiu-*The scince of right, Realities ans perspectives: Collection of studies dedicated to Professor dr. Victor Duculescu* (Bucharest, V:I.S Print, 2004), 414

²¹ Corneliu Manda, Cezar Manda, op.cit, 167

²² Corneliu Manda, Cezar Manda, op.cit, 167

can remark the fact that from the law's text economy results the possibility of resorting to the citizens consultation and not to compulsoriness of their consultation. But, the most important instrument handy to local collectivities is represented by the local referendum²³.

The local referendum in Romania is juridical regulated by Law²⁴ no. 3/2000. According to article 2, align 2 from Law no.3\2000, the local referendum. On matters of high interest for the territorial -administrative units can be organized and it can run it's course.

In order for us to understand what territorial administrative unit and local collectivity mean we start from The Constitution's text and from the local public administration.

Thus, Romania's²⁵ territory is organized from an administrative point of view in communes, cities and counties according to the law, some cities are declared towns. The territorial-administrative units²⁶ are the communes, cities and counties which have juridical person. Through local²⁷ collectivity it is understood the citizens totality from the territorial-administrative unit.

2.1 The significance of the collocation "high interest matters" on local level

In our opinion, analyzing Law nb.215/2000 of public local administration, but also The Referendum Law no. 3/2001, we can observe that it is not specified the significance of the collocation "high interest matters" on local level.

In Law no.3/2000 there are specific references to what "national interest matters" mean and they are referred to in article 11. Thus, the national interest matters aim at "adopting a series of measures on the economical reform and strategy of a country; adopting special political decisions on the general regime of public and private domain, the organization of local public administration, of the territory, and the general regime in matter of local autonomy, the general organization of education, the structure of the defense of the national system.

But, despite all of that, in the content of Law no. 215/2000 we can identify some situations when local or county referendum can be organized, according to the case, that meaning:

- Article 55 concerning the dissolution of the Local Council
- Article 70 concerning dismissal of The Mayor. The referendum is organized at the prefect's request for the Mayor's ignorance of the general interests of local collectivities or for not executing the attributions he has according to the law
- Article 99 concerning the County Council's dissolution
- Article 102 concerning The president's of the County Council dismissal

Interpreting the relevant texts we can identify which are the possible high interest matters.

There are some authors who appreciate that the typology²⁸ of the problems related to which the citizens consultation through referendum can be proposed which are mentioned in art.43 align. 2 from Law no.215/2001, such as the problems concerning the local budget, the administration of the public and private domain of the commune, city or county, the participation to programs of county, regional, zonal development of trans-boundary co-operation, the organization and urbanistic development of the localities and arranging the territory such those concerning the association an co-operation with other public authorities, non-governmental organization, Romanian and foreign juridical persons.

2.2 The compulsory referendum

Only one situation of compulsory²⁹ referendum consecrates the organic law, and that is the situation when the modification of the territorial-administrative units is proposed which can be

²³ Corneliu Manda, Cezar Manda, op.cit, 167

²⁴ Law no. 3/2000 on the organization and deployment of the referendum, published in the Official Gazette no. 84 from 24 of February 2000

²⁵ According to art.3, align.3 from The Romanian Constitution

²⁶ According to art.1, align 2, point j art.20, art 21 and the next art from The Law no.215/2001

²⁷ Dana Apostol Tofan, op.cit, 259

²⁸ Corneliu Manda, Cezar Manda, op.cit, 170

²⁹ Verginia Vedinas, op.cit,402

achieved only through law as a result of the local referendum. Thus, two texts of law are incident:

- Art.13 from law no 3/2000 which provides that “the law project or the legislative proposals, concerning the modification of the territorial limits of the communes, cities and counties must be presented to The Parliament in order to be adopted only after the citizens prior consulting from the respective territorial-administrative units, through referendum. In this case, the organization of the referendum is compulsory.

- Art.22 from Law no. 215/2000 which specifies that the territory delimitation of the communes, cities, towns and counties is established by the law. Any kind of modification of their territorial units can be done only by citizens prior consultation through referendum (from the respective territorial-administrative unit) which is organized according to the law.

Similarities to this situation of compulsory referendum from our country we can find in France at The Territories across the sea. Thus, in France³⁰ there is participative democracy on national level, but also on local level.

Thus, on local³¹ level, the local referendum is regulated through Constitution, but there are even in the general³² code of the territorial collectivities. In art.72 from the French Constitution it is mentioned the fact that: “The local collectivities of the republic and the communes, the departments, the collectivities with particular statute and the collectivities across the seas.”

Through the modifications brought in 2003 through the revision of the Constitution, it can be observed those concerning the local referendum procedure. The Revision of The Constitution from 28 March 2003 concerning the decentralized organization of The French Republic brings a lot of innovations:

- the decisional referendum
- the right to petition
- the members community compulsory consultation in case the change of the juridical regime of the collectivities located outré-mer is changed
- the possibility of organizing with the legal local³³ consultations in case of creating and modifying the organization of territorial collectivities with a special statute. In case the changing of the borders of a territorial collectivity (for example, a fusion project of two regions)

2.3 Who establishes which are the high interest matters which can be submitted to the local referendum

In art.121 from The republished Constitution referring to the town and communal authorities was dedicated the double nature³⁴ of the commune or town of local collectivity and of territorial-administrative unit.

³⁰ Law no. 2000-321 from April 2000 connected to the citizens right in their relationship with the administrations

³¹ The local Referendum was created by revising The Constitution from 2003

³² The integral text should be seen widely: <http://www.legifrance.gouv.fr>. According to the general code of the territorial collectivities, art LO 112/1 The deliberative assembly of a territorial collectivity has the exclusive competence of submitting to the local referendum all the deliberation projects concerning a problem of competence of this collectivity. So, the decision of organization of the local referendum belongs to the deliberative gatherings of the territorial collectivities. A territorial collectivity can organize also local referendums, more on the same theme on less than a year. It can be decided by the law to consult the electors from the communities which are interested in creating a local authority which has a special statute or modifying it's organization. The trans-boundary modifications of the local authorities can also lead to consulting the electors provided by the law, according to the provisions of the art.72-1 and 3 from The Constitution

³³ This procedure was used in Guadalupe and Martinica (at the request creating an Unitar Authority regulated by the art 73 but which would replace the department and the region), as well as St. Martin and St. Batolomeu Islands (about the creation of an across seas community, regulated by the art 74 from C, replacing the commune and region department)

³⁴ A.Iorgovan, *Administrative Law Treaty, Volume 1, The 4th Edition* (Bucharest, All Beck Publishing House, 2005), 460

Without the disposal of art.25 from The Law no. 215/2001 we can define local councils and county councils, as deliberative authorities³⁵, and mayor and the presidents of the county councils, as executive authorities.

According to the provisions of art.14 from The Law no. 3/2000 “the problems submitted to the local referendum are established by the local and county councils, according to the case, at the mayor’s proposal, respectively the president’s of the county council or of a third from the number of local counselors, respectively county counsellors.

By interpreting this article it comes out the fact that the titulars of the right of appreciation of high interest matters which require the citizens consultation by organizing the local referendum, are: mayor, the president of the county council, or a third from the number of the counselors.

Proposing those problems which are qualified as being of high interest is made by: the mayor, the president of the county council, so deliberative authorities.

The two categories of titulars, those who propose and those who establish, work together in order to establish a series of matters as being of high interest, is made on the basis of a will agreement.

2.4 .The deployment of the local referendum

The deployment of the local referendum is provided as a procedure in art.16 from The Law no.3/2000.

During the referendum, the population can be consulted on t one or a series of matters, and as well on a national or local interest matter.

The local referendum can be organized in all the villages and localities which compose the commune or city or only at some of those. At county level the referendum can take place in all the communes, cities and counties, or only in some of those which are directly interested.

Law no. 215/2001 is referring to “consultation” and concerning the associative structures³⁶ of the local public administration’s authorities. Thus, according to the provisions of art.8, align 1 from the Law no. 215/2001, the central public administration’s authorities will consult before the adoption of any kind of decision the associative structures of the public local administration’s authorities, in all the matters which directly concern them according to the law.

The object and data of the local referendum are established and brought to general knowledge with at least 20 days before it’s deployment, through media.

The local referendum can be organized in only one day which can only be Sunday.

Unlike Romania, in France³⁷ a territorial collectivity can not organize the local referendum during the campaign or during the day of the poll which is meant for:

- General elections or the reelection of some members of the deliberative assemblies of the territorial collectivities.

- The deputies and senators election

- The members of The European Parliament election

- The Presidents of the Republic election

- The referendum established by The President of the Republic

Coming back in Romania, we specify the fact that all the costs for organizing and the deployment of the local referendum is sustained from the budget of the commune, city, county. The citizens are called to say “YES” or “NO” on the problem submitted to the referendum, deciding with majority of votes valid expressed at the level of the respective territorial-administrative units, according to art.14 align 2, Law no.3/2000.

³⁵ Dana Apostol Tofan, op.cit, 262

³⁶ The associative structures are: The Associations of the Communes from Romania, The Associations of the Cities from Romania, The Associations of the Towns from Romania etc, according to art.8 from The Law no.215/2001

³⁷ According to art. L.O. 1112-6

There are authors³⁸ who appreciate as having an imperative character the result of the referendum, because the fact that it was decided with majority of votes.

The difference between the compulsory referendum and the facultative one is being operated in the majority of the European³⁹ states which are engaged in the local public administrative reform, such as: Hungary, Czech Republic, Poland, Macedonia, Slovenia.

Unlike Romania, in Germany, the right to organize a referendum in the local communities is given by the Lands⁴⁰'s competence. The disposals referring to the local referendum are included in the different codes of the Lands Communities. Thus, the rules vary according to the Land, even in communes, in the way that the codes of the lands establish only general principles.

2.5 The control of legality

From the economy of the legal texts comes out the fact that in Romania the local referendum is for consulting. As long as the law provides the possibility of organizing the local referendum for consulting the citizens in the specified conditions, comes out the fact that it is necessary the scanning of this procedure in order to know the citizens opinion for the problem submitted to their attention.

But, from the scanning of the two laws, we can not observe the fact that there are questions to which we do not have an answer and these are: The result of the citizens consultation by local referendum produces juridical effects, meaning that the local authorities take into consideration whether it's a "YES" or "NO"? The prefect as a representatives of the Government in the territory can exert the control of administrative trustship on any kind of administrative act anterior or posterior to the organization or deployment of the local referendum?

There are⁴¹ authors who remark other lacks of the legal frame such as: the frequency of the legal consultation, respective, the possibility of organizing a new referendum, having the same object with the anterior consultation, in which the citizens rejected a certain initiative, exerting the prefect's legality control in order to detail the previous procedures of a referendum at the level of the territorial-administrative subdivisions.

By corroborating a series of legal texts referring to the legality control exerted by the prefect, we can mention that we can interpret that the prefect can attack in the administrative disputed claims office the acts of the local public authorities we refer especially to the following provisions:

- Art.123 from Constitution
- Art.46 from the Law no.3/2000
- Art.115 paragraph.7 from The Law no.340/2004⁴²
- Art.3 from the Law no.554/2004⁴³

Due to the fact that it is not regulated in an obvious way the sanction for not conforming the local authorities with the result of the local referendum, in practice it was appreciated that the effects of the referendum can be compulsory or optional for the authorities of the state, in the way the referendum is facultative or compulsory.

³⁸ Corneliu Manda, Cezar Manda, op.cit, 262

³⁹ Verginia Vedinas, op.cit, 403

⁴⁰ All the codes of the communes of the German lands specify the fact that the decisions taken through referendum have the same value as the deliberations from the city council, as long as they received by the majority of expressed votes and in the case in which the presence to the vote has reached the minimal point, immovable 20% or 30% from the registered electors.

⁴¹ Dana Apostol Tofan, op.cit, 261. For the same point of view should be seen C. Manda, *Administrative Law, Elementary Treaty, the 4th edition revised and completed* (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 2007), 215

⁴² Law no 340/2004 concerning the Prefect's institutions, published in published in the Official Gazette, no.658 from 21st of July 2004

⁴³ Law no. 554/2004 on the administrative disputed claims office, published in published in the Official Gazette, Part I, no.1154, from 07 of December 2004

Some authors state the fact that it is required that the competent local⁴⁴ authorities to be compliant with results of the referendum, represents the rule in this matter. Thus, it is imposed that more than that we should appreciate the fact that the prefect can exert a legality control, but also an opportunity on the local public administrative acts which do not conform to the results of the local referendum, but we can not limit the prefect's control only to these ones.

For the future, we consider that a future a simple amendment of the law is absolutely necessary taking into consideration the showed aspects concerning the control of legality of the local referendum and it's effects.

Conclusions

In Romania, it can be remarked the fact that, although the legislative frame is well regulated and contoured concerning the deployment of the local referendum, in practice the local authorities rarely resort to this procedure of consultation, preferring other variant less expensive at financial level, but as well as human and logistic force deployment and this meaning the one of publishing in the site of the institutions and projects submitted to the public⁴⁵ debates, or of the possibility of the citizens participation to the meetings of the authorities because they are public.

As an example, we can bring to mind that it was adopted in a city as a result of the citizens⁴⁶'s consultation a resolution by the local council concerning establishing the way of assuring the safety of the public goods and of the citizens of the commune.

In another case it was organized a local⁴⁷ referendum in order to establish the places for the houses.

As a conclusion, we appreciate that, either the authorities do not appeal to public consultation, goodly often, nor the population is enough informed in this matter or it is not motivated to participate to consultations because is not convinced that it's participation will matter.

Thus, the local authorities should rethink their modalities of attracting the citizens who they administrate and imply themselves actively in taking decisions on local level regarding them in a direct way, as much as the legislative frame is regulated.

The local democratic government has favored the adaptation of the policies on the type of governed community, and it is molding on the necessities and local cultures, because the democratic exercise does not consist of only in the way of choosing the representatives, but it also supposes that the citizens imply in a free way, as their conscience dictates, in making the decisions which affect their future.

Finally, we appreciate the principle of citizens consultation in solving the high interest local problems is a reality and not a myth, but will take some time until the governors and the governed ones will be equal partners in what we call "contract of local government".

References

- C. Manda, *Administrative Law, Elementary Treaty, The 4th Edition revised and completed* (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 2007), 215
- Corneliu Manda, Cezar Manda, *The right of the local collectivity, The 4th Edition revised and completed* (Bucharest, The Juridical Universe Publishing House, 2008), 165-177
- A.Iorgovan, *Administrative Law Treaty, Volume 1, The 4th Edition* (Bucharest, All Beck Publishing House, 2005), 460

⁴⁴ Corneliu Manda, Cezar Manda, op.cit, 173

⁴⁵ <http://www.sibiu.ro/cms/proiecte/2.php>

⁴⁶ <http://popesti.primariaonline.ro/Hotarari/2009>

⁴⁷ www.primariastefanesti.ro/documents/

- Verginia Vedinaș, *Administrative Law, The 4th Edition revised and actualized* (Bucharest, The Juridical Universe Publishing House, 2009), 390
- Dana Apostol Tofan, *Administrative Law, Volume I, The Second Edition* (Bucharest, CH Beck Publishing House, 2008), 255
- Corneliu Liviu Popescu, *The local autonomy and European integration* (Bucharest, All Beck Publishing House, 1999), 117
- A. Iorgovan, M. Constantinescu, I. Muraru, I. Vida, I. Deleanu, F. Vasilescu, *The Romanian Constitution commented and annotated* (Bucharest, The Official Gazette's Publishing House, 1992), 271
- Jaques Chevallier, *The participation in the French administration*, (Bulletin de l'HAP, 1976), 85, quoted by Michel Rasera, *The local democracy*, Ed. L. G.D.J, P.115
- Ștefan Deaconu, *La reforme de l'administration publique-facteur de la Rouanie a L'union Europeene, in coord Constanta Calinoiu, La Science du droit, Relites et perspectives, Collections d'etudes au Professeur dr.Victor Duculescu*, (Bucharest, V: I.S, Print, 2004), 414
- Madalina Voican, *The independence in exerting the competences and the role of the necessary resources in realizing the local autonomy* (Bucharest, The Journal of Public Law, nb.3/2008), 59
- Dan Claudiu Danisor, George Garleanu, *The procedure of the referendum, The comment of The Constitutional Court, no. 147/2007* (Bucharest, The Judicial Courier, no.4/2007), 21
- The Romanian Constitution as it was modified and completed through The Revision Law of The Romanian Constitution, no. 429/2003, republished by The Legislative Council, having renewed the denominations and giving the texts a new number
- Law no.215/2001 of the local public administration, published in the Official Gazette, no.204/23 of April 2001
- Law no.199/1997 for the ratification of The European Charta of the local autonomy, adopted in Strasbourg on 15 of October 1985, published in the Official Gazette, no.331 from 26 of November 1997
- Law no.3/2000 concerning the organization and the deployment of the referendum, published in the Official Gazette, no.84 from 24 of February 2000
- Law no.340/2000 on the institutions of the prefect, published in the Official Gazette, no.658 from 21 of July 2004
- Law no. 554/2004 on the administrative disputed claims office, published in the Official Gazette, no.1154 from 07 of December 2004
- The European Charta of the local autonomy, adopted in Strasbourg on 15 of October 1985
- The Code for good practices in matter of referendum, Venice
- The Charta of The Fundamental Rights, published in JO 2007 C 2003
- The Lisbon Treaty
- <http://www.sibiu.ro/cms/proiecte/2.php>
- <http://popesti.primariaonline.ro/Hotarari/2009>
- www.primariastefanesti.ro/documents/

PRINCIPIUL CONSULTĂRII CETĂȚENILOR ÎN SOLUȚIONAREA PROBLEMELOR LOCALE DE INTERES DEOSEBIT- ESTE UN MIT SAU O REALITATE?

ELENA EMILIA ȘTEFAN*

Abstract

Implicarea cetățenilor în viața comunității reprezintă una din formele democrației.

Principiul consultării cetățenilor este un principiu important al administrației publice și constă în implicarea cetățenilor în viața comunității prin participarea efectivă la luarea deciziilor referitoare la acele probleme cu impact deosebit asupra colectivității locale în care aceștia trăiesc.

Prin prezentul studiu încercăm să răspundem la întrebările: dacă la nivelul comunităților locale se recurge la consultarea cetățenilor atunci când sunt probleme de interes deosebit, care este semnificația sintagmei "probleme de interes deosebit" și care este cadrul legal de reglementare în România.

Key words: democrație, autonomie locală, probleme locale de interes deosebit, consultarea cetățenilor, referendum local

Introducere

Principiul consultării cetățenilor în soluționarea problemelor de interes deosebit pe plan local este un principiu de bază al administrației publice alături de alte principii reglementate atât de Constituție cât și de legea¹ organică: principiul autonomiei² locale, principiul descentralizării, principiul deconcentrării serviciilor publice, principiul care consfințește dreptul minorităților naționale de a-și folosi limba maternă în relația cu autoritățile publice locale și cu serviciile publice deconcentrate, principiul eligibilității autorităților administrației publice locale și principiul legalității.

În sprijinul acestor³ afirmații sunt prevederile art.3 al Cartei⁴ Europene a autonomiei locale adoptată în anul 1985, la care România este parte contractantă din 1994, care, definind caracteristicile esențiale ale autonomiei locale, arată că drepturile în domeniul autonomiei locale, trebuie să fie exercitate de autoritățile locale alese, însă aceste dispoziții ” nu pot aduce atingere în niciun fel posibilității de a recurge la adunările cetățenești, referendum sau orice altă formă de participare directă a cetățenilor, acolo unde aceasta este prevăzută de lege”.

Aceste mecanisme nu ar putea avea loc în lipsa în lipsa unui sistem de reguli și procedee implementate la nivel normativ în legislațiile tuturor statelor lumii. Astfel, acest sistem operează cu noțiuni precum: autonomie locală, descentralizare, deconcentrare și altele.

* Elena Emilia Ștefan, assistant, Faculty of Law, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest (stefanelena@gmail.com)

¹ Este vorba despre Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale, publicată în Monitorul Oficial nr. 204 din 23 aprilie 2001.

² Constituția României așa cum a fost modificată și completată prin Legea de revizuire a Constituției României nr. 429/2003, republicată de Consiliul Legislativ, cu reactualizarea denumirilor și dându-se textelor o nouă numerotare și Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale.

³ Corneliu Manda, Cezar Manda, *Dreptul colectivităților locale, Ediția a IV-a revăzută și adăugită*, (București, Editura Universul juridic, 2008), 165

⁴ Legea nr.199/1997 pentru ratificarea Cartei europene a autonomiei locale, adoptată la Strasbourg la 15 octombrie 1985, publicată în Monitorul Oficial nr. 331 din 26 noiembrie 1997.

Textul integral al Cartei poate fi consultat la adresa de web:

<http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=122&CL=FRE>

Literature review

Problematica principiul consultării cetățenilor asupra problemelor de interes deosebit pentru unitățile administrativ-teritoriale **a făcut obiectul multor studii** ale autorilor de specialitate juridică. Amintim, în acest sens, după cum urmează: Corneliu Manda, Cezar Manda, *Dreptul colectivităților locale, Ediția a-IV-a revăzută și adăugită*, (București, Editura Universul juridic, 2008), 165-177, Verginia Vedinaș, *Drept Administrativ, Ediția a-IV-a revăzută și actualizată*, (București, Editura Universul Juridic, 2009), 390 și următoarele, Dana Apostol Tofan, *Drept Administrativ, Volumul I, Ediția a-II-a*, (București, Editura CH Beck, 2008), 261 și următoarele, Dan Claudiu Dănișor, George Gîrleşteanu, *Procedura referendumului, comentariul Deciziei Curții Constituționale nr. 147/2007*, (București, Revista Curierul Judiciar nr.4/2007, p.21, A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ, Volumul 1, Ed.a-IV-a*, (București, Editura All Beck, 2005), 460 etc.

Studiu de caz: România. Cadrul legal de reglementare

1. Scurte considerații asupra principiului consultării cetățenilor

Originar din Grecia antică conceptul de democrație (demos-popor și kratos-putere) a evoluat în timp. Printre cele mai cunoscute citate ale tuturor timpurilor privind conceptul de democrație se evidențiază acela al fostului președinte american Abraham Lincoln (1809-1865) care, într-un discurs celebru⁵ a afirmat că: “democrația este guverarea poporului prin popor, de către popor”.

Făcând un salt istoric de la acele vremuri și revenind la zilele noastre remarcăm faptul că democrația participativă are semnificația de punere în practică a mecanismelor de consultare și participare activă a societății civile la viața comunității.

Autonomia⁶ locală, în dezvoltarea istorică a societății umane, este anterioară apariției statului, ca fenomen politico-social, păstrându-se ca realitate socio-psihologică chiar și în cele mai brutale regimuri politice. Mai mult chiar profesorul Anibal Teodorescu⁷, considera că, din punct de vedere istoric, autonomia locală a fost anterioară apariției statului.

Autonomia locală poate fi definită ca reprezentând aptitudinea legală a autorităților autonome de a decide, în mod independent și sub propria răspundere, în limitele legii, asupra problemelor colectivităților⁸ teritoriale în care funcționează.

Prin autonomie locală se înțelege dreptul și capacitatea efectivă ale autorităților publice locale de a soluționa și de a gestiona, în cadrul legii, în nume propriu și în interesul populației locale, o parte importantă a treburilor publice, potrivit art.3 din Carta Europeană a autonomiei locale.

Principiul⁹ consultării cetățenilor decurge din autonomia locală deoarece organizarea referendumului local reprezintă o veritabilă caracteristică a acesteia.

Transparența decizională este strâns legată de participarea cetățenească, pentru că altfel lipsa acesteia ridică bariere între autoritățile publice locale și cetățeni și determină, printre altele, o încredere scăzută în actul decizional pe de o parte și în aleșii locali pe de altă parte, în absența consultărilor publice.

⁵ Discursul de la Gettysburg din 19 noiembrie 1863

⁶ Verginia Vedinaș, *Drept Administrativ, Ediția a IV-a revăzută și actualizată*, (București, Editura Universul Juridic, 2009), 390

⁷ Verginia Vedinaș, op cit, 391

⁸ Verginia Vedinaș, op cit, 392. Pentru alte detalii privind conceptul de autonomie locală a se vedea și ați autori precum: Dana Apostol Tofan, *Drept Administrativ, Volumul I, Ediția a-2-a*, (București, Editura CH Beck, București), 255 și urm., Ioan Vida, *Puterea executivă și administrația publică*, (București, Editura Regia Autonomă “Monitorul Oficial”, 1994), 193, Corneliu Liviu Popescu, *Autonomia locală și Integrarea europeană*, (București, Editura ALL Beck, 1999), 117, A. Iorgovan, M. Constantinescu, I. Muraru, I. Vida, I. Deleanu, F. Vasilescu, *Constituția României comentată și adnotată*, (București, Ed. Editura Regia Autonomă “Monitorul Oficial”, 1992), 271, Mădălina Voican, *Independența în exercitarea competențelor și rolul resurselor necesare realizării autonomiei locale*, (București, Revista de Drept Public nr.3/2008), 59 și alții.

⁹ Dana Apostol Tofan, *Drept Administrativ, Volumul I, Ediția a -2-a*, (București, Editura CH Beck, 2008), 261

Participarea pare a fi remediul¹⁰ miracol capabil, nu doar să facă să dispară tensiunile sociale și disfuncționalitățile organizatoriale, ci în plus prin care se obține un nou consens ce permite surmontarea crizei de legitimitate a sistemelor politice occidentale.

Pe plan european și numai există o serie de reglementări care reprezintă un punct de plecare pentru autoritățile statelor în a-și îmbunătăți relațiile acestora cu cetățenii. Astfel, identificăm numai cu caracter exemplificativ dar nu limitativ următoarele:

- Recomandarea (2001)19 a Comitetului¹¹ de Miniștri a statelor membre asupra participării cetățenilor în viața publică la nivel local.

Documentul adoptat în 2001 de Comitetul de Miniștri din cadrul Consiliului Europei reunește principalele mecanisme ale implementării democrației participative pe plan local. Se recomandă statelor membre să definească, prin implicarea locală și - în cazul în care este cazul - politica regională pentru a promova participarea cetățenilor la viața publică la nivel local, bazate pe principiile din Carta europeană a autonomiei locale. De asemenea este reglementat la nivel de principiu: garantarea drepturilor cetățenilor de a avea acces la informații clare și detaliate despre probleme care afectează comunitățile lor locale și să participe la luarea deciziilor importante care afectează viitorul acestora, căutarea de noi căi de a îmbunătăți implicarea cetățenilor și promovarea unei culture democratice împărtășită de comunități și de autoritățile locale.

- Carta¹² europeană a autonomiei locale, adoptată la Strasbourg la 15 octombrie 1985 .

- Codul¹³ de bune practici în materie de referendum, cunoscut sub numele de Comisia de la Veneția.

- Charta Europeană¹⁴ a Drepturilor Fundamentale care s-a proclamat în timpul Consiliului European de la Nisa din anul 2000. Aceasta afirmă valori precum protecția drepturilor și libertăților fundamentale, dreptul la viață, libertatea, demnitatea, egalitatea de șanse între femei și bărbați, solidaritate, educație, protecția mediului și îmbunătățirea calității vieții, protecția copiilor etc.

- Tratatul de la Lisabona¹⁵ afirmă că funcționarea Uniunii Europene se întemeiază pe principiul democrației reprezentative, potrivit art. 8A alin 1. Tratatul menține însă accentul pus pe apărarea drepturilor fundamentale și, odată cu intrarea în vigoare a acestui document, Charta Europeană a Drepturilor Fundamentale va deveni obligatorie pentru statele membre ale Uniunii Europene.

Se precizează în textul Tratatului că instituțiile Uniunii mențin un dialog deschis, transparent și constant cu asociațiile. În vederea asigurării coerenței și a transparenței acțiunilor Uniunii, Comisia Europeană procedează la ample consultări ale părților interesate.

¹⁰ Jaques Chevallier, *La participation dans l'administration française*, (Bulletin de l'IIAP, 1976), 85, citat de către Michel Rasera, *La démocratie locale*, (Paris, Ed. L.G.D.J, 2002), 115.

¹¹ Recomandation Rec(2001)19 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la participation des citoyens à la vie publique au niveau local (adoptée par le Comité des Ministres le 6 décembre 2001, lors de la 776e réunion des Délégués des Ministres)

¹² <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=122&CL=FRE>

¹³ În perioada 2006 – 2007 a fost adoptat de Consiliul pentru Alegeri Democratice ce aparține de Comisia Europeană pentru Democrație prin Drept, cunoscut și sub numele de Comisia de la Veneția – CODUL DE BUNE PRACTICI ÎN MATERIE DE REFERENDUM

¹⁴ Carta Drepturilor Fundamentale, publicată în JO 2007 C 303

¹⁵ Tratatul de la Lisabona modifică Tratatul privind Uniunea Europeană și Tratatul CE (fără a le înlocui) și pune la dispoziția Uniunii cadrul legal și instrumentele juridice necesare pentru a face față provocărilor viitoare și pentru a răspunde așteptărilor cetățenilor. Tratatul de la Lisabona a fost semnat de cele 27 de state membre ale Uniunii Europene la 13 decembrie 2007. Acesta a intrat în vigoare la 01.12.2009.

A se vedea pentru alte detalii, pagina de web http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_ro.htm C 306/10 RO Jurnalul Oficial al Uniunii Europene 17.12.2007,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0010:0041:RO:PDF>

- Codul European de bună¹⁶ conduită administrativă
- Carta Africană¹⁷ de parteneriat între cetățeni și colectivitățile locale

Această Cartă a fost elaborată în mai 2000 la Windhoek (Namibia) de către forumul interafrican, care cuprinde 40 de persoane, reprezentând organizațiile de bază din 15¹⁸ țări din Africa de Vest, de Est și de Sud, la ocazia celei de-a doua ediție a Africities- reuniune a primarilor din toată Africa

Carta Africană de parteneriat stabilește o serie de linii directoare care definesc condițiile pentru un parteneriat autentic între cetățeni și comunitățile locale. Orientările s-au născut din experiența practică. Ele sunt rezultatul confruntării experiențelor concrete din toată Africa. Acest document este sub forma unei carte ale cărei principii sunt ilustrate prin fișe de experiență care decurg din practicile participanților.

2. Studiu de caz: România

În raport de prevederile art.1 alineat 3 din Constituție, România este stat de drept democratic și social.

Referendumul este reglementat în primul rând în Constituția României, art.2 alineat 1: "Suveranitatea națională aparține poporului român, care o exercită prin organele sale reprezentative, constituite prin alegeri libere, periodice și corecte și prin referendum.

Prin introducerea de către constituant a acestei proceduri consecința normativă directă ce rezultă este instituirea unei democrații semi-directe și a unui drept constituțional al poporului de a exercita suveranitatea¹⁹ națională prin referendum.

Consultarea cetățenilor în soluționarea problemelor locale de interes deosebit constituie o componentă indispensabilă pentru funcționarea autonomiei locale și reprezintă un element esențial al democrației semi-directe, dat fiind faptul că ea oferă colectivităților locale posibilitatea de a interveni direct pentru a găsi soluțiile la problemele care apar în plan local

Legea 215/2001 a administrației publice locale prevede în art.3 că dreptul și capacitatea efectivă a autorităților administrației publice locale de a soluționa și gestiona în numele și în interesul colectivităților locale pe care le reprezintă, treburile publice în condițiile legii, nu aduc atingere posibilității de a recurge la consultarea locuitorilor prin referendum sau orice altă formă de participare directă a cetățenilor la treburile publice, în condițiile legii.

Cu alte cuvinte legea organică instituționalizează referendumul²⁰ ca formă principală de consultare a colectivităților locale, fără a se rezuma însă doar la aceasta.

Dacă analizăm conținutul articolului 3 din Legea nr.215/2001, constatăm că nu este precizat în mod clar ce înseamnă "participare", astfel încât din exprimarea "orice altă formă de participare directă" putem deduce că participarea poate fi și indirectă.

Nu sunt excluse, așadar, nici alte²¹ forme de participare a cetățenilor la treburile publice, care, deși neprevăzute în mod expres, se subsumează și ele, alături de referendumul local, modalităților de manifestare concretă a principiului legal al consultării.

De asemenea remarcăm faptul că, din economia textului legii, reiese "posibilitatea de a recurge la consultarea locuitorilor" și nu la "obligativitatea" consultării acestora.

¹⁶ Parlamentul European a adoptat La data de 06 septembrie 2001, Codul European de bună conduită administrativă¹⁶ pe care instituțiile și organismele Uniunii Europene, administrația și funcționarii acesteia trebuie să-l respecte în relațiile cu publicul

¹⁷ <http://www.cart-responsabilidades-humanas.net/spip.php?article1572>

¹⁸ Este vorba despre Benin, Burkina Faso, Cameroun, Mali, Maurinania, Niger, Senegal, Togo, Africa de Sud, Namibia, Nigeria, Tanzania, Uganda, Zambia, Zimbabwe

¹⁹ Dan Claudiu Dănișor, George Gîrleşteanu, *Procedura referendumului, comentariul Deciziei Curții Constituționale nr. 147/2007*, (București, Revista Curierul Judiciar nr. 4/2007), 21.

²⁰ Corneliu Manda, Cezar Manda, op. cit, 167

²¹ Corneliu Manda, Cezar Manda, op. cit, 167

Însă cel mai important instrument aflat la îndemâna colectivităților locale(..) îl reprezintă instituția referendumului local²².

Referendumul local în România este reglementat juridic prin Legea nr.3/2000²³.

Conform prevederilor art.2 alin 2 din Legea nr.3/2000, se poate organiza și desfășura referendum local asupra unor probleme de interes deosebit pentru unitățile-administrativ teritoriale.

Ca să înțelegem ce înseamnă unitate administrativ teritorială și colectivitate locală, pornim de la textul Constituției și de la Legea administrației publice locale.

Astfel, teritoriul²⁴ României este organizat, sub aspect administrativ, în comune, orașe și județe. În condițiile legii, unele orașe sunt declarate municipii. Unitățile administrativ-teritoriale²⁵ sunt comunele, orașele și județele iar acestea au personalitate juridică. Prin colectivitate²⁶ locală se înțelege totalitatea locuitorilor din unitatea administrativ-teritorială.

2.1 Semnificație sintagmă “probleme de interes deosebit” pe plan local.

După părerea noastră, analizând atât Legea nr.215/2001 a administrației publice locale dar și Legea referendumului nr.3/2001, observăm că nu se precizează care este semnificația sintagmei “probleme de interes deosebit” pe plan local.

În Legea nr.3/2000 există referiri exprese doar la ceea ce înseamnă “probleme de interes național” și anume, acestea sunt precizate în art.11. Astfel, probleme de interes național vizează “adoptarea unor măsuri privind reforma și strategia economică a unei țări; adoptarea unor decizii politice deosebite cu privire la: regimul general al proprietății publice și private, organizarea administrației publice locale, a teritoriului, precum și regimul general privind autonomia locală, organizarea generală a învățământului, structura sistemului național de apărare” etc.

Însă, cu toate acestea în cuprinsul Legii nr.215/2001 găsim identificate câteva situații când se organizează referendum local sau județean după caz și anume:

- Art.55 referitor la dizolvarea Consiliului Local,
- Art.70 referitor la demiterea primarului. Se organizează referendum la cererea prefectului pentru nesocotirea de către primar a intereselor generale ale colectivităților locale sau neexecutarea atribuțiilor ce-i revin potrivit legii,
- Art.99 referitor la dizolvarea Consiliului Județean,
- Art. 102 referitor la demiterea președintelui Consiliului Județean.

Pe bază de interpretare a textelor relevate, putem identifica care sunt posibilele probleme de interes deosebit.

Sunt unii autori care apreciază că tipologia problemelor²⁷ în legătură cu care se poate propune consultarea cetățenilor prin referendum, sunt stipulate în art.43 alineat 2 din Legea nr.215/2001, precum problemele privind bugetul local, administrarea domeniului public și privat al comunei, orașului sau al județului, participarea la programe de dezvoltare județeană, regională, zonală sau de cooperare transfrontalieră, organizarea și dezvoltarea urbanistică a localităților și amenajarea teritoriului, precum și cele privind asocierea sau cooperarea cu alte autorități publice, organizații neguvernamentale, persoane juridice române sau străine.

²² Corneliu Manda, Cezar Manda, op. cit, 167

²³ Legea nr.3/2000 privind organizarea și desfășurarea referendumului, publicată în Monitorul Oficial nr. 84 din 24 februarie 2000

²⁴ Conform art.3 alineat 3 din Constituția României

²⁵ Conform art. 1 alineat 2 pct j și art.20, art. 21 și următoarele din Legea nr.215/2001.

²⁶ Dana Apostol Tofan, op.cit, 259

²⁷ Corneliu Manda, Cezar Manda, op cit, 170

2.2 Referendumul obligatoriu.

O singură situație de referendum²⁸ obligatoriu consacră legea organică, anume în situația în care se intenționează modificarea limitelor teritoriale ale unităților administrativ-teritoriale, care se poate realiza numai prin lege, în baza rezultatelor unui referendum local. În acest sens sunt incidente două texte de lege, astfel:

- Art. 13 alineat 3 din Legea nr.3/2000 care prevede că: ” proiectul de lege sau propunerile legislative privind modificarea limitelor teritoriale ale comunelor, orașelor și județelor, se înaintează Parlamentului spre adoptare, numai după consultarea prealabilă a cetățenilor din unitățile administrativ-teritoriale respective, prin referendum. În acest caz organizarea referendumului este obligatoriu.”

- Art. 22 din Legea nr.215/2001 care precizează că: „ Delimitarea teritorială a comunelor, orașelor, municipiilor și județelor se stabilesc prin lege. Orice modificare a limitelor teritoriale ale acestora se poate efectua numai prin lege și numai după consultarea prealabilă a cetățenilor din unitățile administrativ –teritoriale respective prin referendum, care se organizează potrivit legii”.

Asemănător acestei situații de referendum obligatoriu din țara noastră, întâlnim în Franța la Teritoriile de peste mări.

Astfel²⁹, în Franța democrația participativă există la nivel național cât și la nivel local.

Astfel, pe plan³⁰ local, referendumul local este reglementat chiar prin Constituție însă există și codul³¹ general al colectivităților teritoriale. În art. 72 din Constituția franceză se stipulează faptul că: ”colectivitățile locale ale Republicii sunt comunele, departamentele, colectivitățile cu statut particular și colecivitățile de peste mări”.

Prin modificările aduse în 2003 prin revizuirea Constituției, se remarcă și cele privind procedura referendumul local. Revizuirea Constituției din 28 martie 2003 cu privire la organizarea descentralizată a Republicii franceze aduce mai multe inovații:

- referendumul decizional

-dreptul la petiție,

-consultarea obligatorie a membrilor comunității în cazul schimbării regimului juridic al colectivităților situate peste mari (outr-mer),

-posibilitatea de a organiza, cu autorizare legală, consultări³² locale - în cazul creării și în cazul modificării organizării unei colectivități teritoriale cu statut special. În cazul modificării limitelor (granițelor) unei colectivități teritoriale (de exemplu, un proiect de fuziune a două regiuni).

²⁸ Verginia Vedinaș, op.cit, 402

²⁹ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations

³⁰ Referendumul local a fost creat prin revizuirea Constituției din anul 2003

³¹ A se vedea pe larg textul integral în :<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000068903&idSetionTA=LEGISCTA000006192582&cidTexte=LEGITEXT000006070633&dateTexte=20080806>

Conform codului general al colectivităților teritoriale, art.LO 112-1 Adunarea deliberativă a unei colectivități teritoriale, are competența exclusivă de a supune referendumului local toate proiectele de deliberare privind o problemă de competența acestei colectivități. Așadar, decizia de organizare a referendumului local aparține adunărilor deliberative ale colectivităților teritoriale.

O colectivitate teritorială poate organiza referendumuri locale, de asemenea, mai multe pe aceeași temă în mai puțin de un an. Se poate decide prin lege să consulte alegătorii din comunitățile interesate de crearea unui autoritate locală are un statut special sau a modifica organizarea sa. Modificările transfrontaliere a autorităților locale poate duce, de asemenea, la consultarea cu alegătorii prevăzute de lege, potrivit prevederilor art.72-1 și 3 din Constituție

³² Această procedură a fost utilizată în Guadelupa și Martinica (la cerere crearea unei Autorități Unitare rămâne reglementată de articolul 73 dar care să înlocuiască departament și regiune), precum și pentru insulele Sf. Martin și St Bartolomeu (despre crearea unei comunități de peste mări, reglementat de articolul 74 din C, înlocuind departamentul de comună și regiune).

2.3 Cine stabilește care sunt problemele de interes deosebit supuse consultării prin referendum local

În art.121 din Constituția republicată, referitor la autoritățile comunale și orașenești, a fost consacrată dubla³³ natură juridică a comunei sau a orașului: de colectivitate locală și de unitate-administrativ-teritorială.

Față de dispoziția art.25 din din Legea nr.215/2001...(.) delimităm consiliile locale și consiliile județene, ca autorități deliberative³⁴, iar primarii și președinții consiliilor județene, ca autorități executive.

Potrivit prevederilor art.14 din Legea nr.3/2000 "problemele supuse referendumului local se stabilesc de consiliile locale sau județene, după caz, la propunerea primarului, respectiv a președintelui consiliului județean sau a unei treimi din numărul consilierilor locali, respectiv al consilierilor județeni".

Din interpretarea acestui articol reiese faptul că titularii dreptului de apreciere a problemelor de interes deosebit care necesită consultarea cetățenească prin organizarea referendumului local sunt: consiliile locale sau consiliile județene, deci autoritățile deliberative.

Propunerea acelor probleme care sunt calificate ca fiind de interes deosebit este efectuată deci de către : primar, președintele consiliului județean sau 1/3 din numărul consilierilor.

Cele două categorii de titulari, cei care propun și cei care stabilesc, lucrează împreună astfel încât stabilirea anumitor probleme ca fiind de interes deosebit este realizată pe baza acordului lor de voință.

2.4 Desfășurarea referendumului local

Desfășurarea referendumului local este prevăzută ca și procedură în art.16 din Legea nr.3/2000.

În cadrul referendumului populația poate fi consultată cu privire la una sau mai multe probleme, precum și cu privire la o problemă de interes național și o problemă de interes local.

Potrivit art.13 din Legea nr.3/2000 problemele de interes deosebit din unitățile administrativ-teritoriale și subdiviziunile administrativ-teritoriale ale municipiilor pot fi supuse, în condițiile prezentei legi, aprobării locuitorilor prin referendum local.

Referendumul local se poate organiza în toate satele și localitățile componente ale comunei sau orașului ori numai în unele dintre acestea.La nivel județean referendumul se poate desfășura în toate comunele și orașele din județ, ori numai în unele dintre acestea, care sunt direct interesate.

Legea nr.215/2001 se referă la "consultare " și cu privire la structurile asociative³⁵ ale autorităților administrației publice locale. Astfel, conform prevederilor art.8 alineat 1 din Legea nr.215/2001, autoritățile administrației publice centrale, vor consulta înainte de adoptarea oricărei decizii structurile asociative ale adutorităților administrației publice locale, în toate problemele care le privesc în mod direct, potrivit legii.

Obiectul și data referendumului local se stabilesc și se aduce la cunoștința publicului cu cel puțin 20 de zile înainte de ziua desfășurării acestuia, prin orice mijloc de informare.

Referendumul local se poate organiza într-o singură zi care poate fi numai duminica.

Spre deosebire de România, în³⁶ Franța o colectivitate teritorială nu poate organiza referendum local în timpul campaniei sau în ziua scrutinului prevăzut pentru:

- Alegerile generale sau realegerea unor membri ai adunărilor deliberante ale colectivităților teritoriale

- Alegerea deputaților și senatorilor

³³ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Volumul 1, Ed. A-4-a, (București, Editura All Beck, 2005), 460

³⁴ Dana Apostol Tofan, op.cit, 262

³⁵ Structurile asociative sunt: Asociațiile Comunelor din România, Asociația Orașelor din Romania, Asociația Municipiilor din România etc, conform art.8 din Legea nr.215/2001

³⁶ Conform art.L.O 1112-6

- Alegerea membrilor în Parlamentul European
- Alegerea Președintelui Republicii
- Referendumul stabilit de Președintele Republicii

Revenind în România, precizăm faptul că toate cheltuielile pentru organizarea și desfășurarea referendumului la nivel local, se suportă din bugetul comunei, orașului, județului. Cetățenii sunt chemați să se pronunțe “DA” sau “NU” asupra problemei supuse referendumului, decizând cu majoritatea voturilor valabil exprimate la nivelul unităților administrativ-teritoriale respective, conform art.14 alin 2 din Legea nr.3/2000

Sunt autori³⁷ care apreciază având caracter imperativ rezultatul referendumului datorită faptului că” s-a decis cu majoritatea voturilor”.

Distincția între referendumul obligatoriu și cel facultativ se operează în majoritatea statelor³⁸ europene care sunt angajate în reforma administrației publice locale, cum ar fi Ungaria, Cehia, Polonia, Macedonia, Slovenia etc.

Spre deosebire de România, în Germania, dreptul de a organiza referendum în comunitățile locale este dat în competența³⁹ Landurilor. Dispozițiile referitoare la referendum local sunt incluse în codurile deferitelor Comune ale landurilor. Prin urmare, regulile variază în funcție de Land, chiar și în comune, astfel cum codurile landurilor stabilesc doar principii generale.

2.5 Controlul de legalitate

Din economia textelor legale prezentate reiese ca referendumul local în Romania este pentru consultare. Din moment ce legea prevede posibilitatea organizării referendumului local pentru consultarea cetățenilor în condițiile precizate, reiese că este necesară parcurgerea acestei proceduri pentru cunoașterea opiniei cetățenilor pentru problema supusă atenției lor.

Însă, din parcurgerea celor două legi, nu putem să nu constatăm că sunt întrebări la care nu avem răspuns și anume: rezultatul consultării cetățenilor prin referendum local produce efecte juridice, adică autoritățile locale țin seama de acesta, fie el “DA” sau “NU”? Prefectul ca reprezentant al Guvernului în teritoriu poate exercita controlul de tutelă administrativă asupra vreunui act administrativ anterior sau posterior organizării și desfășurării referendumului local?

Sunt autori⁴⁰ care remarcă și alte carențe ale cadrului legal, precum: frecvența consultării legale, respectiv, posibilitatea de organizare a unui nou referendum, având același obiect cu precedenta consultare, în cadrul căreia cetățenii au respins o anumită inițiativă, exercitarea controlului de legalitate al prefectului în vederea asigurării conformării deciziei administrative cu rezultatul efectiv al referendumului local, ori detalierea procedurilor prealabile unui referendum la nivelul subdiviziunilor administrativ-teritoriale.

Din coroborarea mai multor texte legale cu referire la controlul de legalitate exercitat de prefect, menționăm că putem interpreta că prefectul poate ataca în contencios administrativ actele autorităților administrației publice locale și ne referim cu titlu de exemplu la prevederile:

- Art.123 Constituție
- Art. 46 din Legea nr.3/2000
- Art. 115 alineat 7 din Legea nr.215/2001
- Art.1 alineat 3 și Art. 19 din Legea nr.340/2004⁴¹
- Art.3 din Legea nr.554/2004⁴²

³⁷ Corneliu Manda, Cezar Manda, op.cit, 173

³⁸ Verginia Vedinaș, op.cit, 403

³⁹ Toate codurile comunelor landurilor germane precizează faptul că deciziile luate prin referendum au aceeași valoare ca și deliberările din consiliul orașului, în măsura în care au primit majoritatea voturilor exprimate și în cazul în care prezența la vot a ajuns la un minim, în general, fix 20% sau 30% din alegătorii înregistrați

⁴⁰ Dana Apostol Tofan, op cit, 261. Pentru același punct de vedere a se vedea și C. Manda, *Drept Administrativ. Tratat elementar*, (București, Ed a IV-a revăzută și adăugită, Ed. Lumina Lex, 2007), 215

⁴¹ Legea nr.340/2004 privind instituția prefectului, publicată în Monitorul Oficial nr. 658 din 21 iulie 2004

Datorită faptului că nu este reglementată în mod evident în legislație care este sancțiunea neconformării autorităților locale cu rezultatul referendumului local, în practică s-a apreciat că efectele referendumului pot fi obligatorii sau facultative pentru autotățile statului, după cum referendumul este facultativ sau obligatoriu.

Unii autori afirmă că obligativitatea conformării autorităților locale competente, ⁴³rezultatelor referendumului local, constituie regula în materie. Astfel că, se impune cu atât mai mult să apreciem că prefectul poate exercita un control atât de legalitate cât și de oportunitate asupra actelor administrației publice locale de neconformare a acestora cu rezultatul referendumul local dar nu putem limita controlul prefectului numai la acestea.

Pe viitor considerăm că o viitoare amendare a legii este necesară în considerarea aspectelor relevante legate de controlul de legalitate al referendumului local și al efectelor acestuia.

Conclusions

În România se remarcă faptul că, deși cadrul legislativ este bine reglementat și conturat privind desfășurarea referendumului local, în practică autoritățile locale recurg mai rar la această procedură de consultare, preferând altă variantă mai puțin costisitoare atât la nivel financiar dar și ca desfășurare de forță umană și logistică și anume, aceea a publicării pe site-ul instituțiilor a proiectelor supuse dezbaterilor ⁴⁴ publice, ori a posibilității participării cetățenilor la ședințele autorităților deoarece acestea sunt publice.

Cu titlu de exemplu amintim că s-a adoptat într-un oraș, în urma consultării cetățenilor o hotărâre de consiliu local privind stabilirea modalității de asigurare a pazei bunurilor publice și a cetățenilor comunei. ⁴⁵

Într-un alt caz, s-a organizat referendum ⁴⁶ local pentru stabilirea locurilor de casă.

În loc de concluzie apreciem că, fie autoritățile nu apelează la consultările populare suficient de frecvent, fie populația nu este suficient de informată în acest sens ori pur și simplu nu este motivată să participe la consultări deoarece nu este convinsă ca participarea va conta.

În acest sens autoritățile locale ar trebui să-și regândească modalitățile de a atrage cetățenii pe care-i administrează să se implice activ în luarea deciziilor pe plan local care-i privesc direct, cu atât mai mult cu cât cadrul legislativ este reglementat.

Guvernarea democratică locală favorizează adaptarea politicilor pe tipul de comunitate guvernat, se mulează pe necesitățile și culturile locale, deoarece exercițiul democratic nu constă numai în modul de alegere al reprezentanților ci presupune ca cetățenii să se implice în mod liber, după cum le dictează conștiința, la luarea deciziilor care le afectează viitorul.

În final apreciem că principiul consultării cetățenilor în soluționarea problemelor locale de interes deosebit este o realitate și nu un mit, însă va mai dura ceva vreme până când și guvernanții și guvernații vor fi parteneri egali în ceea ce se poate intitula “contract de guvernare locală”.

References

- Corneliu Manda, Cezar Manda, *Dreptul colectivităților locale*, (București, Ediția a IV-a revăzută și adăugită, Editura Universul juridic), 165-167.
- C. Manda, *Drept Administrativ. Tratat elementar, Ed a-IV-a revăzută și adăugită*, (București, Ed. Lumina Lex, 2007), 215

⁴² Legea nr.554/2004 privind contenciosul administrativ, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 1154 din 07 decembrie 2004

⁴³ Corneliu Manda, Cezar Manda, op.cit, 173

⁴⁴ <http://www.sibiu.ro/cms/proiecte2.php>.

⁴⁵ http://popesti.primariaonline.ro/Hotarari/2009/Hot_18_Regulament_serviciu_paza.pdf

⁴⁶ www.primariastefanesti.ro/documents/~1907212356doc.doc

- A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ, Volumul I, Ed.a-IV-a*, (București, Editura All Beck, 2005), 460
- Verginia Vedinaș, *Drept Administrativ, Ediția a-IV-a revăzută și actualizată*, (București, Editura Universul Juridic, 2009), 390 și urm,
- Dana Apostol Tofan, *Drept Administrativ, Volumul I, Ediția a-II-a*, (București, Editura CH Beck, 2008), 255 și urm.,
- Corneliu Liviu Popescu, *Autonomia locală și Integrarea europeană*, Editura ALL Beck, București, 1999, 117
- A. Iorgovan, M. Constantinescu, I. Muraru, I. Vida, I. Deleanu, F. Vasilescu, *Constituția României comentată și adnotată*, (București, Ed. Editura Regia Autonomă "Monitorul Oficial", 1992), 271
- Jaques Chevallier, *La participation dans l'administration française*, (Bulletin de l'IIAP, 1976), 85, citat de către Michel Rasera, *La démocratie locale*, (Paris, Ed. L.G.D.J, 2002), 115
- Ștefan Deaconu, *Las reforme de l'administration publique-facteur de l'adhesion de la Roumanie a l'Union Europeenne*, in coord Constanța Călinoiu- La Science du droit, Realites et perspectives, Collections d'etudes dedies au Professeur dr. Victor Duculescu,(București, V:I.S. Print, 2004), 414
- Mădălina Voican, *Independența în exercitarea competențelor și rolul resurselor necesare realizării autonomiei locale*, (București, Revista de Drept Public nr.3/2008), 59
- Dan Claudiu Dănișor, George Gîrleşteanu, *Procedura referendumului, comentariul Deciziei Curții Constituționale nr. 147/2007*, (București, Revista Curierul Judiciar nr. 4/2007), 21.
- Constituția României așa cum a fost modificată și completată prin Legea de revizuire a Constituției României nr. 429/2003, republicată de Consiliul Legislativ, cu reactualizarea denumirilor și dându-se textelor o nouă numerotare
- Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale, publicată în Monitorul Oficial nr. 204/23 aprilie 2001
- Legea nr. 199/1997 pentru ratificarea Cartei europene a autonomiei locale, adoptată la Strasbourg la 15 octombrie 1985 , publicată în Monitorul Oficial nr. 331 din 26 noiembrie 1997.
- Legea nr.3/2000 privind organizarea și desfășurarea referendumului , publicată în Monitorul Oficial nr. 84 din 24 februarie 2000
- Legea nr.340/2004 privind instituția prefectului, publicată în Monitorul Oficial nr. 658 din 21 iulie 2004
- Legea nr.554/2004 privind contenciosul administrativ, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 1154 din 07/12/2004
- Carta europeană a autonomiei locale, adoptată la Strasbourg la 15 octombrie 1985
- Codul de bune practice în materie de referendum, Veneția
- Carta Drepturilor Fundamentale, publicată în JO 2007 C 303
- Tratatul de la Lisabona
- <http://www.sibiu.ro/cms/proiecte/2.php>
- <http://poesti.primariaonline.ro/Hotarari/2009>
- www.primariastefanesti.ro/documents/

THE PERSONALITY OF THE HEAD OF LOCAL PUBLIC ADMINISTRATION IN ROMANIA – RELATIONSHIPS WITH ADMINISTRATIVE PERSONNEL

PAULINA DINA*
DANIELA SIMONA NENCIU*

Abstract

The law 215/2001 on local public administration modified by Law 286/2006, republished and amended, regulates both the organizational and functional responsibilities of local public administration authorities, and the legal and non-legal relationships of the administrative personnel. The regulations concerning these relationships, the internal operational and functional regulations as well as labor legislation, civil servant regulations, Law 188/1999, republished and amended, refer to the rights and obligations that fall under the responsibility of administrative personnel, in subordination relations, in the case of certain hierarchical legal relationships.

The relations between direct reports are of equality from a legal point of view. Still, the authority of a person that was assigned a leading position cannot rely exclusively on legal prerogatives. The authority of the administrative leader needs to be based on an intrinsic and personal value. It must be the result of an array of professional and behavioral values, etc, granting it the quality of specialist.

Therefore, a leader must be endowed with the ability to analyze the capacity of the human factor, in order to fully achieve objectives set by the programs drafted from one stage to another.

Key words: *public administration, public servant, administrative personnel, legal relationships, personality of the head of the administration.*

Introduction

Through the organization and operation of public administration in Romania, based on the fundamental and legal principles, an environment is created which is adequate for the development of tighter relationships between the citizens and the local authorities they elect to timely meet the needs and interests of the members of the local community. This increases the possibility for the local authorities to defend their fundamental rights and freedoms. The term of public function is met in the Constitution and laws, as well as in other legislative instruments regarding pay system, organization and operation of certain public services – bodies of the state administration, public institutions and public interest autonomous administrations – as well as within their title lists. As per Law 188/1999 regarding the Public servant statute republished and amended, and the legislative instruments based on this Law, the public function is the assembly of duties and responsibilities established by the authority and the public institution as per the applicable laws, with the purpose to fulfill its competences¹.

The modification and amendment of the legislative framework with respect to public function, is imposed for the fulfillment of measures required for the observance of European standards, as an answer to the need to create a public servant that has no political involvement,

* Lecturer, Ph.D Candidate, Faculty of Tourism and Commercial Management , The „Dimitrie Cantemir” Christian University, Constanța (pauladina2004@yahoo.com)

* Lecturer, Ph.D, Faculty of Tourism and Commercial Management , The „Dimitrie Cantemir” Christian University, Constanța (nenciu75@yahoo.com)

¹ Law 188/1999 on the Public servant statute, republished in accordance with Art. 3 of Law no. 251/2006 in the Official Gazette, Part I no. 574/ 04.07.2006, amended by D.C.C. no. 1.629/03.12.2009 published in the Official Gazette no. 28/14.01.2010, Art. 2

professional and performance-oriented, aiming at the separation of political functions from the administrative ones and the improvement of responsibility, effectiveness and professional independence of the public servant. The new regulations establish general rules regarding the conditions required to hold a public position in the category of the high officials, the recruitment methods, assessment, professional development and the mobility of employees in this category. The category of managing public servants will also include the public functions of general manager and deputy general manager within the apparatus of ministries and other specialized bodies of central public administration, as well as other related public positions, municipality secretary, managing director and deputy managing director of any ministry deconcentrated public service and of other specialized bodies of central public administration within municipalities, within the prefecture, the own apparatus of local public administration authorities and public institutions under their subordination, as well as their related public positions².

The personality of the head of local public administration in Romania

All citizens will come into contact, in different ways, with the authorities of the public administration, because the status of citizen highlights the competence of the public administration authorities in meeting their needs and interests. The relationships established between the authorities of the public administration and the citizens can be:

- cooperation relationships - collaboration, relations concerning the use of public services - provided by the public administration for the citizens as well as authority relationships - or subordination of the citizens to the bodies of public administration.³ Given the above, the following can be stated:

Direct cooperation relationships - collaboration between the authorities of the public administration and the citizens - need to play the most important role, from the point of view of share and content. First of all, these relations underline the support that citizens are required to provide to the public administration for the fulfillment of its mission, and they must reflect the existence of a connection that is absolutely necessary between the public administration and citizens.

Public administration - citizen cooperation relationships are an expression of the participative access of the population to the solving of general interest problems, and eventually, a proof of the existence or inexistence of a democratic society. They can be grouped in two categories, as follows:

Direct cooperation relationships - where citizens, individually or in groups, take part in the development of a general interest, the completion of an action, as structures of public administration. For example, the tasks regarding the management of localities are performed both through structures of the public administration authorities and citizens, taken individually or grouped in different types of organizations.

Indirect cooperation relationships - occur if the citizens support the action of the public administration authorities without taking part to the activity directly.

The relationships determined by the performance of services by the public administration for the citizens represent the second type of relations between the public administration and citizens. It is obvious that the public administration, through its authorities, does not limit itself to concretely applying the law, it also has a mobile right to organize a series of public services within a wide and complex range of problems, public services to perform various activities for the citizens. This aspect regarding the duties to serve the population is more obvious in the case of local public

² Law 188/1999 on the Public servant statute, republished in accordance with Art. 3 of Law no. 251/2006 in the Official Gazette, Part I no. 574/ 04.07.2006, amended by D.C.C. no. 1.629/03.12.2009 published in the Official Gazette no. 28/14.01.2010, Art. 12

³ Iorgovan Antonie , *Tratat de drept administrativ*, Vol. I, 4th Edition, C.H. Beck Publishing House, Bucharest, 2005- 234

administration authorities, especially in the case of cities, towns, and communes, but also decentralized services of the central public administration authorities⁴.

I believe I no longer have to emphasize the importance of providing good services for the population, since it is self-understood that providing inadequate services for the citizens will lead to serious social and political consequences, with potential repercussions both on the person and the state.

I can say that public administration needs to answer, within the law, to all interests and needs of the citizens, such as the issuance of documents, defending of rights and interests of citizens by means of social protection measures. From a legal point of view, the relations between public administration and citizens with respect to services provision can be of two types:

- Relationships that are established based on administrative law standards⁵ (administrative legal conditions);

- Relationships that are established based on civil law standards (civil legal conditions).

The administrative type relationships are based on legal rules, on the legislative instrument that establishes the competencies of public administration authorities. In this case, the citizen has the right to address the public administration based on that specific legislative instrument. For instance, the use of the public service of education or health protection will result from those particular legislative instruments. There is a lawful right of the citizen to address the public administration for the fulfillment of a personal interest. With respect to this problem, there can be a number of possibilities, as follows: the public administration is forced to meet the request of the citizen if the latter complies with a series of conditions; the citizen will compulsorily enter service relations with the authorities of the public administration, for example, the obligation to get a vaccine.

The civil type relationships are established, as shown above, based on civil law regulations. This situation is created between the administration and the citizen when the latter uses public services such as: post, telegraph, telephone, radio-television, road, air and water transportation etc., based on contracts signed between these services and their beneficiaries.

1. Legal relationships of public administration personnel

These relationships are regulated in detail by the following applicable legislative instruments: Law 215/2001 of local public administration, republished and amended, internal operation and organizational regulation policies and labor legislation. These legislative instruments establish the rights and obligations that each employee has, depending on the position held in the administrative hierarchy. In the case of hierarchical legal relationships we find ourselves in the presence of subordination relationships that involve all the rights of the hierarchical leader and the limits within which they can be performed. Within these legally regulated relationships, the administrative personnel has certain rights and obligations, as follows:

a. In the rights area we can distinguish the category of rights that are common to all employees, if they have a labor relationship with the administrative body and labor-specific rights. The rights that are common to all employees are usually stipulated by the labor legislation and mentioned in the labor agreement⁶. Some of these include:

- the right to salary which is in accordance with the quantity and quality of the work;
- the right to rest;

⁴ Negoită Alexandru, *Dreptul administrativ și elemente ale științei Administrației*, AtlasLex Publishing House, Bucharest, 1993, p. 185

⁵ Negoită Alexandru, *Dreptul administrativ și elemente ale științei Administrației*, AtlasLex Publishing House, Bucharest, 1993, p. 96

⁶ Law 188/1999 on the Public servant statute, republished in accordance with Art. 3 of Law no. 251/2006 in the Official Gazette, Part I no. 574/ 04.07.2006, amended by D.C.C. no. 1.629/03.12.2009 published in the Official Gazette no. 28/14.01.2010, Chapter V, Section I “Public servants rights”

- the right to social security;
- the right to participate in the management process, etc.

The position-specific rights are stipulated by the Public Servant Statute – Law 188/1999, republished and amended, the Regulation Policies, Internal organizational regulation policies as well as other special regulations. Generally, the personnel holding leading positions has the right to guide, coordinate and control the activity of those under their supervision, and sometimes the right to apply disciplinary sanctions in case of infringements.

In the law regarding the public servants statute it is stipulated that, regardless of whether they also have the quality of employees or not, they enjoy the stability of their position. The stability is the situation in which the public servant can be removed from the held position only based on a disciplinary decision. The stable public servant can be transferred to another locality, but on a similar level position. Also, it is to be mentioned that civil servants can only be transferred only with their prior consent, even if for specific job-related purposes. In my opinion, stability is an intrinsic value for the public administration employee to be able to work efficiently in optimal conditions.

When such statements are made, one also considers the fact that working in the field of public administration, given its characteristics, is an extremely complex task that brings about numerous problems that need to be solved in due time, simultaneously with other problems that arise from the perspective programs prepared within the territorial units. Also, depending on the held hierarchical level, a large number of the employees working in the public administration perform coordination activities in the field, stimulating local initiative, in the sense of achieving a series of general interest global objectives at county level, cities and communes. All these, naturally imply a certain experience, a certain degree of assimilation of practical knowledge, characteristic to the problems implied by the application of certain legislative instruments, skills that can be achieved only under work stability conditions.

b) With respect to the obligations⁷, one can distinguish between general obligations, that any employee has and position-specific obligations.

- Common obligations for all employees are the same as the common rights known in the case of labor legislation, the collective labor agreement and the individual labor agreement. Such obligations include:

- prompt and accurate fulfillment of duties that fall under the employee's responsibility as per the labor agreement; comply with order and discipline regulations at the workplace; perform any activity as per their background and as required by the institution; observe all occupational safety regulations; ensure state and work-related classified information confidentiality, etc.

- Position-specific obligations, just like the specific rights, are stipulated in the Public Servant Statute, the Operation and organizational regulation policies, Internal organizational regulation policies and other special regulations. Generally, the administrative personnel are forced to comply with the dispositions given by the hierarchical supervisor. Moreover, this obligation derives from the principle of administrative hierarchy and there's no need for it to be mentioned expressly in any legislative instruments. With respect to this obligation, if the public administration employee is forced to comply with an illegal order given by the superior, the specialty literature has reached the conclusion that the employee must comply with the order given by the competent hierarchical administrative servant. He can be held harmless only if he notified his hierarchical superior in writing about the document's illegality. In this context, one must know if the county, city, town or commune secretary is obliged or not to countersign a decision of the administrative body, which he considers to be illegal. Currently, the secretary, since he is no

⁷ Law 188/1999 on the Public servant statute, republished in accordance with Art. 3 of Law no. 251/2006 in the Official Gazette, Part I no. 574/ 04.07.2006, amended by D.C.C. no. 1.629/03.12.2009 published in the Official Gazette no. 28/14.01.2010, Chapter V, Section II "Public servants duties"

longer an employee subordinated directly to the collegial body, no longer has this obligation, but must acknowledge and understand the illegality of that decision. In Law 188/1999 on the Public servants statute, republished and amended, states that any public servant is forced to comply with the orders and instructions of the hierarchical superiors, except those cases when these are obviously illegal, or can harm the fundamental rights and liberties of an individual⁸. In such cases, the public servant has the obligation to inform, in writing, the management about the reason for his refusal to comply with the given order or task. Only in the case of “inexistent documents” the subordinated public servant can be refuse to comply, even without prior notice in writing.

For certain categories of public servants the law stipulates other specific obligations that aim at protecting the prestige of the institution; for instance, those elected for the management of local public administration who have a legal and moral obligation to have an appropriate behavior at their workplace and in the society. There are a number of other obligations that are unitarily regulated by the statute adopted by the Parliament of Romania. For example: the interdiction to participate as associate or to be a member of the Board of directors of any company.

2. Non-legal relationships between public servants. Profile and personality of the leader

From a legal point of view, relationships between subordinates are based on equality. However, outside the legal area, the administration sector pays an increasing attention to informal relationships among the public servants situated on the same administrative hierarchical level.

The activity of the behavior and even of the public administration body is the result of connected or concerted operations performed by all the members of the team. In order for this result to be as adequate as possible, there's a need for cooperation between all those making up the administrative compartment or body, and such collaboration, is impossible unless the team shares excellent collaboration relationships. In case of conflicts between the members of the group, the consequences might influence the entire activity of the group. This is the reason why there's a need for a conscious action aiming at the creation of a collaboration-based environment between the employees of the same administrative body. In order to create such a collaboration environment between all the employees of the same administrative body, the authority and the personality of the leader are truly important. From a legal point of view, the relationships between subordinates are based on equality.

The authority of a person may be the result of the legal prerogatives which have been granted to that person. The legal authority is obtained when the person has been assigned the position and it is lost when the administrative leader is replaced from the managing position. Legal prerogatives are granted by another person, and it is not related in any way to the internal structure of the person.

The authority of a person, who has been assigned a management position, cannot be based exclusively on legal prerogatives. The authority of the administrative leader must also be based on an intrinsic and personal value. This must be the result of an assembly of professional and behavioral values, which will grant him the quality of specialist. With regards to this quality, there are at least two fundamental problems that arise:

- what field should an administrative leader specialize in?
- how can he stay up to date with respect to administration, given the current conditions and the dynamism of the legislation?

I believe that the answer to the first question depends on the hierarchical level that the leader holds. If a leader holds a lower level on the administrative hierarchy, he will have to use the specialty knowledge of the team under his supervision. A head of department, for instance, will have to be fully aware of the technical problems that his department is facing. In exchange, if the leader holds a higher level on the social hierarchy, he will have to use less the specialty knowledge

⁸ Preda Mircea, *Drept administrativ, 4th Edition*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 2006, p. 234

of some narrow fields and will have to use his knowledge in the field of organization and management, decision theory, as well as administration theory.

There are two ways for a leader to keep his status of specialist.

- First, perfect and self-perfect the capacity to remember the essentials, and the selection ability. The leader must not and cannot burry himself under the pile of complex information, he must create a wide spectrum of knowledge and a thinking capacity able to acknowledge relations between data significant for his managing position.

- Second, the leader must develop the skill to teach the others how to think selectively.

Authority relationships (subordination of citizens to the authorities of public administration), determined obviously by the unilateral will of public administration authorities. They are imposed on citizens, and they do not require acceptance by those who are called to take part in these relations.

From the point view of legal regulation, these relationships can be established either by laws or by administrative decisions. Summarizing the characteristics determined by the connections between the authorities of public administration and citizens we can state that there is no equality between participants; the will is, usually, unilateral, but it does not exclude the possibility of the citizen to state his point of view with respect to the way in which that relationship is about to be established or developed or, subsequently, by legal means, to attack the action of the public administration in front of the competent authorities. Other consequences can arise from the unilateral establishment of the relationship. For instance, the obligation for the citizen to comply with the lawful request of the public administration agent; in case the citizen refuses to comply, the public administration can enforce various sanctions.

The correct establishment and development of relations between the authorities of the public administration and citizens, as a condition and an expression of democracy in a state subject to the rule of law, is guaranteed by a complex set of special legislative instruments and legal institutions created to effectively and fully grant access for citizens to the administrative process⁹.

Generally, the managing personnel have the right to guide, coordinate and control the activity of those under their supervision, and sometimes the right to apply disciplinary sanctions in case of infringements. Generally, the sector of public administration requires the public servant to be an absolute professional, to have extraordinary morality, both professional and personal, a high level of culture, physical skills and abilities. Besides all these, in order to enjoy success in communicating with subordinates, collaborators and the public that he comes into contact with, the public servant must make proof of vocation, well defined intention, caution, general and professional knowledge, eloquence, understanding of people, flexibility in thinking, intransigence in difficult situations, persuasion. The communication intends to influence or transform perceptions, attitudes, feelings, states of mind and the opinions of people and groups, to determine unity with respect to viewpoints and coherent action. The formative aspect, widely accepted as identifiable with the education that the young individual receives within the educational system, has as fundamental objective are its connection to the system of social values, in this context, communication aims at and performs the perpetuation of a system of values specific to the society, such as: honor, dignity, loyalty, courage, spirit of sacrifice, collegiality etc. Taking into consideration that any behavior and any type of communication needs thorough evaluation of the way to perform the dynamics of the informational flow, because the capacity to receive and retain information is a variable, determined by the parameters of the personality of each individual but also by the concrete conditions in which the process takes place. Taking into consideration the first aspect of the matter, as per a series of specialty studies, the man retains a certain quantity of information, which is strictly connected to the used communication channel.

⁹ Parlagi Anton, Ifimoaie Cristian, *Servicii publice locale*, Economic Publishing House, Bucharest, 2001, pg.

The hierarchical position of the public servant has priority on the list of factors that can be seen as organizational obstacle in the path of communication. The hierarchical position of the public servant and the execution of a management function (not necessarily hierarchically superior) are more or less inside what the psychologists call “the syndrome of power”. The possibility to manage a group of people, regardless of its size, can sometimes lead to authoritarian tendencies, superior mentalities and behaviors with elements of roughness. Eventually, the control over these attitudes is ensured by the standard of culture of the subject, which provides him with the premises of a dialogue which is not shadowed by pride or the desire to look superior. The explanation consists of the fact that people get into dialogue only when the partner has similar ideas with his own. This is why the public servant must treat his subordinates so that they see him as being sensitive to their aspirations, ideas and suggestions; he must impose trust through his attitude and behavior and he must respect the people that he is working with. Trust in employees is manifested by assigning various tasks to them, not by performing frequent and rigorous inspections¹⁰.

There are a few basic rules that the public servant must apply constantly and observe rigorously, as follows: not to cancel given dispositions because of haste; not to doubt or discuss the assigned duties; avoid permanent presence among the employees; show a lot of precision and punctuality in everything he does. Depending on the way in which he communicates with his employees, the public servant can score substantially in the favor of his prestige. Through his speech, any public servant wants to transmit ideas, principles, norms, requirements and, at the same time, convince those to whom he addresses of the righteousness, firmness and necessity of their implementation.

The public servant-subordinate relationship, just like the entire assembly of relationships between the employees of an organizational structure are strongly influenced by the principles of the leader, the consistency and constancy in applying the moral requirements and norms in his entire activity. Therefore, the principles of the public servant impose truth, scientific criteria regarding the knowledge of people, their distribution and promotion considering development capacities and possibilities, an attitude that displays a lot of care and kindness towards the subordinates. It involves correct relationships between individuals, exigency and firmness, impartial behavior, the concern for the entire activity to be based on legality¹¹.

Conclusions

Under the current conditions, we are witnessing an extremely complex and unique informational process. This is the reason why, the leader must be able to harmonize the knowledge of various specialists and teach them how to catch and express the essential.

The specialist status of the leader goes far beyond the technical professionalism; it also requires an organizational feature. First of all this implies the capacity to rationally use human resources. It is true that between the consumption of material resources and the consumption of intelligence there's an inverse proportionality relation, the more intelligence is used, the less material resources are consumed and vice versa. The superficial thinking, or the bureaucratic limitation of thinking leading implacably to an oversized consumption of human and material resources.

That's why a leader must have the skills to analyze the capacity of the human factor, in order to efficiently reach the objectives stipulated by the programs prepared for each stage.

In order to achieve this, the leader must have solid psychology and social psychology knowledge, since those who are being organized and managed are actually people, having social

¹⁰ Balan Emil, *Drept administrativ și contencios administrativ*, Fundația România de Măine Publishing House, Bucharest, 2000, p. 195

¹¹ Manda Corneliu, Manda Cezar Corneliu, *Știința Administrației – University Course*, 2nd Edition, (Bucharest Lumina Lex Publishing House, 2007), 352

and individual motivations, psychological and characterological features. The skills required to work with people are not just an inborn quality, they are gained, through hard work and solid training in the field of human relations. In this context, there's a need for improvement of educational programs (not only those for the training of specialists o the field of administration) as disciplines regarding the management of human resources, public relations and communication, social psychology, etc.

References:

- Bălan Emil, *Drept administrativ și contencios administrativ*, (Bucharest, Fundația România de Măine Publishing House, 2000), 231
- Giurgiu L., *Drept administrativ*, (Bucharest, Sylvi Publishing House, Bucharest, 2001) 134
- Ion Alexandru, Cărăușan Mihaela, Bucur Sorin, *Drept Administrativ 2nd Edition*, (Bucharest Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 2005), 590
- Ion Alexandru, *Administrație publică. Teorii. Realități. Perspective” - 4th edition, revised and amended*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 2007), 494
- Iorgovan Antonie, *Tratat de drept administrativ, Vol. I, 4th Edition*, (Bucharest C.H. Beck Publishing House, 2005), 250
- Iorgovan Antonie, *Tratat de drept administrativ, Vol. II, 4th Edition*, (Bucharest C.H. Beck Publishing House, 2005), 699
- Manda Corneliu, Manda Cezar Corneliu, *Știința Administrației - University Course, 3rd Edition*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 2007), 352
- Manda Corneliu, Manda Cezar Corneliu, *Administrația publică din România*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 1999), 395
- Negoită Alexandru, *Drept administrativ și știința administrației*, (Bucharest, Atlas Lex Publishing House, 1993), 265
- Parlagi Anton, Iftimoaie Cristian, *Managementul administrației publice locale. Serviciile publice*, (Bucharest, Economic Publishing House, 1999), 288
- Popa Eugen, *Autonomia locală în România*, (Bucharest, CH BECK Publishing House, 1999), 175
- Preda Mircea, *Drept administrativ” – 4th Edition*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 2006), 234
- Law 188/1999 on the Public servant statute, republished in accordance with Art. 3 of Law no. 251/2006 in the Official Gazette, Part I no. 574/ 04.07.2006, amended by D.C.C. no. 1.629/03.12.2009 published in the Official Gazette no. 28/14.01.2010
- Law 215/2001 on Local public administration, amended by Law no. 286/2006 of 06/07/2006 published in the Official Gazette, Part I no. 621 of 18/07/2006 and by Law no. 375/26.11.2009 published in the Official Gazette no. 833/03.12.2009

PERSONALITATEA CONDUCĂTORULUI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE LOCALE DIN ROMÂNIA - RELAȚIILE ACESTUIA CU PERSONALUL ADMINISTRATIV

PAULINA DINA *
DANIELA SIMONA NENCIU*

Abstract

Legea administrației publice locale, 215/2001 republicată și cu modificările la zi, reglementează atât atribuțiile de organizare și funcționare a autorităților administrației publice locale, cât și relațiile juridice și nejuridice ale personalului administrativ. Actele normative referitoare la aceste relații, Regulamentele de organizare și funcționare de ordine interioară și de legislația muncii, Statutul funcționarului public, Legea 188/1999, republicată și cu modificările la zi, fac referire la drepturile și obligațiile ce-i revin personalului din administrație, în raporturile de subordonare, în cazul unor relații juridice ierarhice.

Raporturile dintre subordonați sunt din punct de vedere juridic raporturi de egalitate. Autoritatea unei persoane investită într-o funcție de conducere, nu se poate baza, însă, exclusiv pe prerogativele legale. Autoritatea conducătorului administrativ trebuie să aibă la bază și o valoare intrinsecă, personală. Ea trebuie să rezulte dintr-un ansamblu de valori profesionale, comportamentale, etc, care îi conferă calitate de specialist. De aceea, un conducător trebuie să aibă aptitudinea de a analiza capacitatea factorului uman, în vederea realizării cu maximă eficiență a obiectivelor înscrise în programele elaborate de la o etapă la alta.

Kew words: administrație publică, funcționar public, personal administrativ, relații juridice, personalitatea conducătorului administrativ.

Introducere

Prin organizarea și funcționarea administrației publice din România, pe baza principiilor fundamentale și a celor legale, se creează un cadru propice apropierii tot mai mari dintre cetățeni și autoritățile locale pe care le aleg în scopul satisfacerii oportune a nevoilor și intereselor membrilor colectivităților locale. Prin acestea, crește posibilitatea ca cetățenilor să li se poată apăra drepturile și libertățile fundamentale de către autoritățile locale. Noțiunea de funcție publică este întâlnită în Constituție și legi, cât și în diferite alte acte normative de salarizare sau de înființare, organizare și funcționare a unor servicii publice - organe ale administrației de stat, instituții publice și regiile autonome de interes public - precum și în statele de funcții ale acestora. În Legea 188/1999 privind Statutul funcționarului public republicată și cu modificările la zi, și în actele normative care își au temeiul în această Lege.

Funcția publică este ansamblul, atribuțiilor și responsabilităților stabilite de autoritatea și instituția publică în temeiul legii, în scopul realizării competențelor sale¹.

Modificarea și completarea cadrului normativ în domeniul funcției publice, se impune în vederea îndeplinirii măsurilor pentru raliere la normele europene, ca răspuns la nevoia de creare a unui funcționar public neimplicat politic, profesionist bazat pe merite și orientat spre performanțe, urmărindu-se separarea funcțiilor politice de cele administrative și îmbunătățirea responsabilității,

* Lector Univ.Drd. Facultatea de Management Turistic și Comercial Constanța, Universitatea Creștină "Dimitrie Cantemir" (pauladina2004@yahoo.com)

* Lector Univ.Drd. Facultatea de Management Turistic și Comercial Constanța, Universitatea Creștină "Dimitrie Cantemir" (nenciu75@yahoo.com)

¹ Legea 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici republicată, prin art. III din Legea nr. 251/2006 publicată în M.O. Partea I nr. 574/ 04.07.2006, modificată prin D.C.C. nr. 1.629/03.12.2009 publicata in M.O. nr. 28/14.01.2010, art. 2.

eficienței și independenței profesionale a funcționarului public. Noile reglementări stabilesc reguli generale privind condițiile de ocupare a unei funcții publice din categoria înalților funcționari publici, modalitățile de recrutare, evaluarea, perfecționarea profesională și mobilitatea funcționarilor din această categorie. Pentru ca o persoană să poată ocupa o funcție publică, deci pentru a fi funcționar public, trebuie să îndeplinească următoarele condiții: să fie cetățean român, să aibă domiciliul în România și să cunoască limba română; să aibă capacitatea de exercitare deplină a drepturilor sale de cetățean și profesionale; să nu fi fost condamnată pentru o infracțiune intenționată contra vieții, avutului particular sau public, contra autorității, pentru o infracțiune de serviciu sau în legătură cu serviciul, precum și pentru orice altă infracțiune săvârșită cu intenție, care ar face să fie incompatibilă cu funcția pe care urmează să o ocupe; să fie aptă din punct de vedere medical pentru îndeplinirea îndatoririlor sale, ca funcționar public; să fi îndeplinit serviciul militar sau să fi fost exceptată, potrivit legii; să aibă o bună reputație, care să răspundă exigențelor funcției respective; să posede studiile și vechimea în specialitate, cerute de lege, pentru funcția pe care urmează să o ocupe.

În categoria funcționarilor publici de conducere, vor fi cuprinse funcțiile publice de director general și director general adjunct din aparatul ministerelor și al celorlalte organe de specialitate ale administrației publice centrale, precum și în funcțiile publice asimilate acestora, secretar al unității administrativ teritoriale, director executiv și director executiv adjunct ai serviciilor publice deconcentrate ale ministerelor și ale celorlalte organe de specialitate ale administrației publice centrale din unitățile administrativ-teritoriale, în cadrul instituției prefectului, în cadrul aparatului propriu al autorităților administrației publice locale și al instituțiilor publice subordonate acestora, precum și funcțiile publice asimilate acestora².

Personalitatea conducătorului administrației publice locale din România

Toți cetățenii intră, sub forme variate, în relații cu autoritățile administrației publice, deoarece calitatea de cetățean scoate în evidență competența autorităților administrației publice în satisfacerea intereselor acestora. Relațiile ce se stabilesc între autoritățile administrației publice și cetățeni pot fi: relații de cooperare - colaborare, relații de utilizare a serviciilor publice - deci, de prestații din partea administrației către cetățeni și relații de autoritate - sau de subordonare a cetățenilor față de organele administrației publice. Studiind aceste tipuri de relații, se observă necesitatea democratizării permanente a administrației publice în ideea stabilirii unei legături sistematice între cetățeni și administrație³. Astfel se pot preciza următoarele:

Relațiile de cooperare directă - de colaborare - între autoritățile administrației publice și cetățeni vor trebui să ocupe rolul cel mai important, atât din punct de vedere al ponderii cât și al valorii conținutului lor. Aceste relații subliniază, în primul rând, sprijinul pe care cetățenii sunt chemați să îl dea administrației publice în vederea realizării misiunii acesteia și pe de altă parte, ele trebuie să reflecte existența unei legături absolut necesare între administrația publică și cetățeni.

- Relațiile de cooperare administrație publică – cetățean sunt o expresie a accesului participativ al populației la soluționarea problemelor de interes general, în ultimă instanță, o dovadă a existenței sau inexistenței unei societăți democratice. Ele pot fi grupate în două categorii și anume:

- Relații de cooperare directă, în care cetățenii, în mod individual sau grupați, participă la realizarea unui interes general, la finalizarea unei acțiuni, ca structurile administrației publice. Spre exemplu, sarcinile privind gospodărirea localităților se realizează atât prin structuri proprii autorităților administrației publice (sectorul de gospodărie comunală, arhitectură sau de investiții) cât și prin cetățeni, luați individual sau grupați în diverse forme de organizare.

² Legea 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici republicată, prin art. III din Legea nr. 251/2006 publicată în M.O. Partea I nr. 574/ 04.07.2006, modificată prin D.C.C. nr. 1.629/03.12.2009 publicata în M.O. nr. 28/14.01.2010, art. 12

³ Iorgovan Antonie, *Tratat de drept administrativ, vol. II Editia a IV a*, (București, Ed. C.H.Beck, 2005), p. 234

– Relațiile de cooperare indirectă apar în cazul în care cetățenii sprijină acțiunea autorităților administrației publice fără să participe la respectiva activitate în mod direct. Spre exemplu, oferta pe care o fac cetățenii de a sprijini acțiunea administrației prin modalitățile de care dispun (contractele de furnizare de produse cerealiere sau animaliere, ajutorul în caz de incendiu sau inundații).

Relații determinate de prestarea de servicii ale administrației publice către cetățeni constituie al doilea tip de relații între administrația publică și cetățeni. Este evident că administrația publică nu se limitează prin autoritățile acesteia, la organizarea realizării în concret a legii, ci ea are drept mobil organizarea unor servicii publice într-o gamă variată și complexă de probleme, servicii publice care să presteze activități cetățenilor. Acest aspect al atribuțiilor de servire a populației este mai evident la autoritățile administrației publice locale, în special la municipii, orașe și comune, dar și la serviciile descentralizate ale autorităților administrației publice centrale⁴.

Importanța unei bune serviri a populației, cred că nu mai este necesar să o subliniez, fiind de la sine înțeles că realizarea unei serviri necorespunzătoare a cetățeanului determină grave consecințe sociale și politice, cu posibile repercursiuni atât asupra persoanei cât și a statului. Luând ca exemplu, emiterea unei autorizații de construcții într-o zonă interzisă creează numeroase dificultăți (mai întâi cetățeanului, a cărui construcție poate fi demolată, apoi aspectului general urbanistic); eroarea în stabilirea impozitului pe venit sau eroarea în actele de stare civilă pot avea consecințe neplăcute.

Astfel, serviciile aduse cetățenilor de administrația publică, prin natura lor, au un grad diferit de specializare, ceea ce determină o pregătire corespunzătoare a personalului din acest domeniu. Slaba calitate a prestațiilor efectuate de autoritățile administrației publice către cetățeni lezează nu numai interesele celor direct implicați, ci și ale altor cetățeni, în ultimă instanță ale statului. Pot spune că administrația publică trebuie să răspundă, în limita legilor, la toate interesele și nevoile cetățenilor, cum ar fi eliberarea de acte (certIFICATE, dovezi, adevăruri), să apere drepturile și interesele cetățenilor prin măsuri de ocrotire socială (înstituire de tutele, curatele, ocrotirea familiei, ajutoare sociale diferite etc.). Din punct de vedere juridic, relațiile dintre administrația publică și cetățeni pentru prestarea de servicii pot fi de două tipuri:

– Relații ce se statornicesc în baza normelor de drept administrativ⁵ (regim juridic administrativ);

– Relațiile ce se statornicesc în baza normelor de drept civil (regim juridic civil).

Relațiile de tip administrativ se bazează pe norma juridică, pe actul normativ ce stabilește competențele autorităților administrației publice. În această situație, cetățeanul are dreptul să se adreseze administrației publice în temeiul respectivului act normativ. Spre exemplu, utilizarea serviciului public al învățământului de toate gradele sau al ocrotirii sănătății rezultă din actele normative în materie. Există, un drept legitim al cetățeanului de a se adresa administrației publice pentru satisfacerea unui interes personal. În legătură cu această problemă, se pot ivi mai multe posibilități, și anume: administrația publică este obligată să satisfacă cererea cetățeanului în urma întrunirii unor condiții din partea celui care solicită (de exemplu acordarea unui pașaport sau a unui permis auto); cetățeanul intră în mod obligatoriu în relații de prestații de servicii cu autoritățile administrației publice (apare, deci, o subordonare a cetățeanului), de exemplu, obligația de vaccinare.

Relațiile de tip civil se statornicesc, așa după cum arătam, în baza normelor de drept civil. Această situație se creează între administrație și cetățean atunci când sunt folosite servicii publice ca: poștă, telegraf, telefon, radio-televiziune, transport rutier sau aero-naval etc., în baza unor contracte între aceste servicii și beneficiarii lor.

⁴ Negoită Alexandru, Dreptul administrativ și elemente ale științei Administrației, (București, Ed. Atlas Lex, 1993), p.185

⁵ Negoită Alexandru, Dreptul administrativ și elemente ale științei Administrației, (București, Ed. Atlas Lex, 1993), pg.96

1. Relațiile juridice ale personalului din administrația publică

Aceste relații, cunosc o reglementare de detaliu în actele normative intrate în vigoare: Legea 215/2001 a administrației publice locale, republicata și cu modificările la zi, Regulamentele de organizare și funcționare de ordine interioară și de legislația muncii. Aceste acte normative stabilesc drepturile și obligațiile pe care le are fiecare angajat, în funcție de poziția pe care o ocupă în ierarhia administrativă.

În cazul unor relații juridice ierarhice suntem în prezența raporturilor de subordonare care implică toate drepturile șefului ierarhic și limitele în care acestea pot fi executate. În cadrul acestor raporturi reglementate juridic, personalului din administrație îi revine anumite drepturi și obligații, astfel:

a). În privința drepturilor distingem categoria drepturilor ce-i revin oricărei persoane angajate, dacă se află, cu organul administrativ în raporturi de muncă și drepturi specifice muncii. Drepturile comune tuturor angajaților sunt prevăzute de regulă, în legislația muncii și în contractul de muncă⁶. Dintre acestea amintim:

- dreptul la o salarizare corespunzătoare cantității și calității muncii;
- dreptul la odihnă;
- dreptul la asigurări sociale;
- dreptul de a participa la actul de conducere, ș.a.

Drepturile specifice funcției sunt prevăzute de Statutul funcționarilor publici – Legea 188/1999, republicata și cu modificările la zi și de Regulamentele elaborate în acest sens, Regulamentele de ordine interioară și alte reglementări speciale. În legea referitoare la statutul funcționarilor publici se prevede că aceștia, indiferent dacă au sau nu și calitatea de angajați, se bucură de stabilitate în funcție. Stabilitatea reprezintă situația în care se află funcționarul de a nu putea fi îndepărtat din funcția ocupată decât pe baza unei sentințe disciplinare. Funcționarul stabil poate fi transferat într-o altă localitate, dar la un serviciu de același grad. De menționat, însă, că funcționarii nu pot fi transferați nici în interes de serviciu decât cu consimțământul lor. După părerea mea, stabilitatea este o condiție intrinsecă exercitării funcției de către lucrătorul din administrația publică în condiții optime și de eficiență. Când se fac astfel de afirmații, se are în vedere faptul că munca din administrație, prin specificul său, este deosebit de complexă ridicând numeroase probleme ce trebuie rezolvate operativ, concomitent cu altele care decurg din programele de perspectivă elaborate la nivelul unităților teritoriale. De asemenea, în funcție de treapta ierarhică pe care o ocupă, o mare parte din personal exercită activități de coordonare în teritoriu stimulând inițiativa locală, în direcția realizării unor obiective globale de interes general la nivelul județelor, municipiilor și comunelor. Toate acestea, în mod firesc, presupun o anumită experiență, un grad ridicat de asimilare a unor cunoștințe practice, specifice problemelor pe care le ridică punerea în aplicare a actelor normative, calități care se dobândesc numai în condițiile unei stabilități în muncă.

b). În privința obligațiilor⁷ se poate face distincție între obligațiile generale, care-i revin oricărei persoane angajate și obligațiile specifice funcției:

- Obligațiile comune tuturor angajaților sunt aceleași ca și în cazul drepturilor comune consacrate în legislația muncii, în contractul colectiv de muncă și contractul individual de muncă. Asemenea obligații sunt:

să îndeplinească cu exactitate și promptitudine sarcinile ce-i revin conform contractului de muncă; să respecte ordinea și disciplina la locul de muncă; să efectueze orice activitate potrivit pregătirii sale și nevoilor instituției; să respecte normele de protecție a muncii; să asigure păstrarea secretului de stat și de servicii, ș.a.

⁶ Legea 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici republicată, prin art. III din Legea nr. 251/2006 publicată în M.O. Partea I nr. 574/ 04.07.2006, modificată prin D.C.C. nr. 1.629/03.12.2009 publicată în M.O. nr. 28/14.01.2010, Capitolul V, Secțiunea I “Drepturile funcționarilor publici”

⁷ Legea 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici republicată, prin art. III din Legea nr. 251/2006 publicată în M.O. Partea I nr. 574/ 04.07.2006, modificată prin D.C.C. nr. 1.629/03.12.2009 publicată în M.O. nr. 28/14.01.2010, Capitolul V – Secțiunea II “Indatoririle funcționarului public”

- Obligațiile specifice funcției sunt prevăzute întocmai ca și drepturile specifice în Statutul funcționarilor publici, în Regulamentul de organizare și funcționare, în Regulamentul de ordine interioară și în alte reglementări speciale. În general personalul din administrație este obligat să se supună dispozițiilor date de superiorul ierarhic. De altfel, această obligație derivă din principiul ierarhiei administrative și nu este necesar să fie prevăzută expres în vreun act normativ. Cu privire la această obligație se pune problema, dacă un funcționar este obligat de a executa ordinul ilegal al superiorului, concluzia la care s-a ajuns în literatura juridică fiind aceea că, funcționarul trebuie să execute ordinul dat de funcționarul ierarhic competent. El va putea fi exonerat de răspundere numai dacă l-a atenționat în scris pe superiorul ierarhic că actul este ilegal. În acest context se pune problema de a ști dacă secretarul județului, municipiului, orașului sau comunei este obligat sau nu să contrasemneze o decizie a organului administrativ pe care o consideră ilegală. În prezent, secretarul deoarece nu mai este un funcționar subordonat direct organului colegial nu mai are această obligație, dar trebuie să se sesizeze cu privire la ilegalitatea deciziei respective. În Legea 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, republicată și cu modificările la zi este relatată ideea, cred, justificată, că orice funcționar public este obligat să se conformeze ordinelor și instrucțiunilor superiorilor ierarhici, cu excepția cazurilor când acestea sunt vădit ilegale, ori sunt de natură să lezeze drepturile și libertățile fundamentale ale unei persoane.⁸ În aceste cazuri, funcționarul are obligația să aducă, în scris, la conducerea unității motivul refuzului său de a duce la îndeplinire ordinul sau sarcina primită. Doar în situația “actelor inexistente” funcționarul subordonat se va putea opune executării, chiar și fără o sesizare prealabilă în scris.

Pentru anumite categorii de funcționari legea prevede alte obligații specifice care urmăresc să protejeze prestigiul instituției; este, de pildă, cazul celor aleși în conducerea organelor administrației publice locale care au nu numai obligația juridică, ci și morală de a avea o comportare corespunzătoare la locul de muncă dar și în societate. Mai există o serie de alte obligații ce sunt reglementate în mod unitar în Statutul adoptat de Parlamentul României. Ca de exemplu: interdicția de a participa ca asociat sau de a face parte din Consiliile de administrație a unor societăți comerciale.

2. Relațiile nejuridice dintre funcționarii publici. Profilul și personalitatea conducătorului

Raporturile dintre subordonați sunt din punct de vedere juridic raporturi de egalitate. Cu toate acestea, depășind sfera juridicului, sfera administrației acordă importanță tot mai mare relațiilor neformale din cadrul colectivului dintre funcționarii de pe aceeași treaptă a ierarhiei administrative.

Activitatea comportamentului și chiar a organului administrației publice este rezultatul operațiunilor înlănțuite ori concertate înlănțuite de toți membrii colectivului. Pentru ca această rezultat să fie cât mai corespunzătoare este necesară conlucrarea tuturor celor ce formează compartimentul sau organul respectiv. Ori o conlucrare, în adevăratul sens al cuvântului, nu este posibilă decât atunci când într-un colectiv există relații de întrajutorare. Dacă apar fricțiuni între membrii colectivului, consecințele lor se răsfrâng asupra întregii activități a colectivului. De aceea este necesară o acțiune conștientă în direcția creării și dezvoltării unui climat de colaborare între toți funcționarii aceluiași organism administrativ. În crearea unui asemenea climat de colaborare între toți funcționarii aceluiași organism un rol deosebit îl are și autoritatea, și personalitatea conducătorului. Raporturile dintre subordonați sunt din punct de vedere juridic raporturi de egalitate. Autoritatea unei persoane poate să rezulte, în primul rând, din prerogativele legale cu care este investită. Autoritatea legală se dobândește odată cu investirea persoanei în funcție și se pierde atunci când conducătorul administrativ este înlocuit din funcția de conducere. Prerogativele legale sunt conferite de altcineva, nu țin de structura internă a persoanei.

⁸ Preda Mircea, *Drept administrativ, Editia a IV a* (București, Ed. Lumina Lex, 2006), p. 234

Autoritatea unei persoane investită într-o funcție de conducere, nu se poate baza, însă, exclusiv pe prerogativele legale. Autoritatea conducătorului administrativ trebuie să aibă la bază și o valoare intrinsecă, personală. Ea trebuie să rezulte dintr-un ansamblu de valori profesionale, comportamentale, etc, care îi conferă calitate de specialist. În ceea ce privește calitatea de specialist, cel puțin două probleme fundamentale se ridică: în ce domeniu trebuie să fie specialist un conducător administrativ; cum se poate menține el în actualitate în condițiile contemporane și ale dinamismului legislației privind administrația.

Răspunsul la prima întrebare cred, că depinde, de nivelul ierarhic la care se află conducătorul. Dacă un conducător se află pe o treaptă mai joasă a ierarhiei administrative, el va fi nevoit să apeleze mai mult la cunoștințe de strictă specialitate a colectivului pe care îl conduce. Un șef de serviciu, de pildă, va trebui să cunoască cel mai bine problemele tehnice ale serviciului pe care îl conduce. În schimb, cu cât un conducător se află pe o treaptă mai înaltă a ierarhiei sociale, cu atât va fi nevoit să apeleze mai puțin la cunoștințe de specialitate ale unor domenii înguste și va trebui să facă apel la cunoștințele din domeniul organizării și a managementului, a teoriei deciziei, precum și a teoriei administrației.

Două căi se impun conducătorului care vrea să-și păstreze dimensiunea de specialist.

- În primul rând, perfecționarea și autoperfecționarea capacității de a reține esențialul, a capacității de selectare. Conducătorul nu trebuie și nu poate să se înmormânteze în noianul informațiilor de tot felul, ci trebuie să-și formeze un orizont larg al cunoașterii și o gândire aptă să surprindă corelațiile dintre datele semnificative pentru domeniul în care își desfășoară activitatea de conducere.

- În al doilea rând, conducătorul trebuie să-și dezvolte capacitatea de a învăța și pe alții cum să gândească selectiv.

Relații de autoritate (de subordonare a cetățenilor față de autoritățile administrației publice), determinate în mod evident de voința unilaterală a autorităților administrației publice. Ele sunt impuse cetățenilor nefiind necesar acceptul celor care sunt chemați să participe în aceste relații.

Din punct de vedere al reglementării juridice, aceste relații pot fi stabilite atât prin legi cât și prin decizii administrative (exemplu: impozitele și taxele locale). Sintetizând caracteristicile determinate de legăturile dintre autoritățile administrației publice și cetățeni putem spune că, nu există egalitate între participanți; voința este, de regulă, unilaterală (aparține autorităților administrației publice), dar nu se exclude posibilitatea cetățeanului de a-și spune punctul de vedere asupra modului cum urmează să se stabilească sau să se desfășoare relația respectivă, sau, ulterior, prin drepturile legale de a ataca la autoritățile competente acțiunea administrației publice. Din stabilirea relației în mod unilateral pot decurge și alte consecințe. De exemplu, obligația pentru cetățean de a satisface cererea legitimă a agentului administrației publice (prezentarea actelor la controlul circulației), iar, în caz de refuz, administrația publică poate aplica sancțiuni.

Corecta determinare și derulare a relațiilor între autoritățile administrației publice și cetățeni fiind o condiție și, în același timp, o expresie a democratismului statului de drept, este garantată printr-un complex de acte normative și instituții juridice special create în scopul asigurării accesului efectiv, din ce în ce mai amplu, al cetățenilor la procesul administrativ⁹. În general personalul cu funcții de conducere are dreptul de a îndruma, coordona și controla activitatea celui din subordine, iar uneori și dreptul de a aplica sancțiuni disciplinare în caz de abateri. În general, domeniul administrației publice solicită funcționarului public profesionalism desăvârșit, moralitate deosebită, profesională și personală, nivel ridicat de cultură, calități și abilități fizice. Pe lângă toate acestea, funcționarul public, pentru a se bucura de succes în procesul de comunicare cu subalternii, colaboratorii și publicul cu care vine în contact, trebuie să facă dovada vocației, a intenției bine formulate, prudenței, culturii generale și profesionale, elocvenței, înțelegerii oamenilor, flexibilității în gândire, intransigenței în situații limită,

⁹ Parlăgi Anton, Ifțimoaie Cristian, Servicii publice locale, (București, Editura Economică, 2001), p. 112

puterii de convingere. Comunicarea urmărește să influențeze sau să transforme percepțiile, atitudinile, sentimentele, stările de spirit și opiniile oamenilor și grupurilor, să determine unitate de vedere și o acțiune coerentă.

Caracterul formativ, identificat într-o largă accepțiune cu educația pe care tânărul o primește în sistemul educațional, are ca obiectiv fundamental conectarea acestuia la sistemul de valori sociale, în acest context prin intermediul comunicării se urmărește și se realizează perpetuarea unui sistem de valori specifice societății, cum sunt: onoarea, demnitatea, loialitatea, curajul, spiritul de sacrificiu, colegialitatea ș.a. Avându-se în vedere că orice comportament și orice comunicare, trebuie analizat atent modul de realizare a dinamicii fluxului informațional, deoarece capacitatea de receptare și reținere a informațiilor este o variabilă, determinată de parametrii personalității fiecărui individ dar și de condițiile concrete în care procesul se desfășoară. Luând în considerare, primul aspect al problemei, potrivit unor studii de specialitate, omul reține o cantitate de informații, care este în strânsă legătură cu canalul de comunicare utilizat.

Poziția ierarhică a funcționarului public este prioritară în lista factorilor cu caracter de obstacol în comunicare cu specific organizațional. Poziția ierarhică a funcționarului public și exercitarea unei funcții de conducere (nu trebuie neapărat să fie ierarhic superioară) se află mai mult sau mai puțin și în ceea ce psihologii numesc “sindromul puterii”. Posibilitatea de a conduce un grup de oameni, indiferent de mărimea lui, poate naște uneori, tendințele autoritare, mentalități superioare și comportamente cu accente de duritate. În ultimă instanță, controlul și frânarea acestor atitudini sunt asigurate de standardele de cultură a celui în cauză, care îi oferă premisele unui dialog neîngrădit de orgolii sau de dorința de a părea superior. Legat de aceasta, nu este lipsit de interes să se abordeze și aspectul limită, care se manifestă uneori în comunicarea interumană, cu preponderență în dialog. Nu orice discuție, schimb de replici este un dialog autentic, ce se poartă spre îmbogățirea spirituală, sau în scopul soluționării unei probleme. Sunt încrucișate replici care trec unele pe lângă altele, fără să se întâlnească și să se influențeze reciproc, semănând cu contrapunerea a două monologuri. Explicația constă în faptul că oamenii intră în dialog numai atunci când partenerul are idei asemănătoare cu ale sale.

De aceea, funcționarul public trebuie să-și trateze în așa fel subalternii încât aceștia să-l perceapă ca fiind sensibil la aspirațiile respectiv ideile și sugestiile avansate, să degajă prin atitudine și comportament încredere și respect pentru cei cu care muncește. Încrederea în salariați se manifestă punându-le în față sarcini, nu executând controale frecvente și riguroase¹⁰. Există câteva reguli de bază, pe care funcționarul public trebuie să le aplice în mod constant și să le respecte în mod riguros, astfel: să nu anuleze la repezeală dispozițiunile date; să nu pună în discuție sarcinile primite; să evite prezența permanentă în mijlocul salariaților; să manifeste multă precizie și punctualitate în întreaga activitate. În funcție de modul cum comunică cu salariații săi, funcționarul public poate puncta substanțial în favoarea prestigiului său. Orice funcționar urmărește ca prin discursul său să transmită idei, principii, norme, cerințe și, deopotrivă, să-i convingă pe cei cărora li se adresează de justețea, temeinicia și necesitatea aplicării lor.

Raportul funcționarului public-subaltern, ca și întregul ansamblu de relații dintre salariații unei structuri organizaționale sunt puternic influențate de principalitatea șefului, consecvența și constanta aplicării în întreaga activitate a acestuia, a cerințelor și normelor morale. Prin urmare, principalitatea funcționarului, obligă la adevăr, la criteriile științifice de cunoaștere a oamenilor, de repartizare și promovare a lor după capacități și posibilități de dezvoltare, la o atitudine plină de grijă și de omenie față de subalterni. Ea implică relații interumane corecte, exigență și fermitate, presupune un comportament nepărtinitor, preocuparea ca întreaga activitate să se întemeieze pe legalitate¹¹.

¹⁰ Bălan Emil, *Drept administrativ și contencios administrativ*, (București, Ed. Fundația România de Măine, 2000), 195

¹¹ Manda Corneliu, Manda Cezar Corneliu, *Știința Administrației – Curs universitar, Ediția a III-a*, (București. Ed. Lumina lex, 2007), 352

Concluzii

În condițiile actuale, asistăm mai mult ca oricând la un proces informațional nemaiîntâlnit, de o deosebită amploare. Tocmai de aceea, conducătorul trebuie să fie apt să armonizeze cunoștințele diferiților specialiști și să-i învețe și pe ei să rețină și să redea esențialul. De dimensiunea de specialist a conducătorului nu ține, însă, numai profesionalitatea tehnică ci și una de ordin organizatoric. Aceasta presupune, înainte de toate, capacitatea de folosire rațională a resurselor umane.

Pe bună dreptate se poate spune că între consumul de resurse materiale și cel de inteligență este un raport de invers proporționalitate, cu cât este folosită mai intens inteligența, cu atât consumul de resurse materiale este mai redus și invers, economia de gândire, ori îngrădirea birocratică a creativității conducând implacabil la un consum supradimensionat de resurse materiale și umane.

De aceea, un conducător trebuie să aibă aptitudinea de a analiza capacitatea factorului uman, în vederea realizării cu maximă eficiență a obiectivelor înscrise în programele elaborate de la o etapă la alta. Pentru a atinge acest deziderat, conducătorul trebuie să posede, însă, cunoștințe temeinice din domeniul psihologiei și psihologiei sociale fiindcă cei ce sunt organizați și conduși sunt, în fond, oameni cu motivațiile lor sociale, individuale și cu trăsăturile lor psihice și caracteriologice particulare.

Prieperea de a lucra cu oamenii nu este doar o calitate înăscută, ci ea se dobândește, mai cu seamă, printr-o pregătire temeinică în domeniile relațiilor umane. În acest context ar fi necesară o perfecționare a planurilor de învățământ (nu numai cele pentru pregătirea specialiștilor din administrație) ca discipline privind managementul resurselor umane, relații publice și comunicare, psihologia socială ș.a.

References

- Bălan Emil, *Drept administrativ și contencios administrativ*, (București, Ed. Fundația România de Măine, 2000), 195
- Giurgiu L, *Drept administrativ*, (București, Editura Sylvi, 2001), 134
- Ion Alexandru, Cărăușan Mihaela, Bucur Sorin, *Drept administrativ, Editia a II a*, (București Ed. Lumina Lex, 2005), 590
- Ioan Alexandru, *Administrație publică. Teorie. Realități. Perspective, ediția a IV a revizuită și adăugită*, (București, Ed. Lumina Lex, 2007), 494
- Iorgovan Antonie, *Tratat de drept administrativ, vol. I Editia a IV a* (București, Ed. C.H.Beck, 2005), 250
- Iorgovan Antonie, *Tratat de drept administrativ, vol. II Editia a IV a* (București, Ed. C.H.Beck, 2005), 699
- Manda Corneliu, Manda Cezar Corneliu, *Știința Administrației – Curs universitar* (București, Ediția a IIIa, Ed. Lumina lex, 2007), 352
- Manda Corneliu, Manda Cezar Corneliu, *Administrația publică din România*, (București, Ed. Lumina Lex, 1999), 395
- Negoită Alexandru, *Dreptul administrativ și elemente ale științei Administrației*, (București, Ed. Atlas Lex, 1993), 265
- Parlăgi Anton, Iftimoaie Cristian, *Servicii publice locale*, (București, Editura Economică, 2001), 288
- Popa Eugen, *Autonomia locală în România*, (București, Ed. CH BECK, 1999), 175
- Preda Mircea, *Drept administrativ, Editia a IV a*, (București, Ed. Lumina Lex, 2006), 234
- Legea 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici republicată, art. III din Legea nr. 251/2006 publicată în M.O. Partea I nr. 574/ 04.07.2006, modificată prin D.C.C. nr. 1.629/03.12.2009 publicată în M.O. nr. 28/14.01.2010

▪ Legea 215/2001 privind Administrația publică locală, modificată prin Legea nr. 286/2006 din 06/07/2006 Publicat în M. O. Partea I nr. 621 din 18/07/2006 L. Nr. 375/26.11.2009 Publicată în M.Of. Nr. 833/03.12.2009

LEGAL DETERMINANTS OF THE EU EXTERNAL ACTION AFTER LISBON

ANAMARIA VERONICA FUDULI*

Abstract

As the doctrine is unanimous on appreciating that the most important progress of the Treaty of Lisbon has been registered in the field of external action, the paper approaches its main inputs in the field. The critical approach of this legal instrument uses political lenses as the paper structures the analysis upon the criteria provided by the Laeken Declaration. The themes referred to in the second chapter of the Declaration serve as criteria for structuring the contents of the paper.

Without being exhaustive, the paper addresses the issues where Lisbon brought uncontested progress while also considering areas where progress is undermined by lack of clarity that can become sources of argument between different actors involved in drafting and implementing Union's external action. More exactly, it analyses the new division and definition of competences; the new or improved instruments and actors for external action (the new CFSP/CSDP instruments, The High Representative of the Union for External Action and Security Policy, the President of the European Council, the European External Action Service etc.); the principle of coherence and the new role of the European Parliament as indicators in the increase of transparency and efficiency in external relations; last but certainly not least, the innovations mostly having a 'constitutional' character like: the newly acquired legal personality and the special place of the Common Foreign and Security Policy.

As a general picture, the legal basis for external action of the Union seems to be more firmly established. Nevertheless, while norms are only instruments for policy objectives, the political sensitiveness of this area leaves a number of questions to be answered through (incremental) future developments.

Key words: *coherence and transparency of external action, legal personality of the EU, status of CFSP, instruments and actors, implied external competences*

Introduction

The Treaty of Lisbon (TL) symbolizes an important step made by the European Union (EU) in its attempt of playing “a leading role (...) in a new world order, that of a power able to play a stabilising role worldwide and to point the way ahead for many countries and peoples”¹ as the most notable advances are accomplished in the field of external action.

When assessing the progress made by the (TL) in the field of external action of the (EU) – a field wearing clear traces of political sensitiveness – one can recall the view of Paul Roubier about the political and social determinants of the system of law when he defined law as “a science of means”². In his view, the policy should establish the goals of the social governance, while law should serve it by choosing the means towards reaching them.

Having this perspective in mind, the present paper will assess the progress made by the EU in the field of external action through the innovations brought by the Treaty of Lisbon as “means” for reaching the targets addressed in the Laeken Declaration on the future of the European Union³. More exactly, it will analyse the progress made by TL through the themes addressed within the section “Challenges and reforms in a renewed Union” of the aforementioned Declaration⁴, as this

* Ph.D Candidate , “Nicolae Titulescu” University, Bucharest (anamariasandor@yahoo.com)

¹ Laeken Declaration on the Future of the European Union.

² Roubier, Paul, *Théorie générale du droit*, (Paris, Sirey, 1951), 277.

³ The text of the Declaration is available at <http://european-convention.eu.int/pdf/LKNEN.pdf> , page visited on 21st March 2010.

⁴ The four themes are as follows: A better division and definition of competence in the European Union; Simplification of the Union's instruments; More democracy, transparency and efficiency in the European Union; Towards a Constitution for European citizens.

part puts on the table the key points which needed assessment and input towards reform. As the paper refers to the external action of the EU, only those questions relevant to this area will be used as lenses for observance of the novelties brought by the TL. Arguments in the existing doctrine will be shown where necessary in building author's reasoning.

While there is no doubt about a considerable progress made in a better framing of EU's external action (eg.: EU's legal personality, the framing of ECJ's case law with respect to the EU's competences in external relations as primary law of the EU etc), there are aspects where room for discussion (read confusion) was left (eg.: the special role of Common Foreign and Security Policy, the status and structure of the European External Action Service or the delimitation of competences between the High Representative for External Action and Security Policy and the President of the European Union).

Division and definition of competences in external relations

The Laeken Declaration called for reflections vis à vis the need for a clearer demarking between categories of competences of the EU and those of the Member States through definitions, setting of objectives and provision of instruments.

With regard to external action field two large improvements can be noticed in relation to competences' delineation: first of all, it is the differentiation between the exclusive, shared and supportive/ coordination competences in articles 2-6 TFEU, accompanied by the specially placed CFSP. The importance of this listing for external action may have consequences in the conclusion of mixed agreements: on one hand, internally, it provides clear institutional framework and procedures to be followed, reducing (if not eliminating) uncertainty that characterized previous situations under Nice and, on the other hand, providing partner countries or organizations with the exact picture of agreement's negotiators and the entities responsible for its implementation.

Secondly, a progress has been made through the grouping of external policies as follows: in Title V, TEU holds the general provisions referring to external action of the Union and a specific chapter on CFSP; Part Five TFEU defines and sets objectives for different fields of external relations such as common commercial policy, cooperation with third countries and humanitarian aid, restrictive measures and international agreements.

The realization of the quite well defined categories of competences cannot escape some observations. First of all, one should notice the fact that the shared category is characterized by the principle of pre-emption in favor of the Union who can, at least theoretically renounce to this advantage. Article 2(2) TFEU reads: "When the Treaties confer on the Union a competence shared with the Member States in a specific area, the Union and the Member States may legislate and adopt legally binding acts in that area. The Member States shall exercise their competence to the extent that the Union has not exercised its competence. The Member States shall again exercise their competence to the extent that the Union has decided to cease exercising its competence."

Secondly, the TL has codified ECJ's case law with respect to implied external competence. Thus, article 3(2) provides that: "The Union shall also have exclusive competence for the conclusion of an international agreement when its conclusion is provided for in a legislative act of the Union or is necessary to enable the Union to exercise its internal competence, or in so far as its conclusion may affect common rules or alter their scope." The exact meaning of this article has been the core of an intense debate within the doctrine. Cremona observed that it is not clear whether the article refers to "a priori exclusivity or pre-emptive exclusivity (or pre-emption)"⁵. R. Schütze argued in his paper "Dual Federalism", that the legislator intended to provide the Union with exclusive competence for the purpose of a "better division and definition of competence in

⁵ Cremona, Marise, *Defining competence in EU external relations: lessons from the Treaty reform process*, in Alan Dashwood & Marc Maresceau (eds), *Law and Practice of External Relations: Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge University Press, 2008, 34-39, 61.

the EU” as implied shared competence would disappear.⁶ Wouters has a close view, yet different. He comments that “the nature of implied external competence at stake is exclusive as far as the internal competence has been exercised”⁷.

His reasoning is inspired from ECJ’s case law that indicated the following guidelines: firstly, it is not necessary that the full domain already be regulated internally⁸. Therefore, the competence becomes exclusive up to the limits of the already internally exercised competence. Secondly, the assessment in defining the nature (exclusive or shared) has to consider the scope, the nature and the content of the rules in question⁹. Thirdly, it is necessary to take into account both the current state of law and the future developments foreseeable at the time of the analysis.¹⁰ Cremona opposed to such an interpretation and argued that “it is a wholly undesirable departure from the case law¹¹ to insist that, except where the Treaty expressly provides for shared competence, the Union must have either no competence at all or exclusive competence.”¹²

In our opinion, the main argument stands in the position of the provision that fueled the debate, i.e. next to that referring to external competence and separate from that referring to the shared category, thus the text must refer to some exclusive category. Secondly, the text of article 5(1) TEU¹³ is meant to safeguard situations like the one provide for by article 3(2) TFEU as it postulates that the principle of conferral will be binding and will thus limit the extent of EU action to the powers conferred to it by the Member States. Thus, it is hard to believe that exclusive competence would become the norm¹⁴ under such circumstances although the ECJ’s guidelines indicated by Wouters can serve in approximating such an interpretation. As it is obvious that the consequences of such a confusing provision are not only theoretical – an exaggerate extension of exclusive competences in the field of external relations might be in the detriment of the Member State’s interests - it is expected that a future interpretation of the Luxembourg Court shall clarify the coverage of this provision.

III. Improving the instruments of external action

III. 1. New actors representing EU on the global stage

A. The High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy and the President of the European Council

Among the new instruments in foreign action, the creation of a double hated High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, a President of the European Council and an External Action Service seem to be indicators of an ambitious plan for increasing EU visibility and role on the global stage. Nevertheless, the newly created instruments are the result of compromise and sensitivity of Member States, some of them being reluctant in endowing the EU with attributes specific to those of a state. That, at its turn, resulted in provisions weak in

⁶ Cremona quoting R. Schütze, *idem.*, 62.

⁷ J. Wouters, D. Coppens, B. De Meester, *The European Union’s External Relations after the Lisbon Treaty*, in Stefan Griller and Jacques Ziller (eds.), *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Vienna, Springer, 2008. 174.

⁸ ECJ, Opinion 2/91, Convention No. 170 of the International Labour Organization concerning safety in the use of chemicals at work, [1993] ECR I-1061, paras 25 and 26.

⁹ ECJ, Opinion 1/03, Competence of the Community to conclude the new Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, [2006] ECR I-1145, para 126.

¹⁰ ECJ, Opinion 1/94, Competence of the Community to conclude international agreements concerning services and the protection of intellectual property (WTO), [1994] ECR I-5267, para 95.

¹¹ Upon Cremona, ECJ affirmed that implied powers can be either shared, either exclusive.

¹² Cremona, *idem.*, p. 62.

¹³ Article 5(1) TEU states: “Under the principle of conferral, the Union shall act only within the limits of the competences conferred upon it by the Member States in the Treaties to attain the objectives set out therein. Competences not conferred upon the Union in the Treaties remain with the Member States.”

¹⁴ *Ibidem.*

description of coverage and delineation of competences (the division of competences between the High Representative and the President of the EU) or with regard to structure and role (EEAS).

The new position of High Representative of the Union for Foreign Action and Security Policy combines/ extends the competencies of the former High Representative for Common Foreign and Security Policy and/with those of the Commissioner for External Relations¹⁵, thus the aim was to increase coherence of external action and provide the Union with a unique figure in external representation. The High Representative's attributions, as provided for by article 18 TEU, refer to the following:

conduct the Union's common foreign and security policy;

contribute through his proposals to the development of CFSP, which he shall carry out as mandated by the Council. The same shall apply to the common security and defence policy.

ensuring consistency of the Union's external action.

responsibility within the Commission for responsibilities incumbent on it in external relations and for coordinating other aspects of the Union's external action.

Moreover, additional roles are added as the High Representative shall be one of the Vice-Presidents of the Commission and preside over the Foreign Affairs Council. Thus, he will combine powers of initiative, management and implementation in CFSP matters¹⁶ but also play a role in coherence of entire EU external action through his institutional provisions.

However, the extent of his competencies is limited by the functionality of the President of the European Council who will, pursuant to Article 15(6) TEU, "at his level and in that capacity" ensure Union's external representation in the field of CFSP "without prejudice to the powers of the High Representative (...)". Such a vague description has left scholars to imagine a possible concrete delimitation. Thus, Wouters wonders "whether the Lisbon Treaty did not create a new type of rivalry in the EU's foreign relations" and suggests that the role left to the President of the European Council is that of meeting with Heads of State and Government of third countries.¹⁷ In our opinion the competencies of the President of the European Council are residual to those exercised and provided for by Treaty provisions for the High Representative and are limited by "his level and capacities" foreseen for him within the Treaty:

to chair the European Council and drive forward its work;

to ensure the preparation and continuity of the work of the European Council in cooperation with the President of the Commission, and on the basis of the work of the General Affairs Council;

to endeavour to facilitate cohesion and consensus within the European Council;

to present a report to the European Parliament after each of the meetings of the European Council.

Thus his role is mostly functional and organizational aiming at providing the new institution of the EU with cohesion, consensus and continuity.

B. The European External Action Service

As article 27 (3) provides, "in fulfilling his mandate, the High Representative shall be assisted by a European External Action Service. This service shall work in cooperation with the diplomatic services of the Member States and shall comprise officials from relevant departments of the General Secretariat of the Council and of the Commission as well as staff seconded from national diplomatic services of the Member States. The organisation and functioning of the European External Action Service shall be established by a decision of the Council. The Council shall act on a proposal from the High Representative after consulting the European Parliament and after obtaining the consent of the Commission."

¹⁵ Article 18(4) TEU.

¹⁶ Kaddous, Christine, *Role and Position of the High Representative of the Union for Foreign Action and Security Policy under the Lisbon Treaty*, in Griller & Ziller (eds.), *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?* (Vienna, Springer, 2008), 209.

¹⁷ J. Wouters, D. Coppens, B. De Meester, *idem.*, 153.

Preparatory work for the establishment of European External Action Service (EEAS) started with the signature of the Constitutional Treaty in October 2004 but halted after the French and Dutch referenda in late May and early June 2005. Until this point progress had been made in discussions between the parties on the legal status of the EEAS, personnel issues, budgetary questions, some administrative aspects and the management of the EU's delegations.¹⁸

Contributors ranging from the Member States and EU institutions provided some indicators about the figure of this new entity. Scholars came up with different proposals ranging from a minimalist to a maximalist version. For example, Wouters' minimalist model includes the Director-General from the Council Secretariat together with the Commission's DG External Relations, and possibly the Commission's current External Service comprising 123 Commission delegations around the world which will become Union delegations' that represent the Union in third countries and at international organisations and are placed under the authority of the High Representative.¹⁹ At the opposite end is the possible maximalist structure, which would include a far wider representation from the Commission's side to include all, or most, of the Directorates-General acting in external relations except trade and humanitarian aid. A military dimension of crisis management should be also included given the High Representative's responsibilities in the domain of CSDP.²⁰

In a plenary session on EEAS, the EP adopted a resolution reflecting Commission's view on the service which reflected the desire to see EEAS:

"[. . .] incorporated, in organizational and budgetary terms, in the Commission's staff structure, while the directorial powers of the Foreign Minister, who will also be a Commission Vice-President, should ensure that the Service is bound in the 'traditional' foreign policy sphere (the CFSP and the CSDP) by the decisions of the Council — as provided for by the Constitution — and subject in the Community external relations sphere to the decisions of the college of Commissioners."²¹

The EU High Representative for CFSP Javier Solana and European Commission President José Manuel Barroso described in the 2005 Joint Progress Report the EEAS as *sui generis* in nature, that "would not be a new institution, but a service under the authority of the Foreign Minister (presently the High Representative of the Union for External Action and Security Policy), with close links to both the Council and the Commission."²²

The Proposal for a Council Decision establishing the organisation and functioning of the European External Action Service issued on the 25th of March 2010²³ seems to consider these views. Paragraph 3 from the preamble presents the objectives of this new external action instrument: "The EEAS will support the High Representative in fulfilling her mandate to conduct the Common Foreign and Security Policy ("CFSP") of the European Union and to ensure the consistency of the EU's external action. The EEAS will support the High Representative in her capacity as President of the Foreign Affairs Council, without prejudice to the normal tasks of the General Secretariat of the Council. The EEAS will also support the High Representative in her capacity as Vice-President of the Commission, for her responsibilities within the Commission for responsibilities incumbent on it in external relations and for coordinating other aspects of the

¹⁸ Duke, Simon, *Providing for European-Level Diplomacy after Lisbon: The Case of the European External Action Service*, The Hague Journal of Diplomacy, vol. 4, no. 2, September 2009:217.

¹⁹ Wouters, idem. 157.

²⁰ Duke, Simon, idem. 221.

²¹ Official Journal of the European Union, C 117 E/233, 18 May 2006, P6_TA(2005)0205, European External Action Service, 'European Parliament Resolution on the Institutional Aspects of the European

External Action Service', 26 May 2005, para. 2.

²² Duke, Simon, idem.

²³ Text available at: http://eeas.europa.eu/docs/eeas_draft_decision_250310_en.pdf, page visited on 29th March 2010.

Union's external action, without prejudice to the normal tasks of the Commission services.”

Besides support for the High Representative, EEAS, as of article 2(2) “shall assist the President of the Commission, the Commission and the President of the European Council.”

The EEAS will work closely to the EP as it “will fully play its role in the external action of the Union”. Furthermore, in accordance with Article 36 of the TEU, the High Representative will regularly consult the European Parliament on the main aspects and the basic choices of the CFSP and will ensure that the views of the European Parliament are duly taken into consideration.²⁴

Regarding its status, the EEAS has a *sui generis* position as although article 13(1) does not list it among EU's institutions paragraph 8 from the preamble of the proposal for a Council decision states that EEAS shall be treated as an "institution" within the meaning of the Financial Regulation, with a specific section in the Union budget, in order to ensure the budgetary autonomy necessary for the smooth operation of the EEAS. Moreover article 1(2) states that the EEAS, which shall be “a functionally autonomous body of the European Union, separate from the Commission and the General Secretariat of the Council, with the legal capacity necessary to perform its tasks and attain its objectives.”

The composition of the EEAS shall be made up of a central administration and of the Union delegations to third countries and to international organisations. (Article 1(4) The central administration of EEAS will also include as of article 4(3) “(...)the crisis management and planning directorate, the civilian planning and conduct capability, the European Union Military Staff and the European Union Situation Centre, placed under the direct authority and responsibility of the High Representative in her capacity as High Representative for Foreign Affairs and Security Policy.”

With regard to relationship with Member States' representation in third countries or to international organizations, art. 5 (9) provides that “the Union delegations shall work in close cooperation with the diplomatic services of the Member States. They shall, on a reciprocal basis, provide all relevant information.” Paragraph 10 of article 5 further adds that “Union delegations shall have the capacity to, upon request by Member States, support the Member States in their diplomatic relations and in their role of providing consular protection to Union citizens in third countries”.

Regarding staff, the EEAS shall comprise as of article 6(1): officials and other servants of the European Union, including personnel from the diplomatic services of the Member States appointed as temporary agents and “if necessary, and on a temporary basis, specialised seconded national experts.”

As a response to some Member States' concern vis à vis the placement of objective and proportional criteria for staff appointment, article 6(6) states that “appointments in the EEAS shall be based on merit and on the broadest possible geographical basis. The staff of the EEAS shall comprise a meaningful presence of nationals from all the Member States.”

Therefore, we can argue that the EEAS draft as presented by the proposal for a Council decision has an ambitious structure comprising more than the mere minimalist components as it also addresses CSDP issues and intends to include military personnel within Union delegations. Nevertheless, the Union delegations will not automatically replace Member States' representations in third countries and to international organizations but will work closely with these but their cooperation may constitute a good exercise in building trust and enhancing coherence of the Member States and the Union on the international stage.

III.2. Instruments of external action

Decision making instruments in external action registered a significant evolution. TL distinguishes between legislative acts and implementing or delegated acts²⁵ but article 24(1) excludes the acts in the field of CFSP from the legislative category. Although Community method

²⁴ Paragraph 5 from the preamble of the proposal for a Council Decision.

²⁵ Articles 290 and 291 TFEU.

for decision-making is generalized to all domains of Union action, the CFSP remains the exception together with the CSDP, these remaining “subject to specific rules and procedures”²⁶. Moreover, the former instruments of CFSP common positions, joint actions have been replaced by “general guidelines”, “decisions” and “systematic strengthening policy co-operation between the Member States”.²⁷

CFSP and CSDP gain in utility and flexibility, thus the willing of Member States to lay the basis for a stronger cooperation in the field of security and defence within the European framework is shown through an entire list of novelties brought by the TL to this area. Starting with the mutual defence clause (Article 42(7) TEU) and the solidarity clause (Article 222 TFEU), a set of new instruments encourage Member States to strengthen co-operation. Article 44 TEU provides that the Council can entrust a group of willing and capable Member States to implement a Petersberg task. Then, the already existing European Defence Agency is provided with a legal base and becomes an agency open to all Member States (Article 42(3) TEU). The Agency shall carry out its tasks in liaison with the Commission where necessary (Article 45 TEU). Moreover, Articles 42(6) and 46 TEU and Protocol No. 10 provide the possibility for Member States which fulfill higher criteria for military capabilities and which are willing to make more binding commitments to establish a ‘structured co-operation’. Last but not least, the TL introduces the opportunity for enhanced co-operation in the field of CSDP, which should be authorised by the Council acting by unanimity (Articles 329(2) and 331(2) TFEU). However, Wouters observes that upon the provisions of (Article 333(3) TFEU), the specific bridging clause between Member States engaging in enhanced cooperation cannot be used²⁸ as Article 333(3) TFEU excludes military and defense fields from the possibility of deciding through unanimity that decisions in a field where the Treaty provisions requires unanimity/ special legislative procedure would be taken through qualified majority/ ordinary legislative procedure.

IV. Transparency and efficiency of EU’s external action

Most of the reforms brought by the TL in the European architecture have an input within the targets of raising transparency and efficiency to a superior level. Although the newly acquired legal personality, the formal abolition of pillars, the common grouping of competences in external action, the incorporation of ECJ’s case law within the primary law with respect to the doctrine of parallel competences (in foro interno, in foro externo) or the implied powers of the EU in the external relations, contribute to this target mentioned by the Laeken Declaration. For the reasons connected to the approach indicated in the first section of this paper, this section is mainly dedicated to the principle of coherence within EU’s external action and its possible scrutiny by the ECJ, while an eye on the more important role of the European Parliament will be dropped in order to prove that legitimacy of external action is improving. The issues mentioned above are the subject of the following section as, in our view their prevalent input is ‘constitutional’.

IV. 1. Applying the principle of coherence to the external action

Transparency and efficiency in EU’s external action are closely linked to the principle of coherence. As scholars observed, coherence has been a challenge in foreign relations of the EU for reasons linked to institutional structure and procedures, the question of competencies (the choice between the EU and the Member States, or “vertical coherence”) and different issue areas of EU’s foreign policy (“horizontal coherence”).²⁹

²⁶ Article 24(1) TEU.

²⁷ Article 25 TEU.

²⁸ Wouters, *idem*, p. 166.

²⁹ Koehler, Kateryna, “European Foreign Policy after Lisbon: Strengthening the EU as an International Actor”, *Caucasian Review of International Affairs*, Vol. 4 (1) – Winter 2010, p. 57, available at <http://cria->

A great input in addressing this issue comes from the new legal personality of the EU, fact touching not only on the clearness of the partner the third countries will have in their relations with the EU but also on the accountability sphere. The creation of a European External Action Service is in the position of adding up to efficiency and coherence especially due to the (possible) mix of staff coming from different Commission DG's, Council Secretariat and last, but not least, from Member State's foreign ministries. Nevertheless, the current unclear institutional scheme may place the benefits on long term. A negative input might come with the imprecise division of competences between the High Representative and the President of the EU especially at the level of representation vis à vis third parties.

Having the status of a principle in the area of foreign action, coherence has been provided for in the EU Treaty before Lisbon (art. 3 TEU³⁰ and art. 11(2) TEU³¹) and rewritten again with the same legal value in the revised Treaty (art. 21(3) TEU³² for horizontal coherence and art. 24(3) TEU for vertical coherence³³). The minor textual amendments are twofold, on Koehler's opinion: on one hand, the High Representative is added to the Commission and the Council as responsible for the horizontal coherence, on the other hand neither the principle of horizontal coherence, nor the one for vertical coherence are "justiciable"³⁴ as ECJ's competence has been excluded in contrast with the situation under Nice.

In what concerns the possibility of submitting coherence situations in the field of external action to ECJ's rule, our view is different especially regarding horizontal coherence. Koehler argues that ECJ's competence is excluded for the reason that the ECJ has no jurisdiction in the field of CFSP. First of all, art. 21(3) TEU referring to horizontal coherence belongs to Chapter I (General Provisions on the Union's External Action), Title V of TEU, and the mentioned chapter contains *lex generalis* in the field of external action. While the character of CFSP provisions, structured as the second chapter of the same title³⁵ can be judged as *lex specialis*. The exclusion of ECJ's competence is contained in the second chapter, thus a norm belonging to *lex specialis* cannot extend its effects on general provisions (first chapter). One cannot argue that ECJ will have no competence in applying the principle of coherence to the entire field of external action on the argument that one of its components is excluded from its jurisdiction. Moreover, the wording of art. 275 TFEU is restrictive: "The Court of Justice of the European Union shall not have jurisdiction with respect to the provisions relating to the common foreign and security policy nor with respect to acts adopted on the basis of those provisions", no mention is made to the entire field of external action.

Secondly, art. 275 (2) TFEU, in conjunction with art. 40 TEU add CFSP to the ECJ's scrutiny exactly in the field of horizontal coherence. Article 275(2) TFEU states "However, the Court shall have jurisdiction to monitor compliance with Article 40 of the Treaty on European Union (...)" and article 40 TEU has the following wording: "The implementation of the common foreign and security policy shall not affect the application of the procedures and the extent of the powers of the institutions laid down by the Treaties for the exercise of the Union competences

online.org/Journal/10/Done_European_Foreign_Policy_After_Lisbon_Strengthening_the_EU_as_an_International_Actor_Kateryna%20Koehler.pdf, page visited on 23rd March 2010.

³⁰ Art. 3 TEU refers to horizontal coherence as the Union "Shall in particular ensure consistency of its external activities as a whole in the context of its external relations, security, economic and development policies"

³¹ Art. 11(2) TEU, in its Nice version refers to vertical coherence stating that Member States are also obliged to "support the Union's external and security policy actively and unreservedly in a spirit of loyalty and mutual solidarity."

³² Art. 21(3) states: "The Union shall ensure consistency between the different areas of its external action and between these and its other policies".

³³ Art. 24(3) TEU states: "

³⁴ Koehler, *idem*.

³⁵ The Title name is: "General provisions on the union's external action and specific provisions on the common foreign and security policy".

referred to in Articles 3 to 6 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

Similarly, the implementation of the policies listed in those Articles shall not affect the application of the procedures and the extent of the powers of the institutions laid down by the Treaties for the exercise of the Union competences under this Chapter.”

Therefore, coherence between CFSP, on one hand and any other policy of the EU, be it exclusive, shared or supportive, on the other hand, can be safeguarded by the ECJ, articles 3 to 6 including not only internal competencies but also external ones, some of them being expressly mentioned: common commercial policy, humanitarian aid and development cooperation. In terms of coherence the wording of art. 40 makes a balance between the entire spectrums of policies mentioned in articles 3 to 6 on one hand and the CFSP, on the other hand as one category must not affect the other.

IV. 2. More transparency of external action through an increased role of the European Parliament

The corresponding theme addresses the issue of EP’s involvement in connection with the potential of increasing transparency of the European action. The noticeable increase of EP’s role in external action can thus be judged as an input of transparency in external action.

Article 218 TFEU contains the procedure in concluding international agreements and provides for EP’s assent in concluding the followings: association agreements, agreement on Union accession to the European Convention for the Protection of Human, Rights and Fundamental Freedoms), agreements establishing a specific institutional framework by organising cooperation procedures, agreements with important budgetary implications for the Union, agreements covering fields to which either the ordinary legislative procedure applies, or the special legislative procedure where consent by the European Parliament is required. Nevertheless, agreements in the area of Common Foreign and Security Policy are not to be put under EP’s scrutiny, thus neither EP’s consultation, nor its consent is required.

One of the major innovations of TL, is considered the extension of EP’s role to the common commercial policy (articles 207 and 218 TFEU) as before that, the Council had wide powers to adopt regulations governing trade together with the EP only through the non-binding consultation procedure. The extension of EP’s competence over common commercial policy is caused by its inclusion in the exclusive competences’ category. Thus, article 207 TFEU brings services, TRIPs and foreign direct investment (FDI) into exclusive EU competence.³⁶ Thus EP’s “full involvement in decision-making through the application of the Parliament’s consent is now mandatory for all agreements in this field and the application of the assent procedure prior to the ratification of trade agreements is required”³⁷.

Also, TL brings dramatic strengthening of EP’s influence and role regarding the High Representative through article 17(7) TEU since, as a Vice President of the Commission, the High Representative will become subject to Parliament’s consent on the appointment of the entire Commission and could therefore also be dismissed via the censure procedure for the Commission³⁸.

The consequences of increased role of EP in the field of external action might have in the view of Maurer serious inter-institutional consequences as his newly acquired powers will require continuous consultation with the other institutional actors involved. For example, at high level, regular joint meetings between the group of External Relations Commissioners (chaired by the

³⁶Woolcock, Stephen, “EU Trade and Investment Policymaking After the Lisbon Treaty”, *Intereconomics* 2010, paper available at www.intereconomics.eu/downloads/getfile.php?id=720, page visited on 26th March 2010.

³⁷Maurer, Andreas, “The European Parliament after Lisbon: Policy-making and Control”, Paper presented to the Federal Trust Workshop ‘The European Parliament in an enlarged European Union: Beyond the Lisbon treaty’, London, 25 April 2008, available at <http://www.eu-consent.net/library/deliverables/D19.pdf>, page visited on 26th March 2010.

³⁸Ibidem, p. 11.

Vice President/High Representative) with delegations from relevant Parliament Committees will take place; preparatory works will be also influenced as Council's working groups, COREPER, PSC and the European Commission will meet regularly with EP's rapporteurs and delegations in order to ensure consent where necessary.³⁹

V. 'Constitutional' settings for external action

V.1. Legal personality of the European Union and its consequences in external action

One of the most far reaching developments with great impact on transparency and efficiency is the newly acquired legal personality of the EU, development which came as a logical consequence of the merging of the EU with the European Community and EC's replacement by the EU, as stated in article 1 TEU.⁴⁰ It must be remembered that until the entry into force of the TL, it was only the EC that had express legal personality (article 281 TEC) while EU had an implied or de facto legal personality as articles 24 and 38 TEU provided it with competences in concluding international agreements.

At a first glance, this development might be thought "important politically more than legally"⁴¹, because its input has important consequences in relations with international partners: first of all, it puts an end to the confusion between the European Community and the European Union and the mix of competences they shared, fact that makes the EU a more transparent contracting party. Secondly, the issue of responsibility in fulfilling obligations rising from international agreements is assessed more easily. Nevertheless, as Cremona observes⁴², the importance of EU's legal personality for institutional and procedural aspects in external action, is observed especially when recalling the situations under Nice when agreements covered more than one pillar ("inter-pillar mixity") and where the practice was to conclude such agreements through two separate sets of decisions: one of the EC and those of the Member States, thus involving longer procedures, lack of clarity in the legal base to be chosen and uncertainty with regard to agreement's entering into force and implementation.

Consequently, some other evolutions need mentioning in relation with the legal personality of the EU and with direct effect on increased transparency target set in the Laeken Declaration. These refer to the formal abolition of pillars, although a special place is still reserved for CFSP in the EU's architecture, a reorganization of the provisions referring to external action under the two treaties – TEU and TFEU – having equal legal value: general provisions on the EU's external action and specific provisions on CFSP (including CSDP) being included in TEU, while Part Five of TFEU includes the other fields of external action (eg. Common commercial policy, development cooperation, humanitarian aid, international agreements etc.)⁴³

V. 2. The special status of Common Foreign and Security Policy

In assessing the constitutional importance of foreign relations it is important to notice the fact that, in contrast with the situation before the entry into force of the Treaty of Lisbon when provisions on CFSP were included only in the TEU, at present, both TEU and TFEU contain provisions on CFSP, while art. 1 TEU gives the two documents an equal value. Thus CFSP can be considered to have been 'promoted' constitutionally in spite of its special status (as we shall argue below). From this perspective, we must agree with Lord Owen's view when arguing that the

³⁹ Ibidem, p. 15.

⁴⁰ Kaddous, Christine, "External Action under the Lisbon Treaty", in *Nomos Verlag* (ed), "Ceci n'est pas une Constitution - Constitutionalisation without a Constitution?", Baden-Baden, Germany, 2008, p. 173, available at http://www.ecln.net/documents/sofia_2008/buch/ecln_2008_kaddous.pdf, page visited on 20th March 2010

⁴¹ Dr. Javier Solana quoted by the House of Commons, Committee on Foreign Affairs, Third Report available at <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmselect/cmfaaff/120/12007.htm>, page visited on 23rd March 2010.

⁴² Cremona, idem, p. 38.

⁴³ Kaddous, Christine, op. cit., p. 174.

Treaty of Lisbon “dismantles the intergovernmental pillars” being “a massive step towards further integration”.⁴⁴

With regard to the new, special status of CFSP, the Treaty of Lisbon has left room for debate as it did not place it in one of Union’s three categories of competences but managed to lack precision in this respect. Its special status is derived from the name of the title which contains provisions on it (“General provisions on the Union’s external action and *specific provisions on the common foreign and security policy*”) (emphasis added). Moreover, the two declarations concerning the CFSP (Nos. 13 and 14) attached to the Lisbon Treaty, emphasise the distinctive nature of the CFSP as on one hand, it does not affect the power of Member States to conduct their foreign policy and, on the other hand it increases neither the power of the Commission to initiate decisions nor the power of the Parliament in this domain. Towards this definition, analysts came up with assessments that ended up in different conclusions, CFSP being defined as “sui-generis such as a shared competence without pre-emption”⁴⁵, intergovernmental⁴⁶, or a “second pillar” of the EU⁴⁷.

Although art. 4 TFEU does not list CFSP between its shared competencies, there are arguments to support the view that CFSP belongs to this category and there are views that share them. These arguments refer to the fact that this is a residual category where CFSP could belong.⁴⁸ Another one is art. 26(3)TEU: “The common foreign and security policy shall be put into effect by the High Representative and by the Member States, using national and Union resources.”

Our view is that CFSP stands as a different ‘pillar’ of the EU, without being called so formally, but being given such a status by the substance of the Treaty provisions. There are at least 3 reasons to support this: First, article 40 TEU seems to be firm when detaching CFSP from the other categories of competencies: “*The implementation of the common foreign and security policy shall not affect the application of the procedures and the extent of the powers of the institutions laid down by the Treaties for the exercise of the Union competences referred to in Articles 3 to 6 of the Treaty on the Functioning of the European Union.*” (emphasis added). Secondly, the reading of the second paragraph of this article – giving CFSP an equal weight vis a vis the other competences – comes to strengthen the perspective that CFSP adds up as another category to exclusive, shared and coordination/supportive competencies. Thirdly, the listing of general provisions on Union competencies made in art. 2, Title I TFEU (Categories and areas of Union competencies) is organized apparently, upon the extent of competence the Union possesses, starting with exclusive and ending up with that where the Union may have the weakest influence, i.e. the complementary/supportive category. There, CFSP is listed separately after the “shared” category but before the last one, thus the Union having a more active role than a ‘supportive’ one but being less involved than in a ‘shared’ field.

This Union ‘pillar’ owns a profound intergovernmental nature as provided by art. 24 (3) TEU: “Within the framework of the principles and objectives of its external action, the Union shall conduct, define and implement a common foreign and security policy, based on the development of mutual political solidarity among Member States, the identification of questions of general interest and the *achievement of an ever-increasing degree of convergence of Member States’ actions.*” (emphasis added).

⁴⁴ House of Commons, Committee on Foreign Affairs, Third Report available at <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmselect/cmfaaff/120/12007.htm>, page visited on 23rd March 2010.

⁴⁵ Wouters, Jan, Coppens, Dominic, De Meester, Bart, idem, p.162.

⁴⁶ Diedrichs, Udo, “Flexibility in ESDP: From the Convention tot the IGC and Beyond, in CFSP forum 2 (2004), No. 5, 1-5.

⁴⁷ Kaddous, Christine, op.cit, p. 179.

⁴⁸ Lenaerts, Koen quoted by Wouters, op. cit. infra 2.

In its analysis of the relation between CFSP and the other fields of external action of the EU, Cremona⁴⁹ argues that CFSP should be considered as *lex generalis* while “specific competences creating distinct areas of external policy”⁵⁰ should belong to the *lex specialis* category. Despite its originality, we consider that this view is combated by the mere TEU provisions, who distinguish in the title of Part five, between “*general* provisions on the Union's external action and *specific* provisions on the common foreign and security policy” (emphasis added). Further on, art. 24 (2) provides that: “The common foreign and security policy is subject to *specific* rules and procedures”. (emphasis added).

To add up, we remember the simplification target formulated within the fourth theme of the Laeken Declaration (mirrored in the present section of this paper): “If we are to have greater transparency, simplification is essential.” Some conditions for this target questioned in Declaration's text refer to a possible revision of the distinction between the Union and the Communities and whether the division into three pillars should be maintained or not? While the distinction between the Communities and the Union has been constitutionally abolished, there is uncertainty towards the division into pillars. The effect is a tempered ‘upgradation’ of CFSP as where there is no clear constitutional division there is room for maneuver left for further developments and possibly fully fledged communitarisation of this area, as uncertainty may work in favor of CFSP's evolution.

V. Conclusion

As stated at the beginning of this paper, the intention has been to analyse to what extent do the ‘means’ provided by the Treaty of Lisbon serve in reaching the political target that the EU becomes “a power able to play a stabilising role worldwide and to point the way ahead for many countries and peoples”⁵¹. The Declaration's text provided within the second chapter more specific goals that would have contributed in defining the more general one, mentioned above, goals that applied to developments in the external action as well. The paper has selectively chosen the most relevant innovations of the TL and has managed to prove what input had these legal modifications to the goals addressed by the Laeken Declaration. Firstly, regarding a better division and definition of competences, although they are logically grouped and listed, the issue whether implied external competence is exclusive or shared remained unanswered (completely). Secondly, the set of instruments and the list of actors to represent EU on the global stage has definitely become longer (more actors and more flexibility in the field of CFSP that also covers more Petersberg tasks) but the delineation of competences between the High Representative and the President of the European Council remains a task to be fulfilled through other instruments than primary law.

Then, the exact picture of the EEAS has received a first draft although the entry into force of the Council Decision has to be confirmed. Thirdly, as the EU should become more transparent and efficient on the global stage in order “to point the way ahead for many countries and peoples”, we have analysed the principle of coherence and his stable position via treaty modifications. The increased role of the EP especially in the conclusion of international agreements contributed to improving transparency of external action vis à vis EU citizens. Fourthly, important ‘constitutional’ achievements have been mentioned noticing the newly acquired legal personality of the EU and the special status of the CFSP – (still) comparable to the former pillar of the EU.

As the time is still young since the entry into force of this new modifying treaty, practice will come as new arguments in delimitating debate on some of the pointed issues in this paper like the ‘specific’ status of CFSP, the sharing of competence between the High Representative and the President of the European Council or the evolution of the EEAS draft. The paper has argued on

⁴⁹ Cremona, Marise, *idem*, p. 46, 47.

⁵⁰ *Ibid*, p. 46.

⁵¹ The Laeken Declaration on the Future of the European Union.

some occasions that, probably, the lack of precision regarding some provisions has been left for the purpose of allowing evolution and not restraining it as EU history has proved that incremental evolution has been equally effective in EU's progress. Thus we can only agree with Cremona's view: "The lesson here is that we cannot and should not expect the Treaties to resolve all the constitutional issues; important questions (...) are rightly left open to the possibility of evolution and the important benefits of flexibility valued over a (probably unreal) certainty."⁵²

References

- Cremona, Marise, *Defining competence in EU external relations: lessons from the Treaty reform process*, in Alan Dashwood & Marc Maresceau (eds), *Law and Practice of External Relations: Salient Features of a Changing Landscape*, (Cambridge University Press, 2008), 34-39.
- Diedrichs, Udo, *Flexibility in ESDP: From the Convention to the IGC and Beyond*, in CFSP forum 2 (2004), No. 5, 1-5.
- Duke, Simon, *Providing for European-Level Diplomacy after Lisbon: The Case of the European External Action Service*, *The Hague Journal of Diplomacy*, vol. 4, no. 2, September 2009, p. 221-233.
- Kaddous, Christine, *Role and Position of the High Representative of the Union for Foreign Action and Security Policy under the Lisbon Treaty*, in Griller & Ziller (eds.), *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?* (Vienna, Springer, 2008).
- Kaddous, Christine, *External Action under the Lisbon Treaty*, in Nomos Verlag (ed), "*Ceci n'est pas une Constitution - Constitutionalisation without a Constitution?*", (Baden-Baden, Germany, 2008), p. 173, available at http://www.ecln.net/documents/sofia_2008/buch/ecln_2008_kaddous.pdf, page visited on 20th March 2010.
- Koehler, Kateryna, *European Foreign Policy after Lisbon: Strengthening the EU as an International Actor*, *Caucasian Review of International Affairs*, Vol. 4 (1) – Winter 2010, p. 57, available at http://cria-online.org/Journal/10/Done_European_Foreign_Policy_After_Lisbon_Strengthening_the_EU_as_an_International_Actor_Kateryna%20Koehler.pdf, page visited on 23rd March 2010.
- Maurer, Andreas, *The European Parliament after Lisbon: Policy-making and Control*, Paper presented to the Federal Trust Workshop 'The European Parliament in an enlarged European Union: Beyond the Lisbon treaty', (London, 25 April 2008), available at <http://www.eu-consent.net/library/deliverables/D19.pdf>, page visited on 26th March 2010.
- Roubier, Paul, *Théorie générale du droit*, (Paris, Sirey, 1951)
- Wouters, Jan, Coppens, Dominic, De Meester, Bart, *The European Union's External Relations after the Lisbon Treaty*, in Stefan Griller and Jacques Ziller (eds.), *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, (Vienna, Springer, 2008), p. 143 – 2003
- Woolcock, Stephen, *EU Trade and Investment Policymaking After the Lisbon Treaty*, *Intereconomics* 2010, paper available at www.intereconomics.eu/downloads/getfile.php?id=720, page visited on 26th March 2010.
- 'European Parliament Resolution on the Institutional Aspects of the European External Action Service', 26 May 2005, Official Journal of the European Union, C 117 E/233, 18 May 2006, P6_TA(2005)0205.
- Laeken Declaration on the Future of the European Union, text available at <http://european-convention.eu.int/pdf/LKNEN.pdf>, page visited on 21st March 2010.
- Proposal for a Council decision establishing the organisation and functioning of the European External Action Service available at http://eeas.europa.eu/docs/eeas_draft_decisi_on_250310_en.pdf, page visited on 29th March 2010.

⁵² Cremona, idem. p. 48.

- ECJ, Opinion 2/91, Convention No. 170 of the International Labour Organization concerning safety in the use of chemicals at work, [1993] ECR I-1061.
- ECJ, Opinion 1/94, Competence of the Community to conclude international agreements concerning services and the protection of intellectual property (WTO), [1994] ECR I-5267.
- ECJ, Opinion 1/03, Competence of the Community to conclude the new Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, [2006] ECR I-1145.

THE EVOLUTION OF ADMINISTRATIVE COURTS IN ROMANIA

MARTA CLAUDIA CLIZA *

Abstract

The purpose of this paper is to present the evolution of the institution of administrative courts in Romania, as structures that oscillated between the French system and the system of common law courts. The idea of administrative court is not a new one within the Romanian legislative system, but it creates a specificity of the battle between the people who are administered and the administration, a battle that took different forms throughout the course of time. The system was not completely abandoned even during the communist era, yet its role was significantly reduced. This paper intends to highlight the grounds where the idea of administrative court was developed, so that the reader might better understand how this institution was created and how it managed to obtain the importance it has today.

Key words: administrative court, Romanian specificity, trial courts, administration, harmed party

Introduction:

Deriving from the classical separation of powers, the Executive branch has always represented a highly important factor for the internal organization of the state.

However, the Executive branch has always been prone to abuse, and therefore there was a need for the actions and inactions of the Executive to be censored by another state power.

This is precisely why the control of courts on the administration is the most important form of control which, synthetically speaking, is traditionally expressed by using the name "administrative court" and represents the finality of administrative law.¹

In this context, administrative courts appear to be a specific element of the rule of law. This is why it is so important for us to know the history of administrative courts, in order to understand how come one has created in Romania a system which allows a person to fight the administration if they feel their rights or legitimate interests have been tampered with.

The purpose of this paper is to chronologically and historically reveal how one has adopted the laws which invested the Judiciary power with the role of solving the matters pertaining to administrative courts.

From a formal point of view, throughout time we can distinguish three great systems of administrative courts - systems that were established depending on how the litigations between persons and the administration were settled:

a) **The system of the administrator who is also the judge** (it is characterized by the fact that the conflicts with administration were settled by administrative authorities with jurisdictional attributions); this system existed in France until the Revolution of 1789, and bodies of the administration were invested with the task of solving such litigations;

b) **The system of special and specialized administrative courts**, which are separated from ordinary courts; the system is currently used in France, in the form of appellate administrative courts, which are ruled by the State Council, as the supreme administrative court (this system is characterized by the fact that the conflicts with administration are settled by courts that are specialized in this type of conflicts - courts that are distinct from those pertaining to ordinary law). A specificity of the French system is the fact that the judicial activity is separated from the activity of the active administration of administrative law, which represents a parallel

* Lecturer Ph. D., Faculty of Law, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest, (cliza_claudia@yahoo.com)

¹ Dana Apostol Tofan, *European administrative institution*, (Bucharest, C.H. Beck Publishing House, 2006),

jurisdiction order and which is separated from the Judiciary power;

c) **The Anglo-Saxon system of common law courts**, which also have authority in matters pertaining to administrative courts.

The legislation in effect in our country initially enforced the French system, then the Anglo-Saxon one, with certain particularities throughout different periods of time, but we have also maintained the system of the administrator who is also the judge.

At this point, in Romania we cannot speak about a belonging to one of these systems, but we can say that we have a hybrid system, given the provisions of article 30, corroborated with the provisions of article 10 of Law no. 554/2004², according to which, until fiscal-administrative courts are established, the task of settling litigations pertaining to administrative courts matters is awarded to the administrative and fiscal departments within ordinary courts, respectively to law courts, appellate courts and the High Court of Cassation and Justice.

This paper is a synthesis of the legislation in the field; the purpose of this paper is to show how the system of administrative courts was created, the role that this system has played throughout time, as well as the importance and significance that this system has in the Romanian legal system.

The evolution of administrative courts in Romania

The institution of administrative court has permanently been a matter of interest for Romanian legislators, for the administrative doctrine and for the judicial practice, as the collective life continuously moved and the interests of the community clashed with the interests of the individuals; therefore there was the need to find means to harmonize such interests.

Thus, during the inter-war period, the notion of administrative court was given two meanings: **in a broad sense**, it was referred to when one mentioned all litigations belonging to the field of public administration, irrespective of the authority which settled them; **in a limited sense**, it was referred to when one mentioned only the litigations that were to be settled by law courts.

During the same period of time, the term of “administrative court” was used both in a formal sense, which took into account the nature of the body in question, and in a material sense, which took into consideration certain specific and inherent elements that pertained to the litigations and which were in themselves independent from the nature of the jurisdiction to which they were submitted.³

Administrative courts as they are today are mainly the result of a historical evolution, which happened gradually, being influenced by our country’s specific needs.

As administrative courts represent fundamental institutions of the public law, which ensure the performance of the legal control of the activity of public administration authorities and which target to guarantee the lawfulness of the documents issued by such authorities, as well as the compliance with the rights and legitimate interests of the harmed parties in their relations with such authorities, it is important for us to know the historical evolution of such institutions throughout time.

The institution of administrative court is one of the institutions with ancient traditions in our country; from a legislative point of view, this institution was first mentioned in the law on the establishment of the State Council of 1864, but one must also take into account the first attempts made to regulate this institution.

From the point of view of the idea of administrative justice, one can identify three periods of time: the first one lasted from our country's origins until the year 1822, the date of the Democratic Constitution of the Moldavian Coal Miners – this was the first document mentioning the concept

² Law no. 554/2004 pertaining to administrative courts was published in the Official Journal no. 1154 of December 7, 2004 and became effective after 30 days from the date of publication

³ C.G. Rarincesu, *Romanian administrative courts*, (Bucharest, Universala Alcalay&Co Publishing House, 1936), 31

of administrative court; the second period of time lasted between 1822 until 1864, the date when the State Council was created and was given enlarged authority pertaining to administrative courts matters; the third period of time lasted between 1864 until 1925, the date when the Law on administrative courts was adopted.⁴

During the first period of time, the Romanian Principalities did not know the principle of the separation of powers and, therefore, one cannot talk about an administrative justice, as long as there was no actual Judiciary power – not even for settling the litigations occurred between individuals. Back then, the rulers had full powers.

In his paper entitled "Istoria Romanilor din Dacia Traiana" (*Translation: The history of the Romans living in the Dacia Traiana territory*), A.D. Xenopol wrote: "the ruler had absolute powers and their authority was only limited by their fear of God, by the compliance with traditions and by the fear of revolt, but legally such powers were not limited in any way".⁵

Later, as the number of high offices increased and they became more and more numerous as the state began to become organized, the rulers delegated the judiciary attributions to boyars.

At that time, the only form of protection that individual could find against the abuse of clerks and administrative bodies was to file a hierarchical complaint to the high officials of the Principalities, and especially to the ruler. However, this kind of complaining was rather primitive and it would only happen when the ruler traveled in the country.⁶

This idea emerged from the first time in the Constitution of 1822, which, although was never enforced, proved that the legal ideology had reached a superior level.

Point 8 of the project of the Constitution of 1822 stipulated the following: "Anyone who harms someone, be them their judge or master, must be submitted to guilt and judgement, without considering the person's aspect". Point 10 mentions a principle: "The order of the superior does not defend the executor from the responsibility for the prejudice caused: anyone who harms another one's honor, by spoken or written words, or by any other means that is reprehensible, mocking or defamatory, and anyone who is sent with orders from the governors, judges or officials, who exceeds their order and who harm other people's honor or integrity must be submitted to legal investigation".

Thus, if the project of the Constitution of 1822 had been enforced, the result would have been the establishment of the administrative justice 42 years in advance. However, this Constitution is the first document mentioning rather precise notions pertaining to administrative courts.

Against the orders ruled by the State Council, the legislator foresaw the method of revision. Revision could be asked for within 3 months from the date when the order was communicated.

A significant era in the evolution of administrative courts is the period of time between February 11, 1864 and July 12, 1866 – a period which is also known as the Period of the State Council.

At this time, one can speak about the legislative reforms of Alexandru Ioan Cuza. The most important element for the topic of this paper is the Law no. 167 on the establishment of the State Council, on February 11, 1864, a law which completely followed the French model.

This Council functioned next to the Executive power and its role was to draw up law-related projects that the Government was to present to the Elective Assembly, and also to draw up the administrative regulations by means of which laws were enforced.

Yet, the most important dimension of the State Council is that stipulated in article 1, paragraph 2 of the law and which created the legal prerogative of this authority in administrative matters.

⁴ M. Iorgulescu, *Legal matters of administrative acts issued by the authority*, (Bucharest, Curierul Judiciar SA Publishing House, 1928), 107 and the following

⁵ A.D. Xenopol, *Istoria partidelor politice (Translation: The history of political parties)*, 81

⁶ C.G. Rarincesu, *op. cit.*, 73

The State Council was chaired by the ruler and it settled litigations on the grounds of the organic law, of the establishment law and on the grounds of certain special laws.

However, the State Council was not a real court, but rather an intermediary institution between the consultative administration and administrative courts.

A significant dimension of the State Council is its attribution to analyze and settle litigations pertaining to the decisions of the ministers that were ruled with excess power or by failing to comply with the laws and regulations in effect, with the decisions and other documents issued by prefects or with the decisions of the public works commissions.

As far as administrative court-related matters are concerned, besides these attributions one must also mention the role of the State Council to settle individuals' complaints.

The law on the establishment of the State Council was also completed with procedural norms, which included provisions pertaining to the committees' sessions organized for matters pertaining to administrative courts.

Also, we mention that attorneys at law who had to plead before the State Council were submitted to the same conditions they had to fulfil in order to plead before the Court of Cassation. Therefore, one must draw the natural conclusion that the State Council was given the same value as the Court of Cassation, respectively the supreme court in matters pertaining to administrative courts. One can therefore see that at that time, the Romanian system was very close to the French one and it basically copied the system of the French State Council.

As a procedure to settle litigations, one must mention that the decisions of the State Council did not cancel the administrative documents, nor did they grant compensations. The State Council only issued notices and the minister in charge was to make the final decision in the respect, and therefore confirm the State Council's notice.

Another significant novelty brought on by this law, which was extremely important for the system of administrative courts, was the establishment of the institution of preliminary procedures.

Thus, before addressing the State Council, an individual who fought to defend an interest, had to complain to the minister in charge; the individual could only file a complaint to the State Council if they did not receive an answer within 15 days.

Against the decisions of this authority, the law also stipulated a means of attack, i.e. the revision, which could be filed for within 3 months from the date when the decision was communicated.

The period of time between **July 12, 1866 and July 1st, 1905** stands out by the abolition of the State Council, by the Law on the division of different attributions of the State Council, of July 12, 1866. This law stipulated that the matters pertaining to administrative courts were granted to ordinary law courts, respectively to appellate courts and common law courts, following the Anglo-Saxon model.

This law was given for the enforcement of the provisions of article 131 of the Constitution of 1866, which targeted the abolition of the State Council and no other express regulation pertaining to administrative courts were given.

The hostility against the State Council, which actually led to the abolition of this institution, was based upon the resentment that those who drew up the Constitution of 1866 had for an institution which proved to be too dependent on the Government, which it helped to enforce its dictatorial policies, when the State Council replaced the Parliament in the process of law creation.

These reasons also determined the abolition of the State Council in other countries, such as Italy or Belgium.

However, these reasons are completed by other ones: the Romanian Constitution of 1866 was inspired by the Belgian Constitution of 1831, which had also abolished the State Council, and therefore we could not maintain an institution which did not exist in the model that we had followed; an apparent reason was also found – the fact that this Council was considered to be too

expensive⁷; at that time, the beliefs of the Romanian legal community were not favorable to the establishment of an administrative jurisdiction that was distinct from the Judiciary power.

Starting with July 1st, 1905 and until the Special law of 1925, the provisions pertaining to administrative courts were found in the legislation concerning the organization and functioning of the supreme court. A law expressly regulating this institution was therefore missing and this proved an obvious hostility against an administrative Supreme Court of Justice, just as it happened with the State Council.

The beginning of this period of time is marked by the adoption, on July 1st, 1905, of the Law concerning the organization of the High Court of Cassation and Justice, a document which was also known as the "Badarau Law".

One can say that the purpose of the Law of 1905 was to eliminate the defaults of the courts' system existing at that point and that the law was characterized by the following features: Individuals were recognized the right to attack illegal administrative documents in justice, and this kind of matters was to be exclusively settled by the common law court, the 3rd Section of the High Court of Cassation and Justice. A court in annulment was also established, following the possibilities the court had to cancel the illegal document of the administration - as it results from the provisions of article 62 of the Law mentioned above.

Subsequently, the Law on the Court of Cassation and Justice of March 25, 1910 (the "Toma Stelian Law")⁸ abolished the system of administrative courts that had been established by the Law of 1905, and thus the attributions on administrative courts of the 3rd Section of the Court of Cassation and Justice were transferred back to the common law courts (article 74 of the law), but these courts no longer had the right to cancel the illegal administrative documents.

The previously analyzed pieces of legislation have only generated effects for a short period of time, as on February 17, 1912, the Law on the reorganization of the Court of Cassation and Justice, also known as the "Cantacuzino Law", transferred back the matters of administrative courts to the 3rd Section of the Court of Cassation and Justice.

This law stipulated that Government's acts were excepted from the control performed by law courts and at this point our country's legislation explained for the first time what exactly "Government's acts" meant.

They were defined as "the measures taken for protecting a general interest pertaining to public order, state security, be it internal or external, or any other superior requirements, such as: declaring the state of siege, war actions that would result from a force majeure situations or from the immediate necessities of the battle, executing and interpreting treaties and diplomatic conventions signed with foreign countries, taking measures against epidemics, epizooties, floods, hunger, internal troubles, extradition and expulsion of foreigners and others of this type".

Article 99 of the Constitution adopted on March 29, 1923 regulated the right of the harmed parties to obtain compensations, by means of a decree or an order signed or countersigned by a minister.

Article 107 of the same Constitution gave the parties who were harmed by illegal administrative acts the right to ask law courts to recognize their rights.

The previously-mentioned provisions of the Constitution have represented the grounds for the adoption of the Law on administrative courts, of December 23rd, 1925, which stood out due to its modern elements, which were revolutionary in this field; this period of time lasted until July 1st, 1948.

The institution of administrative court regulated by the Law of 1925 was a subjective one, as the plaintiff could only invoke the harming of a subjective right. Also, one may speak about full-jurisdiction administrative courts, which meant that anyone who considered to have had their rights harmed could have requested the cancellation of the act could have invoked the illegality of the act as an exception and could have asked for compensations.

⁷ Paul Negulescu, *Treatise on the Romanian administrative law, volume I*, (Bucharest, Gutemberg Publishing House), 1906, 245

⁸ M. Iorgulescu, *op. cit.*, 138

Referring to the administrative courts' system established by the analyzed law, professor Constantin G. Rarincescu said: "The Law of 1925, just like the Law of 1905 and that of 1912, has this fundamental feature of being something like an institution added over the existing matters which pertain to the competence of law courts, an institution that is neither abolished, nor changed by any of the courts". To this, one might also add that our legal organization system is familiar with the existence of some special administrative jurisdictions, which have reduced competence that is limited to certain categories of litigations.

Thus, during this period of time, the system of administrative courts took three forms:

1) Matters of administrative courts exercised by common courts, in keeping with the common law procedure;

2) Matters of administrative courts exercised by the Judiciary power, in keeping with the Law of December 23rd, 1925;

3) Matters of administrative courts exercised by special administrative jurisdictions (for example, the Court of Accounts, which was established by the Law of January 24, 1864 and was later mentioned in article 116 of the Constitution of 1866 as a jurisdictional body for accounting for public money).

Subsequently, after the Constitution of 1938 was adopted, in the system for the organization of Romanian administrative courts one must also mention Administrative Courts, which were organized as jurisdictional courts with special competences, courts which settled the matters pertaining to the lawfulness of the acts that were only issued by the local administration bodies.

The Constitution of 1938 kept administrative courts within the competences of law courts, also maintain certain administrative jurisdictions.

The period July 9, 1948 – September 1st, 1967 must be divided into two distinct periods of time:

a. July 9, 1948 – June 19, 1952;

b. June 19, 1952 – September 1st, 1967.

During the first period of time, between July 9, 1948 and June 19, 1952, administrative courts were abolished by the Decree no. 128/1948 and thus law courts lost their general right to control the lawfulness of the acts of the state administration bodies.

This measure was based upon the principle of a singular power in the state. The measure was taken starting from the idea that state administration bodies were subordinated to the Great National Assembly (the supreme body of the state power), which would have rendered useless the performance of legal controls on the activity of this category of bodies.⁹

The second stage began when the Decree no. 132/1952 became effective, as this Decree changed the Code of Civil Procedure, in the sense that it completed Chapter I, Title II, Second Book with a new section, Section 5, which was entitled "Complaint" and included article 120, paragraph 1 and article 120, paragraph 2.

By introducing the legal institution of complaint or contestation, the Decree opened the attack way against certain administrative acts issued by the state administration bodies for the interested persons, who could exercise such right within 15 days from the day when the order was communicated.

According to the provisions of article 35 of the Constitution of September 1965, "the person who had one of their rights harmed or who was harmed by an illegal act of a state body may ask competent bodies to cancel the act and to repair the damage". The provisions of article 103 stipulated that "law courts and courts will judge the applications of the people who had their rights harmed by administrative acts and can also make a legal decision on the lawfulness of such acts".

These constitutional provisions represented the grounds for the adoption of Law no. 1/1967 on the rights of law courts to judge the applications filed by the persons who had their rights harmed by illegal administrative acts. This law established a full jurisdiction subjective system of

⁹ A. Iorgovan, *Treatise on administrative law, volume II*, (Bucharest, All beck Publishing House, 2005), 472

administrative courts and expressed conditions for the admissibility of the action of harming a subjective right that was stipulated by law.

Yet, as promising as it might have been, this law failed to win the citizens' trust, and because of the very numerous exceptions stipulated in articles 14 – 16, there were fewer cases based upon the provisions of Law no. 1/1967.

From the entire economy of the law, one can draw the conclusion that normative administrative acts could not have been controlled by direct actions, but only by means of illegality exceptions, which could have only been removed, with effects for the parties, in the cases where an individual administrative document that was attacked was based upon such a normative administrative act.

During this period of time, both because these exceptions and because the judges who settled such legal conflicts rejected *de plano* the application of the persons who had their rights harmed by illegal administrative acts (obviously, judges were not independent, as they were elected by people's councils, whose executive committees adopted or issued the administrative acts which represented the object of the trial), the institution of administrative court became a purely formal institution, as the number of cases settled by administrative courts was reduced by the year.

However, we can say that the provisions of Law no. 1/1967 mentions some institutions that later acquired stability in administrative law, such as the cancellation of the execution of the administrative act by the court.

After the revolution of December 1990, the institution of administrative court was dominated by two organic laws: Law no. 29/1991 and Law no. 554/2004.

If Law no. 554/2004, as essentially modified in 2007, not only deserves separate study, but was analysed in treatises or monographs, in the final part of this study we will provide a short presentation of Law no. 29/1990.

As one can observe, Law no. 29/1990 was a pre-constitutional law, and therefore the first change it suffered was caused by the constitutional texts that became effective in 1991.

However, Law no. 29/1990 created the modern system of administrative courts in Romania, mainly because there was the need to transform this institution into a real tool that those who were harmed by the acts of public authorities could use to have access to justice.

The institution of administrative courts was no longer a form with no content, but was intended to be the real way towards eliminating the abuse of public authorities, which, by authority acts, could have harmed the citizens' rights and legitimate interests.

Reported to the provisions of Law no. 29/1990 and the implicit changes that the Constitution made to this law, during the analyzed period of time the institution of administrative courts stands out due to the following features:

According to the provisions of article 17 of the analyzed law, specialized courts were established - administrative departments were established within law courts, appellate courts and the Supreme Court of Justice and these departments had the competence to settle matters pertaining to administrative courts.

Once the Constitution became effective, on December 8, 1991, the legal control performed by means of administrative courts was also extended to the normative documents issued / adopted by all public institutions, and not only by administrative ones.

A full-jurisdiction system was established, as, by settling the matter, the court could fully or partially cancelled the administrative act, could oblige the administrative authority to issue an administrative act, to issue a certificate, a receipt or another document and it could also make a decision on the lawfulness of the administrative acts or operations that represented the grounds for the issue of the act submitted to judgement. If the action was allowed, the court could also make a decision about material and moral damages. The provisions of this law expressly mentioned responsibility for moral damages – for the first time in history.

As far as the object of the litigations is concerned, the law stipulated that administrative courts were to exercise controls by direct actions not only on the typical administrative acts, but also on assimilated administrative acts, which were materialized either by the authority's silence, or by an unjustified refusal of such authority.

As far as the capacity of the parties to the trial, any natural or legal person which considered to have had one of their legally-recognized rights harmed could have the capacity of plaintiff; in keeping with the provisions of article 48 of the Romanian Constitution of 1991, any public authority which issued an administrative act that harmed a legally-recognized subjective right could have the capacity of respondent.

Legal actions could also be formulated personally against the officer of the respondent authority who issued the act or who was responsible for having rejected an application, if compensations are requested for the prejudice caused by a delay; in this situation, if the case is admitted, the person in question might be liable to pay the compensations asked for.

In conclusion, in keeping with the provisions of Law no. 29/1990, the responsibility of administrative courts appeared as two different aspects: as the liability of the public authority and as the liability of the public officer.

The purpose of administrative courts was a subsidiary control, in the sense that, before addressing the competent court, anyone who considered to have been harmed had to file a complaint (the preliminary administrative procedure) at the authority which had issued the administrative act or the superior authority, within 30 days from the date when they were communicated the administrative act.

After the Constitution became effective, for the first time the prefect's competence was acknowledged – during the control, the prefect had the authority to attack in competent administrative courts any administrative act adopted or issued by the local public administration authorities.

Administrative courts had two degrees of jurisdiction – main issue and recourse; both were granted to the administrative and fiscal courts within law courts, appellate courts and the High Court of Cassation and Justice.

Obviously, this regulation had to be submitted to the improvement mechanism of the Romanian Law on administrative courts, and therefore it was abrogated when Law no. 554/2004 became effective, as this law represented a major change in the philosophy of regulations in the field of administrative courts.

Conclusions

In order to fully understand an institution, it is extremely important to know its history. This study is important, as it was intended to review the legislation that generated the system of administrative courts in the Romanian legal system. In order to emphasize the importance of this legal institution, we have analyzed the roots of this institution, up to the moment when it was established.

The conflict between administration and the people who are administered has always been a topic which was of interest for both parties involved. As the administration became better, it also became more bureaucratic and the subtleties of this fight became more and more profound – an aspect which encouraged both theoreticians and practitioners in the field of law to further analyze this phenomenon. In this context, the scientific endeavour which tried to analyze the institution of administrative courts, from its origin until present day, is fully justified.

After reading this study, one can draw the conclusion that future studies will have to continue this paper by a thorough analysis of the current regulation of administrative courts, in order to complete the study of the historical evolution of the institution.

References

- Dana Apostol Tofan, *European administrative institution*, (Bucharest, C.H. Beck Publishing House, 2006)
- C.G. Rarincesu, *Romanian administrative courts*, (Bucharest, Universala Alcalay&Co Publishing House, 1936) 31
- M. Iorgulescu, *Translation: Legal matters of administrative acts issued by the authority*, (Bucharest, Curierul Judiciar SA Publishing House, 1928) 107
- A.D. Xenopol, *Translation: The history of political parties*, 81
- Paul Negulescu, *Translation : Treatise on the Romanian administrative law, volume I*, (Bucharest, Gutemberg Publishing House, 1906) 245
- Iorgovan, *Treatise on administrative law, volume II*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2005) 472

THE EUROPEAN OMBUDSMAN AND THE RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION

ELENA EMILIA ȘTEFAN*

Abstract

The role of the European Ombudsman is to protect the rights and interests of citizens, being notified with their complaints regarding maladministration in the activity of Community institutions or bodies, except for jurisdictional institutions.

By means of specific mechanisms, the European Ombudsman, acting ex officio or on request, launches inquiries to analyze instances of maladministration, drafting in the end a report he then submits to the European Parliament and to the relevant institution.

In relation to the European ideals, the institution of the European Ombudsman, being an independent institution, gives a serious warning when it acknowledges that such deficiencies truly exist, so that the principle of transparency in the functioning of Community institutions may become reality, and not remain just a desideratum.

Key words: *ombudsman, right to good administration, right to information, maladministration, lack of transparency*

Introduction

In the following, we aim at presenting the institution of the European Ombudsman within the European legislative framework, making direct references to the implications of this institution for the protection of the rights of natural and legal persons.

A scientifically rigorous approach determines us, before beginning to analyze the subject matter of our study, to make a presentation of the right to good administration in the functioning of the public authorities.

In other words, the prologue of this subject matter aims at describing the institutional framework of the concept of good administration (I) analyzed along with the right to information and with the notion of maladministration (II).

The central axis of the work is the analysis of the content of the Statute (III), of the Enforcement Decision and of the Ombudsman's case law, referring to cases solved as a result of its direct involvement (IV).

The utility of the study is underlined by the intention of highlighting the novelties brought in the field by the presented community acts, but also the case law formed as a result of the European Ombudsman's involvement for the protection of the human rights.

Finally, we intend to make a synthesis of the conclusions deriving from our analysis (V).

Literature review

The issues related to the European Ombudsman have been the subject matter of many studies by authors specializing in law. Among these we would like to mention the following: Dana Apostol Tofan, *European Administrative Institutions*, (Bucharest, CH Beck Publishing House, 2006), 205-217, Ioan Muraru, *People's Advocate, an institution similar to the Ombudsman*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2004), 1 et seq., Verginia Vedinaș, *Administrative Law, 4th Edition, revised and updated*, (Bucharest, Universul Juridic Publishing House, 2009), 132-133, Ioan Muraru, Mihai Constantinescu, Simina Tănăsescu, Marian Enache, Gheorghe Iancu,

* Elena Emilia Ștefan, assistant, Faculty of Law, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest (stefanelena@gmail.com)

Interpretation of the Constitution. Doctrine and Practice, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 2002), 3, Alina Dinu, *The Mediator of the French Republic*, (Bucharest, Public Law Magazine no. 1/2008), 74, A.R. Brewer-Carias, *Les principes de la procedure administrative non contentieuse. Études de droit compare* France, Espagne, Amérique Latine, (Paris, Collection Science et Droit Administratif, Economica, 1992), 124 et seq., Silvestro Alessandro, *Le Médiateur européen face au Parlement européen* (Revue du Marché commun et de L'Union européenne, Janvier 1999, n° 424), 53-54, Gh. Iancu, D. Ionea, *A Comparative Insight on the Organization and Functioning of Ombudsmen and Mediators*, (Bucharest, Public Law Magazine no. 3/2004, CH Beck Publishing House, 2004), 21, Cormeliu Manda, Ovidiu Predescu, Ioan Popescu Slăniceanu, Cezar Manda, *The Ombudsman – A Fundamental Institution of the State of Law*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 1997), 254 etc.

(I) The right to good administration

The institution of the European Ombudsman or Mediator was created by the Maastricht Treaty on 07 February 1992.

The notion of “ombudsman” has different meanings in the various parts of world: people’s advocate, mediator, defensor del pueblo, defender of justice¹ etc.

The preference for this name is due exactly to the legal role and significance of the institution it evokes² (...).

Since its very creation, the purpose of the ombudsman institution was to protect the rights and interests of citizens in their interactions with the public authorities³.

Recently, elections have been organized⁴ for the European Ombudsman. On 20 January 2010⁵, Mr. Nikiforos Diamandouros was re-elected as the European Ombudsman for a new commission that will expire in 2014⁶.

His priorities⁷, as he declared after being re-elected, are the following:

“I will make sure that the citizens of the European Union will take as much advantage as possible from the Lisbon Treaty. I have in mind particularly the right to good administration, the right to access the documents of the European Union, and the right to engage in a dialogue with the EU institutions”.

The main challenge for Mr. Diamandouros will be “the consolidation of the culture of the service in the administration of the European Union”.

The right to good administration is established in the Charter of Fundamental Rights of the European Union⁸ proclaimed at the Summit of Nice in December 2000 by the presidents of the 3 main institutions of the European Union: the Commission, the Parliament and the Council.

¹ For details regarding the European Ombudsman, see Dana Apostol Tofan, *European Administrative Institutions*, CH Beck Publishing House, Bucharest, 2006, 205-217

² Ioan Muraru, *People’s Advocate – An Institution similar to the Ombudsman*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2004), p.1, quoted by Verginia Vedinaș, *Administrative Law*, 4th Edition, revised and updated, (Bucharest, Universul Juridic Publishing House, 2009), 132.

³ Alina Dinu, *The Mediator of the French Republic*, (Bucharest, Public Law Magazine no. 1/2008), 74.

⁴ For full details, see <http://www.europarl.europa.eu/electionombudsman/fr/homepage.html>

⁵ Decision of the European Parliament of 20 January 2010 electing the European Ombudsman, Official Journal L, 39, 12.02.2010, 4

<http://eurlex.europa.eu/Result.do?direct=yes&lang=ro&where=EUROVOC:002140&whereihm=EUROVOC:People’s Advocate European Community>

⁶ http://www.europarl.europa.eu/news/public/story_page/020-67874-025-01-05-902-20100121STO67824-2010-25-01-2010/default_ro.htm

⁷ http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/020-67588-018-01-04-902-20100118IPR67587-18-01-2010-2010-false/default_fr.htm

⁸ Charter of Fundamental Rights, published in the OJ 2007 C 303

See <http://eur-lex.europa.eu/ro/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303RO.01000101.htm>

The Charter of Fundamental Rights⁹ reunites in a single text the assembly of the civic, political, economic and social rights of the European citizens and of all those who live on the territory of the Union, consisting of 54 articles and 7 titles.

The European Ombudsman has had an important contribution to the enactment of the European Code of Good Administrative Behaviour¹⁰ by which he defined the concept of good administration by suggesting what its text should sound like, a Code that was approved by the Parliament on 6 September 2001 and that currently serves as guide and source of information¹¹ for the personnel of all the Community institutions and bodies.

The right to good administration¹², according to the European Code of Good Behaviour, has four components:

1.) Any person has the right that the institutions and bodies of the Union examine their case impartially and correctly, within a reasonable period of time;

2.) This right includes mainly: the right of each person of being heard before taking individual measures that could negatively affect their situation; the right of each person of having access to the file of their own case, provided that the authorized confidentiality interests and the professional and commercial secrets are observed; the obligation of the administration to motivate its decisions;

3.) Each person has the right to claim indemnities from the Community, in accordance with the general common principles of the legislation of the Member States, for any damage caused by institutions or by their employees while exercising their duty;

4.) Each person may address the institutions of the Union in writing, in any of the languages of the Treaty and must receive a reply in the same language.

The Charter of Fundamental Rights is no longer included¹³ in the text of the Treaty, but it was proclaimed by the three institutions before signing the LT¹⁴; however, it will be legally binding, thus achieving the most important progress aimed by the CT¹⁵ in this respect.

The failure to include¹⁶ the Charter of Human Rights in the actual body of the treaties is the compromise that had to be made as a result of the fact that some Member States (Great Britain, Denmark, The Netherlands) expressed their position which, had the Charter been included in the body of the Treaties, would have subjected the LT to the ratification procedure via referendum, which would have endangered its entry into force.

As a matter of fact¹⁷, one of the purposes for which the People's Advocate was created is actually the improvement of the activity of public administration and its main and immediate purpose is to confront the public administration and the citizens who believe their rights are violated by the public authorities and institutions.

(II) Right to information

The right to information is regulated in the European legislation by several acts including, without limitation:

⁹<http://www.europarl.europa.eu/parliament/public/staticDisplay.do?id=47&pageRank=6&language=RO>

¹⁰ Le Code Européen de Bonne Conduite Administrative, Office des publications officielles des Communautés Européennes, L- 2985 Luxembourg 2002, ISBN 92-95010-42-6

¹¹ For full details, see <http://www.ombudsman.europa.eu/activities/home.faces>

¹² The text can be consulted at www.eurombudsman.eu.int.

¹³ Cristina Morariu, *The Lisbon Treaty: the Constitution is dead. Long live the Constitution!*, (Bucharest, Romanian Magazine of International Law no. 6 January-June 2008, C. H. Beck Publishing House, 2008), p.70

¹⁴ The Lisbon Treaty

¹⁵ The Constitutional Treaty

¹⁶ Cristina Morariu, op cit, 70

¹⁷ Ioan Muraru, Mihai Constantinescu, Simina Tănăsescu, Marian Enache, Gheorghe Iancu, (*Interpretation of the Constitution. Doctrine and Practice*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 2002), 3

1.) The Lisbon Treaty¹⁸ which establishes that: any citizen of the Union may address in writing any institution or body referred to in this article or in article 13 of the Treaty on European Union in any of the languages specified under article 55 paragraph (1) of the Treaty on European Union and to receive a reply drafted in the same language, according to article 24).

The Lisbon Treaty asserts that the functioning of the European Union is founded on the principle of representative democracy, according to article 8A paragraph 1. However, the Treaty remains focused on the protection of fundamental rights and, as soon as this document becomes effective, the European Charter of Fundamental Rights will become mandatory for the Member States of the European Union.

The Treaty asserts that the institutions of the Union maintain an open, transparent and constant dialogue with associations. In view of ensuring coherence and transparency of the Union's actions, the European Commission proceeds to extensive consultations with the interested parties.

2.) The Charter of Fundamental Rights of the European Union asserts values such as the protection of the fundamental rights and freedoms, the right to life, liberty, dignity, equality between women and men, solidarity, education, environmental protection and improvement of the quality of life, protection of children, etc.

3.) Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003¹⁹ on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC.

4.) Regulation (CE) no. 1049/2001²⁰ regarding public access to the European Parliament, Council and Commission documents.

5.) Directive 2003/98/EC²¹ on the re-use of public sector information, aiming at harmonizing the standards and practices of Member States with regard to using public sector information.

All these rights deriving from the aforementioned pieces of legislation are established based on the fundamental rights and freedoms that are already recognized by the European Convention on Human Rights²², by the European Social Charter of the Council²³, by the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers²⁴ etc. However, we currently encounter modern versions thereof, inspired from the evolution of the society we live in.

(III) The concept of maladministration or bad administration

The European Ombudsman²⁵ defined in its annual report for 2007 the concept of “bad administration” or “maladministration”, subsequently approved by the European Parliament.

¹⁸ The Lisbon Treaty amends the Treaty on European Union and the EC Treaties (without replacing them) and provides the Union with the necessary legal framework and legal instruments in order to cope with the future challenges and to meet the expectations of citizens. The Lisbon Treaty was signed by the 27 Member States of the European Union on 13 December 2007. It became effective on 1 December 2009.

For further details, see http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_ro.htm C 306/10 RO Official Journal of the European Union 17.12.2007

¹⁹ http://www.environmental-law.ro/nr12004/16_Directiva%202003.pdf

²⁰ Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JO 2001 L 145/43. Regulation 1049/2001 aims at conferring the highest possible effect to the right of public access to documents and at establishing the general principles and the limits of such access;

²¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:13:41:32003L0098:RO:PDF>

²² <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E7126929-2E4A-43FB-91A3B2B4F4D66BEC/0/RomanianRoumain.pdf>

²³ The Charter was opened for signing in Torino, in September 1961, it entered into force in 1965 but its current version is the one updated in 1997. The Charter established the fundamental social rights in Europe since its very enactment.

²⁴ The Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers was enacted on 9 December 1989, in Strasbourg, by the heads of state and government of eleven Member States of the European Union

²⁵ Le Médiateur européen “Le guide du citoyen”, Office des publications officielles des Communautés Européennes, L- 2985 Luxembourg 2002, ISBN 92-95010-42-6

In its annual report for 1997, the Mediator suggested this as a definition of “bad administration”, a definition that was adopted by the European Parliament one year later, in 1998, by a resolution.

For further details, please visit http://www.euro-ombudsman.eu.int/report_04_fr/default.htm

Thus, the “inadequate administrative behaviour” or the “bad administration” is when the public body fails to act in accordance with its relevant provisions or principles.

The modern conception²⁶ of the administrative transparency (...) determines the public administration to motivate its administrative acts, and compels public servants to satisfy the information requests of the public, within the legal limits.

Each year, the European Ombudsman submits its report to the European Parliament, making a balance sheet of its entire activity carried out in the course of that year, analyzing situations from a statistical point of view.

In the following, in order to be able to exemplify what maladministration means in practice, we evoke the conclusions of the Ombudsman’s report for year 2008 to the European Parliament.

In his report for 2008, the Ombudsman asserted that: “although eight years have passed since the Parliament’s adoption of the Resolution of 6 September 2001²⁷ approving the European Code of Good Administrative Behaviour, the other main institutions haven’t fully complied with the Parliament’s request of adapting their practices in agreement with the provisions of the Code”.

Among the so-called instances of maladministration referred to the Ombudsman in 2008²⁸, most of them related to the lack of transparency (in 36% of the inquiries), which included the refusal of having access to information or documents.

At the same time, a general increase of the number of complaints made with the institution of the European Ombudsman, regardless whether they are related to a truly or an allegedly maladministration.

In 2008, the Ombudsman recorded 3,406 complaints, as compared to 3,211 in 2007, which means there was an increase by 6% as compared to 2007.

Among these, 228 were allowed, although they failed to meet the Prerequisites for launching an inquiry; 293 inquiries were launched based on complaints, and 281 complaints were declared unallowable.

Most of these inquiries concerned the European Commission (66%), the European Parliament (10%), the European Personnel Selection Office (EPSO) (7%), the Council (3%), the European Anti-Fraud Office (OLAF) (2%), and other EU institutions and bodies (13%).

The instances of maladministration involved: lack of transparency (refusal to provide information and documents) 36%, illegality, misuse of authority 20%, procedural flaws 9%, negligence 8%, delay in payment 8%, mistakes of law 7%, discrimination 5%, failure to fulfil obligations 5%, other cases of maladministration 13%.

In many cases, after the inquiries conducted by the European Ombudsman, the conclusion is that the instance of maladministration does not exist and the inquiries are eventually closed.

Thus, in 2008, from the 355 inquiries performed, out of which 352 were launched as a result of complaints and 3 on own initiative, the result of the investigations showed that in 110 of the cases (31% of the investigated complaints) no instance of maladministration was acknowledged.

²⁶ A.R. Brewer-Carias, *Les principes de la procédure administrative non contentieuse*. Études de droit comparé (France, Espagne, Amérique Latine), collection Science et Droit Administratif, Economica, Paris, 1992, p.124 et seq., quoted by Dana Apostol Tofan, *Instituții Administrative Europene (European Administrative Institutions)*, (“CH Beck” Publishing House, Bucharest, 2006), 36

²⁷ Resolution of the European Parliament of 6 September 2001 regarding the European Ombudsman’s Special Report as a result of launching an inquiry on its own initiative with regard to the existence and the public accessibility, at the level of the various Community institutions and bodies, of the Code of Good Administrative Behaviour (JO C 72 E, 21.3.2002, 331).

²⁸ Report for 2008, please visit <http://www.ombudsman.europa.eu/activities/home.faces>

The Report for 2008 was approved by: Résolution du Parlement européen du 12 novembre 2009 sur le rapport annuel relatif aux activités du médiateur européen en 2008 (2009/2088(INI))

(III) Activity²⁹ of the European Mediator according to the Statute and the enforcement orders³⁰ given by the Mediator by virtue of article 14 of the Statute.

Subsection 4.1 Legal grounds of the right to make a complaint

The right to make a complaint before the Mediator is set forth in the Lisbon Treaty under articles 20, 24 and 228, in the Mediator's Statute³¹ and in the enforcement orders³² given by the Mediator by virtue of article 14 of the Statute, as well as in the Charter of Fundamental Rights.

The Code of Good Administrative Behaviour includes, as fundamental rights of citizenship, the right to good administration and the right to notify the European Mediator in case of bad administration.

Subsection 4.2 Range of persons who can make complaints

Article 43 of the Charter of Fundamental Rights, under Chapter V called "Citizens' Rights", establishes that: "Any citizen of the Union and any natural or legal person residing or having its registered office in a Member State has the right to refer to the Ombudsman of the Union cases of maladministration in the activities of the Community institutions or bodies, with the exception of the Court of Justice and the Court of First Instance acting in their judicial role."

In the Lisbon Treaty, under article 20 establishing citizenship of the Union among other rights such as the right to move and reside freely within the territory of the Member States, the right to stand as candidate in elections to the European Parliament, the right to petition the European Parliament; under point (d) it also establishes the right of Union citizens to apply to the European Ombudsman and to address the institutions and advisory bodies of the Union in any of the Treaty languages and to obtain a reply in the same language.

Article 24 (ex-Article 21 TEC) stipulates that: "Every citizen³³ of the Union may apply to the Ombudsman established in accordance with Article 228".

A European Ombudsman, elected by the European Parliament³⁴, is empowered to receive complaints from any citizen of the Union or from any natural or legal person residing or having its registered office in some other Member State, concerning instances of maladministration in the activities of the Union institutions, bodies, offices or agencies, with the exception of the Court of Justice of the European Union acting in its judicial role", according to Article 228 (ex-Article 195 TEC).

Therefore, the range of persons³⁵ that the constitutional text entitles to address the European Ombudsman is wide, as it includes: "Any citizen of the Union, as well as any natural or legal person residing or having its registered office a Member State".

²⁹ The seat of the European Mediators is within the seat of the European Parliament in Strasbourg. Also, the European Mediator has his own web page², where detailed information on his activity and the complaint form can be found.

³⁰ Décision du médiateur européen portant adoption de dispositions d'exécution Adoptée le 8 juillet 2002 et modifiée par décision du médiateur du 5 avril 2004.

³¹ Décision 94/262 du Parlement Européen relative au statut et aux conditions générales d'exercice des fonctions du médiateur JO L 113 de 1994 Adoptée le 9 mars 1994 (JO L 113 du 4.5.1994), et modifiée par décision du Parlement Européen du 18 juin 2008 (2008/587/CE, Euratom)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008D0587:RO:NOT>

³² Décision du médiateur européen portant adoption de dispositions d'exécution Adoptée le 8 juillet 2002 et modifiée par décision du médiateur du 5 avril 2004.

³³ According to Article 20 "Every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union".

³⁴ He is elected after each election of the European Parliament, during the commission of the Parliament (5 years). His commission can be renewed.

³⁵ Elena Ștefan, *The European Ombudsman in the light of the European Constitution*, (Bucharest, Public Law Magazine no.1/2006, CH Beck Publishing House, 2006), 106

Subsection 4.3 Competence of the European Ombudsman

The European Mediator investigates and notices instances of maladministration in the activity of the institutions or bodies of the European Community, such as the European Commission, the Council of the European Union and the European Parliament.

Only the legal activities of the Court of Justice and of the Court of First Instance do not fall under the Ombudsman's activity.

The European Mediator does not concern himself with complaints regarding: the national, regional or local administration in the Member States. This issue is incumbent on the national mediators³⁶ who came into being around the 70's and 80's, except for the Scandinavian countries where this position has existed for a long time: Sweden 1909, Finland 1919, Denmark 1953.

Subsection 4.4 Complaint procedure

The European Ombudsman may act in two directions: he can conduct inquiries either based on the intimations he receives, or on his own initiative. He can launch inquiries *on his own initiative*, having the same investigation powers in his own inquiries as the ones he has in treating complaints coming from petitioners. His power of launching an inquiry *on his own initiative* allows the mediator to investigate an instance of maladministration presented in a complaint, even if such complaint is made by a person that is not entitled to intimate the mediator.

A complaint is not of the mediator's competence if:

- it is made by a person that is not entitled to intimate the mediator
- it is not made against a Community institution or body
- it is made against the Court of Justice or the Court of First Instance acting in their judicial role
- it does not refer to a potential instance of maladministration.

For the complaint to be allowed, it must meet the following conditions:

- refer to a Community institution or body (European Commission, Council of the European Union, Court of Auditors, Court of Justice and Court of First Instance, unless they act in their judicial role, the Economic and Social Committee of the European Communities
- specify the person making the complaint and the object of the complaint,
- be lodged within 2 years since the petitioner became aware of the complained facts,
- must be preceded by administrative demarches with the involved bodies,
- must not refer to facts undergoing judgment or already judged,
- must refer to instances of maladministration.

Interested persons may have access to the Mediator's unpublished documents under the terms and within the limits of Regulation 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents; the access to documents will be automatically guaranteed, except for complaints declared confidential, according to the legal provisions.

The European Mediator has vast investigation powers. The Community institutions and bodies must provide him, on request, with the information he needs or to allow him access to the relevant files. Also, Member States must provide the information that may help to clarify instances of maladministration in the activity of European Community institutions or bodies. The access to

³⁶ Silvestro Alessandro, *Le Médiateur européen face au Parlement européen* (Revue du Marché commun et de L'Union européenne, Janvier 1999, n° 424, 53-54. For more details on the activity of national ombudsmen, see also: Dana Apostol Tofan, *European Administrative Institutions*, (Bucharest, CH Beck Publishing House, 2006), 205-217, Gh Iancu, D Ionea, *A Comparative Insight on the Organization and Functioning of Ombudsmen and Mediators*, (Bucharest, Public Law Magazine no. 3/2004, CH Beck Publishing House, 2004), 21, Ioan Muraru, *People's Advocate, an institution similar to the Ombudsman*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2004), 1 et seq., quoted by Verginia Vedinaş, *Administrative Law, 4th Edition, revised and updated*, (Bucharest, Universul Juridic Publishing House, 2009), 132, Cormeliu Manda, Ovidiu Predescu, Ioan Popescu Slăniceanu, Cezar Manda, *A Fundamental Institution of the State of Law*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 1997), 254 etc.

information or to classified documents, particularly to sensitive documents, in accordance with Article 9 of Regulation (EC) no. 1049/2001, must observe the security standards of the relevant Community institution or body.

The Ombudsman and his personnel must not disclose the information and documents they become aware of during the investigations, according to Article 4 of the Statute.

If the Mediator fails to find sufficient elements to launch an inquiry, he will close the file and inform the petitioner about doing that. However, if he finds sufficient elements to launch a justified inquiry, he will inform the petitioner and the relevant institution. Taking into account the institution's opinion and the petitioner's comments, the Mediator may decide to close the case or to continue the inquiry.

Should the Mediator establish that *there is indeed an instance of maladministration*, he will cooperate as much as possible with the relevant institution to find an amicable solution to the complaint, by removing the instance of maladministration and solving the petitioner's complaint.

If the Mediator believes that *no amicable solution* can be reached, he closes the case by giving a motivated decision that can contain a critical comment, or by drafting a report that contains recommendation projects.

The Mediator submits to the European Parliament, on an annual basis, a report on his entire activity, including the results of inquiries and, should an institution or body fail to satisfactorily respond to a recommendation project, the Ombudsman may send a special report to the European Parliament.

The Mediator may cooperate with the mediators or similar bodies of the Member States to increase the efficiency of his inquiries and of the inquiries of mediators and similar institutions of the Member States. We would like to remind you that at international level there is the European Mediation Network, the European Institute of the Ombudsman, the International Institute of the Ombudsman that promote the role and place the Ombudsman should have in a democratic society, namely to guarantee the observance of the fundamental human rights and freedoms.

(IV) Case law

In the following, we will present some cases of the recent practice of the European Ombudsman with regard to instances of maladministration.

1.) For a start, we will present a case that was included in a special **report³⁷ of the Ombudsman in 2008**, as a result of a recommendation project intended for the European Commission. It refers to an instance of age discrimination³⁸ among independent interpreters.

In the occurrence, in 2000 the European Commission and the European Parliament ceased to employ ACIs³⁹ older than 65. The claimant, who had been working for these institutions for more than 35 years as an ACI, turned 65 in 2004. As of that moment, the claimant ceased receiving job offers from these institutions. The claimant lodged two complaints with the Ombudsman, against the Commission and the Parliament, asserting that these institutions were discriminatory towards him on grounds of age. In the second case against the Parliament (Case 186/2005/ELB), which was closed on 19 November 2008, the Parliament accepted the Ombudsman's recommendation project and, therefore, the Ombudsman did not acknowledge instances of maladministration.

In the case against the Commission, the Ombudsman's opinion was that the Commission failed to adequately justify the decision of treating differently ACIs older than 65. However, the Commission rejected both the proposed amicable solution and the recommendation project

³⁷ Special report of the European Ombudsman to the European Parliament as a result of his recommendation project intended for the European Commission regarding complaint 185/2005/ELB

³⁸ Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 185/2005/ELB against the European Commission

<http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/ro/3665/html.bookmark>

³⁹ Conference Interpreter Agents ("ACI") are the independent interpreters hired for conferences and specific reunions. The length of each specific commission is short, usually no more than several days.

elaborated by the Ombudsman in his effort of solving the problem. Since this case raises an important elementary issue, the Ombudsman submitted to the Parliament a special report showing that he had already recommended to the Commission to change its current policy of imposing an interdiction in recruiting ACIs older than 65. He also recommended the Commission to pay indemnities to the claimant.

Article 21 of the Charter of Fundamental Rights forbids discrimination on grounds of age. The Ombudsman admits that, in exceptional circumstances, a difference in treatment on grounds of age can be justified in order to attain “legitimate aims”. In the occurrence, the Ombudsman did not exclude the possibility that the aim invoked by the Commission – to recruit and train new interpreters – could be a “legitimate aim”. Nevertheless, he expressed his doubt for the fact that a *total interdiction* of recruiting ACIs older than 65 could be a suitable and necessary measure to attain that aim.

In his special report, the Ombudsman asks the Parliament to support the recommendation he gave to the Commission.

2.) The second case concerns an **inquiry on own initiative**⁴⁰ launched by the European Ombudsman with regard to the European Commission. Thus, on 5 August 2008, a complaint from a Polish NGO was recorded against the European Commission.

The claimant claimed that the European Commission unfairly refused his access to the endorsement, motivated by the fact that, in accordance with the procedure established under Article 226CE, the Commission had lodged a request in Poland regarding the enforcement of Directive 85/337/ECC.

The European Commission grounds its refusal on Article 4 (2) of Regulation 1049/2001 establishing that institutions must reject requests to access a document if the disclosure of its content could harm the protection, for the purpose “of inspection, inquiry and audit”, unless there is a public interest necessity to disclose the same.

The European Commission stated that the inquiry was ongoing and, therefore, a disclosure of the motivated endorsement could harm the protection of its purpose.

The European Commission referred to the relevant case law in the matter.

In the light of the aforementioned case law, the European Ombudsman did not find sufficient reasons to launch an inquiry for the aforementioned complaint, but decided to suggest to the Commission that, when treating similar cases in the future, it should inform applicants that the refusal of granting access to information in accordance with Regulation 1049/2001 is not an obstacle against the possible disclosure of the document, according to the national legislation.

Therefore, if the applicants have not already done that, it could consider approaching their national authorities in the matter. In this case, the European Ombudsman gave a decision to close the inquiry on own initiative.

3.) This case refers to **procedural errors in a case concerning competition**⁴¹

In a recent decision, after making the inquiry regarding the Company X, the European Ombudsman concluded that the European Commission was guilty of maladministration.

In fact, on 10 July 2008, the Company X⁴² lodged a complaint with the European Ombudsman, accusing the European Commission of procedural errors while conducting the antitrust investigation against it, by virtue of Article 82 of the EC Treaty.

The Company complained about the fact that the European Executive failed to draft a minute of the meeting with the Company Y on 23 August 2006, although the meeting concerned directly

⁴⁰ Case OI/2/2009/MHZ

⁴¹ Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 1935/2008/FOR against the European Commission, <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/summary.faces>

⁴² The Company X, a company holding 80% of the PC processor market, was inflicted a fine of more than EUR 1 million by the European Commission for misuse of dominant position with a view to crushing its competitors on the market

the object of the investigation conducted by the Commission with regard to Company X.

In his Decision EO/09/19, the Ombudsman acknowledged that during the meeting of 23 August 2006 the Commission had gathered information regarding the object of its investigation. Also, he acknowledged that the Commission failed to adequately record the meeting and that the investigation file of the Commission did not include the agenda of the meeting.

The Ombudsman concluded that the Commission had committed an act of maladministration and closed its inquiry with the following critical comment:

“By not adequately drafting a written record of the meeting of 23 August 2006, the Commission violated the principles of good administration”. It would be in the interest of good administration of the Commission’s services to make sure that, in the future, a suitable internal record is drafted and included in the file, specifying the content of the meeting or of the phone calls with third parties concerning important procedural aspects.

4.) In the following, we present several cases that were **amicably solved by intervention of the Ombudsman**.

a.) Failure to grant access to documents regarding an OLAF inquiry⁴³.

The Belgian customs authorities declared, in 2002, two Belgian companies, of which the first was an importer of fruits, particularly bananas, and the second was a provider of services acting as a customs agent, which were guilty of using fake Spanish certificates (“AGRIM certificates”) to import bananas at a preferential price.

The relevant reports concluded that the two companies and other companies thus avoided paying the import charges amounting to more than EUR 8 millions. The investigation of the Belgian customs authorities in this case was based on a request lodged with the European Anti-Fraud Office. To prepare the lodging of an appeal, the two companies requested that OLAF give them access, based on Regulation 1049/2001/EC on public access to documents, to a long list of documents regarding its investigation in the aforementioned case of forgery. OLAF allowed the consultation of some of the requested documents, but refused access to most of them, mainly because their disclosure would have endangered the protection of the OLAF’s investigation and of the judicial procedures in several Member States.

In their identical complaints addressed to the Ombudsman, the two companies claimed that OLAF had violated the provisions of Regulation 1049/2001.

After examining the file investigated by OLAF, the Ombudsman reached the conclusion that OLAF acted incorrectly, refusing access to an entire series of documents. Therefore, the Ombudsman proposed an amicable solution, suggesting that OLAF should reconsider its position.

OLAF accepted the proposal regarding the amicable solution. According to the Office’s declarations, the conclusion it reached after consulting with the judicial authorities of the relevant Member States is that the disclosure of the requested documents would not affect the protection of its investigation or of the judicial procedures of the relevant Member States. Consequently, OLAF allowed the access of applicants to a total number of 168 pages of relevant documents. The applicants confirmed that they reached an amicable solution and thanked the Ombudsman for obtaining this result. Therefore, the Ombudsman closed the case.

b.). The alleged omission to schedule an interview before the deadline by which the candidate⁴⁴ should have given birth.

The claimant, a German citizen, participated in a general competition organized by EPSO. When she was invited to an interview, she immediately informed EPSO that she was to give birth

⁴³ Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into joined complaints 723/2005/OV and 790/2005/OV against the European Anti-Fraud Office

<http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/sl/4506/html.bookmark>

⁴⁴ Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 1303/2007/(WP)(BEH)KM against the European Personnel Selection Office (EPSO)

<http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/ro/4297/html.bookmark>

on 11 March 2007, asking to be interviewed before 9 February 2007. EPSO replied that it could not approve this request because the 9th of February 2007 was not within the time frame allotted for interviewing the German speaking candidates. In exchange, EPSO proposed the 16th of April 2007 as an alternative date for the interview.

In her complaint to the Ombudsman, the claimant basically claimed that EPSO had unfairly rejected her request of appearing for the interview before the 9th of February 2007 and that it failed to adequately manage its correspondence on the subject. She claimed that EPSO was to admit its own unfair management of her special situation, to bear the travel expenses for her nursemaid and to adopt an official policy with regard to pregnant candidates who have given birth recently. In its letter, EPSO basically stated that it had made all the efforts to satisfy the applicant's requests. However, due to organizational reasons, scheduling an interview before the 9th of February 2007 was not possible.

The Ombudsman was not convinced of the impossibility to reschedule the interview. Consequently, he proposed an amicable solution by which EPSO was to (i) admit that it failed to adequately manage the applicant's special situation, (ii) reimburse *ex gratia* her nursemaid's travel expenses, and (iii) to elaborate an official policy regarding pregnant and breast-feeding candidates.

Following this suggestion, EPSO reimbursed the travel expenses and stated that female candidates now have the possibility to inform EPSO with regard to special requirements, such as those concerning breast-feeding mothers. EPSO reiterated that it had adopted all the necessary measures to satisfy the applicant's requirements.

Consequently, the suggestion for amicable solution was only partly successful. In his decision to classify the case, the Ombudsman saluted EPSO's decision to reimburse the nursemaid's travel expenses and to revise its policy on the subject, as well as its decision to inform the female candidates that special measures may be taken if there is need.

c.). The alleged failure to observe⁴⁵ the equality between the various alphabets in the EU

The claimant, a Bulgarian citizen, lodged a complaint to the Committee on Petitions of the European Parliament. His complaint concerned the website of the EU bookshop, which is managed by the Publications Office. The claimant criticised that the online registration form available on the EU Bookshop's website could not only be filled in with character of the Latin alphabet. He claimed that it should also be possible to use Cyrillic or Greek characters. Seeing that the aforementioned complaint contained accusations of deficient administration, the president of the Committee on Petitions transferred the case to the Ombudsman, who launched an inquiry.

During the inquiry, the Publications Office presented two reasons to justify its position: the need to comply with the recommendations of the Universal Postal Union and technical reasons.

The Ombudsman believed that the reasons are unconvincing and that they do not have a direct relevance for the way the Publications Office should organize the online registration of its users.

Therefore, the Ombudsman proposed an amicable solution to the Publications Office, in accordance with Article 3 paragraph (5) of his Statute. The Publications Office accepted the proposal of amicable solution and committed to make sure that, by the end of the first quarter of 2010, it will be possible to register online on the EU Bookstore's website using both Cyrillic and Greek characters.

In its comment, the claimant stated that he was pleased with the result of his complaint. The Ombudsman closed the case, as solved by the institution.

⁴⁵ Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 2060/2008/VIK against the Office for Official Publications of the European Communities
<http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/ro/4383/html.bookmark>

d.) Inclusion of an NGO on the blacklist⁴⁶.

In 1996, a German NGO helping refugees and casualties of war asked the Commission to allow it sign the Framework Partnership Agreement in order to carry out humanitarian activities in collaboration with the Commission. In 2001, the Commission rejected the NGO's request. In an internal comment of 2001, made by a unit chief within the Commission and addressed to other unit chiefs, its author said that she "would be grateful if you made sure that your personnel is acquainted with the situation, *so that we can avoid any commitment with this NGO.*"

In a complaint made with the Ombudsman, the NGO claimed that the Commission had decided, without hearing it, to include it on the blacklist because it had made assertions against the Commission regarding misadministration. In the NGO's opinion, the Commission thus acted discriminatorily, disproportionately, arbitrarily and unjustly. The claimant also claimed that the Commission misled a European deputy with regard to its approach. The complaint was rejected due to procedural reasons. However, considering the gravity of the claims, the Ombudsman decided to launch an inquiry on his own initiative.

After careful analysis of the aforementioned comment, the Ombudsman found that the Commission failed to abstain from discrimination since it included the NGO on the blacklist due to the main reason, or at least also due to the reason, that it had made assertions against the Commission regarding misadministration. Moreover, it held that the Commission's conduct was obviously disproportionate and unfair, being equivalent to a misuse of authority. The Ombudsman also concluded that the Commission's letter to the European deputy was indeed misleading.

In a recommendation project, the Ombudsman asked the Commission to offer its apologies to the NGO and to the European deputy and to examine if new measures are needed to avoid such instances of misadministration in the future. The Commission expressed its regrets for allowing the comment to be wrongly interpreted, but maintained that the statement regarding the inclusion on the blacklist was ill-founded and that the letter to the European deputy was justified.

The Ombudsman was not convinced and made a critical comment, confirming the existence of "flagrant instances of maladministration".

3.) Finally, we present some cases where no maladministration was acknowledged**a.) The European Ombudsman established that the claimed instance of maladministration does not exist⁴⁷.**

Thus, the claimant, an American citizen, was contacted by a consulting company, the Commission's contractor, to evaluate a project financially supported by the European Initiative for Democracy and Human Rights (an EU programme aiming to promote human rights and democracy all over the world). During the evaluation, the claimant thought he discovered proof of fraud and of deliberate maladministration of the Community Funds. However, his findings were not included in the assessment report project submitted by the contractor to the Commission because the contractor considered that the claimant's accusations were not suitably motivated. Thus, the claimant sent his own version of the report directly to the Commission. Therefore, his contact with the contractor was terminated.

Following a minute investigation, the Ombudsman reached the conclusion that there has been no maladministration on the Commission's part, and that no additional investigations are justified. Particularly, the Ombudsman noticed that, in the meanwhile, the European Anti-Fraud Office had examined the claimant's accusations of fraud and maladministration.

⁴⁶ Decision of the European Ombudsman closing his own-initiative inquiry OI/3/2007/GG concerning the European Commission

Draft recommendation to the European Commission in own-initiative inquiry OI/3/2007/GG
<http://www.ombudsman.europa.eu/cases/draftrecommendation.faces/en/544/html.bookmark>

⁴⁷ Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 1906/2007/VIK against the European Commission <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/ro/4185/html.bookmark>

b.) Complaint about the failure of the European Personnel Selection Office (EPSO) to provide a detailed answer⁴⁸

The claimant, a Romanian citizen, wished to participate in the general competition EPSO/AD/47/06 for the recruitment of administrators of Romanian nationality. On 25 October 2006 he appeared for the preselection tests at the appointed testing centre in Bucharest. Since his name appeared incorrectly written on the computer's screen, according to the instructions received, he clicked "NO", which ended his participation in the competition. In his complaint, he claimed that EPSO failed to reply to his complaint of 25 October 2006 regarding the aforementioned issue and claimed the right to participate again in the preselection tests.

The Ombudsman proposed an amicable solution according to which EPSO must provide the claimant with a correct answer to his complaint of 25 October 2006 and invite him to participate again in the preselection tests. EPSO accepted the proposal, provided the claimant with an extensive reply to his complaint of 25 October 2006 and contacted the claimant to establish a convenient date for the preselection test. However, the claimant was not satisfied with the proposed amicable solution. Therefore, the Ombudsman concluded that the amicable solution of the complaint was not possible.

The Ombudsman appreciated that EPSO accepted his proposal to amicably solve the case and considered there no longer was an instance of maladministration caused by EPSO, therefore it closed the case.

c.) The alleged discrimination on grounds of age against the Council of the European Union. *The complaint was treated confidentially.*

In 2006, the claimant applied for a temporary position of agent, for a period of one year, namely an Irish translator within the Council. In October of the same year, the Council offered him a position starting with January 2007. The claimant accepted the offer and began preparations for his relocation to Brussels. On 30 November 2006, the Council informed him that, in view of complying with the provisions of Article 47 of the Set of Rules applicable to the other agents of the European Communities (CEOS), establishing the retirement age at 65, he will be sent a new contract, valid only until 30 April 2007 (as on the 28th of April the claimant was going to turn 65).

In his complaint to the Ombudsman, the claimant claimed that art. 47 was wrongly interpreted by the Council and that he was subject to discrimination on grounds of age. He asked for an amicable solution.

After conducting an inquiry, the Ombudsman found that the only logical significance of item (a) of Article 47 establishing the retirement age at 65 is that it applies to all temporary agent contracts. Therefore, the Ombudsman concluded that the Council's interpretation of Article 47 was correct.

As regards the assertion regarding the discrimination on grounds of age, the Ombudsman noticed that maladministration can be invoked only as far as the applicable standards provide an institution with a margin of appreciation that the institution exercises in a discriminatory manner. Nevertheless, maladministration cannot be invoked if the applicable standards fail to provide the institution with a margin of appreciation, but rather if such standards force the institution to treat differently a certain category of persons. Therefore, as regards the second allegation, the Ombudsman did not conclude it was an instance of maladministration.

During his inquiry, the Ombudsman asked the Council either to deal with another allegation (i.e. that it had made a mistake by first notifying the claimant that he was granted a contract for one year, despite the fact that the claimant had previously informed the Council about his date of birth) or, otherwise, to immediately accept an amicable solution. He noticed that the Council

⁴⁸ Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 1566/2007/DK against the European Personnel Selection Office

<http://www.ombudsman.europa.eu/cases/summary.faces/ro/4458/html.bookmark>,

agrees to pay **ex gratia** an adequate amount to the claimant as indemnities for the suffered damage and stress.

The Council accepted to pay the claimant **ex gratia** the amount of EUR 1,000 as indemnities for the suffered damage and stress. The claimant accepted the Council's gesture. Thus, the Ombudsman concluded that the third allegation and claim of the claimant were solved by the Council. The Ombudsman strongly welcomed the Council's efforts to compensate the omission.

(V) Conclusions

At the same time we notice the positive effect that the involvement of the European Ombudsman has in solving the complaints, out of the large rate of complaints solved amicably by the notified institution. Thus, in 129 of the cases that were closed in 2008 (36% of the total) the relevant institution accepted an amicable solution or solved the problem, which indicates that the institutions and bodies are willing to consider complaints as an occasion to remedy existing errors and to cooperate with the Ombudsman, to the benefit of citizens.

On the other hand, in the light of the case law presented above, we can assert that the role of the European Ombudsman is to watch at the observance of citizens' rights and interests, getting actively involved in solving conflicts and acting may times *ex officio*, regardless whether they concern inadequate acts or attitudes of the Community institutions.

At the same time, it is alarming how much the number of cases concerning lack of transparency in the activity of the Community institutions and bodies has increased.

In the light of the above, it follows that the Mediator is both a natural person and an independent institution that he leads, being a binder between citizens and the Community institutions and bodies, or, in other words, he is the moral authority of the European Union.

Finally, we welcome the position of the European Ombudsman in his report for 2008, namely that he believes that the term "maladministration" should be hereafter thoroughly interpreted, so as to include not only the illicit administrative acts or cases of violation of legal standards or mandatory principles, but also, for example, cases where the administrative authorities had an indolent, negligent behaviour, or lacking transparency in fulfilling their duties towards citizens, or violating other principles of good administration.

References

- Dana Apostol Tofan, *European Administrative Institutions*, (Bucharest, CH Beck Publishing House, 2006), 205-217
- Ioan Muraru, *People's Advocate, an institution similar to the Ombudsman*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2004), 1 et seq.
- Verginia Vedinaș, *Administrative Law*, 4th Edition, revised and updated, (Bucharest, "Universul Juridic" Publishing House, 2009), 132-133
- Ioan Muraru, Mihai Constantinescu, Simina Tănăsescu, Marian Enache, Gheorghe Iancu, *Interpretation of the Constitution. Doctrine and Practice*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 2002), 3
- A.R. Brewer-Carias, *Les principes de la procédure administrative non contentieuse. Études de droit compare (France, Espagne, Amérique Latine)*, (Paris, collection Science et Droit Administratif, Economica, 1992), 124 et seq.
- Cormeliu Manda, Ovidiu Predescu, Ioan Popescu Slăniceanu, Cezar Manda, *The Ombudsman – A Fundamental Institution of the State of Law*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 1997), 254
- Alina Dinu, *Mediatorul Republicii în Franța*, (Bucharest, Public Law Magazine no. 1/2008), 74

- Silvestro Alessandro, *Le Médiateur européen face au Parlement européen* (Revue du Marché commun et de L'Union européenne, Janvier 1999, n° 424), 53-54
- Gh Iancu, D. Ionea, *A Comparative Insight on the Organization and Functioning of Ombudsmen and Mediators*, (Bucharest, Public Law Magazine no. 3/2004, CH Beck Publishing House, 2004), 21
 - Elena Ștefan, *(The European Ombudsman in the light of the European Constitution, (* Bucharest, Public Law Magazine no. 1/2006, CH Beck Publishing House, 2006), 106
 - Cristina Morariu, *The Lisbon Treaty: the Constitution is dead. Long live the Constitution!*, (Bucharest, (Romanian Magazine of International Law no. 6 January-June 2008 , C. H. Beck Publishing House, 2008), 70
 - Decision of the European Parliament of 20 January 2010 electing the European Ombudsman, Official Journal L, 39, 12.02.2010, 4
 - Charter of Fundamental Rights, published in the OJ 2007 C 303
 - Le Code Européen de Bonne Conduite Administrative, Office des publications officielles des Communautés Européennes, L- 2985 Luxembourg 2002, ISBN 92-95010-42-6
 - Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JO 2001 L 145/43
 - European Social Charter of the Council
 - Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers was enacted on 9 December 1989, at Strasbourg
 - Le Médiateur européen “Le guide du citoyen”, Office des publications officielles des Communautés Européennes, L- 2985 Luxembourg 2002, ISBN 92-95010-42-6
 - Resolution of the European Parliament of 6 September 2001 regarding the European Ombudsman’s Special Report as a result of launching an inquiry on its own initiative with regard to the existence and the public accessibility, at the level of the various Community institutions and bodies, of the Code of Good Administrative Behaviour (OJ C 72 E, 21.3.2002, 331)
 - Décision du médiateur européen portant adoption de dispositions d'exécution. Adoptée le 8 juillet 2002 et modifiée par décision du médiateur du 5 avril 2004
 - Décision 94/262 du Parlement Européen relative au statut et aux conditions générales d'exercice des fonctions du médiateur JO L 113 de 1994 Adoptée le 9 mars 1994 (JO L 113 du 4.5.1994,) et modifiée par décision du Parlement Européen du 18 juin 2008 (2008/587/EC, Euratom)
 - Special Report of the European Ombudsman to the European Parliament as a result of his recommendation project intended for the European Commission regarding complaint 185/2005/ELB
 - Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 185/2005/ELB against the European Commission
 - Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into joined complaints 723/2005/OV and 790/2005/OV against the European Anti-Fraud Office
 - Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 1303/2007/(WP)(BEH)KM against the European Personnel Selection Office (EPSO)
 - Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 2060/2008/VIK against the Office for Official Publications of the European Communities
 - Decision of the European Ombudsman closing his own-initiative inquiry OI/3/2007/GG concerning the European Commission
 - Draft recommendation to the European Commission in own-initiative inquiry OI/3/2007/GG
 - Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 1906/2007/VIK against the European Commission

- Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 1566/2007/DK against the European Personnel Selection Office
- Decision of the European Ombudsman closing the inquiry on complaint 1162/2007/FOR against the Council of the European Union
 - <http://www.europarl.europa.eu/electionombudsman/fr/homepage.html>
 - <http://eurlex.europa.eu/Result.do?direct=yes&lang=ro&where=EUROVOC:002140&whereihm=EUROVOC:People's Advocate European Community>
 - http://www.europarl.europa.eu/news/public/story_page/020-67874-025-01-05-902-20100121STO67824-2010-25-01-2010/default_ro.htm
 - http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/020-67588-018-01-04-902-20100118IPR67587-18-01-2010-2010-false/default_fr.htm
 - <http://eur-lex.europa.eu/ro/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303RO.01000101.htm>
 - <http://www.ombudsman.europa.eu/activities/home.faces>
 - www.euroombudsman.eu.int
 - <http://www.europarl.europa.eu/parliament/public/staticDisplay.do?id=47&pageRank=6&language=RO>
 - <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0010:0041:RO:PDF>
 - http://www.environmental-law.ro/nr12004/16_Directiva%202003.pdf
 - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:13:41:32003L0098:RO:PDF>
 - <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E7126929-2E4A-43FB-91A3B2B4F4D66BEC/0/Romanian Roumain.pdf>
 - http://www.euro-ombudsman.eu.int/report_04_fr/default.htm
 - <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/ro/3665/html.bookmark>
 - <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/sl/4506/html.bookmark>
 - <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/ro/4297/html.bookmark>
 - <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/ro/4383/html.bookmark>
 - <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/draftrecommendation.faces/en/544/html.bookmark>
 - <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/ro/4185/html.bookmark>
 - <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/summary.faces/ro/4458/html.bookmark>
 - <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/summary.faces/ro/3997/html.bookmark>

OMBUDSMANUL EUROPEAN ȘI DREPTUL LA O BUNĂ ADMINISTRARE

ELENA EMILIA ȘTEFAN*

Abstract

Ombudsmanul european are rolul de a apăra drepturile și interesele cetățenilor primind reclamațiile acestora cu privire la acte de administrare defectuoasă din activitatea instituțiilor sau organismelor comunitare, cu excepția instituțiilor cu caracter jurisdicțional.

Prin mijlocul specific, ombudsmanul european sesizat din oficiu sau la cerere, declanșează anchete prin care cercetează situațiile de administrare defectuoasă, întocmind în final un raport pe care îl transmite Parlamentului European și instituției în cauză.

În raport de idealurile europene, instituția ombudsmanului european fiind o instituție independentă, trage un serios semnal de alarmă atunci când constată că într-adevăr există deficiențele semnalate, astfel încât principiul transparenței în funcționarea instituțiilor comunitare să nu rămână doar un deziderat ci chiar o realitate.

Key words: *ombudsman, dreptul la o bună administrare, dreptul la informare, administrare defectuoasă, lipsa transparenței*

Introducere

Ne propunem, în cele ce urmează, să prezentăm instituția ombudsmanului european din cadrul legislativ european cu referire directă la implicațiile acestei instituții asupra apărării drepturilor persoanelor fizice și juridice.

O abordare riguroasă din punct de vedere științific ne determină ca, înainte de a proceda la analiza temei propriu-zise a studiului nostru, să realizăm o prezentare a dreptului la o bună administrare în funcționarea autorităților publice.

Cu alte cuvinte, prologul acestei teme își propune să surprindă cadrul instituțional al conceptului de bună administrare (I) analizat în același timp cu a dreptul la informare și cu noțiunea de administrare defectuoasă (II).

Axul central al lucrării este reprezentat de analiza conținutului Statut-ului (III), a Deciziei de executare și a jurisprudenței Ombudsmanului cu referire la cazurile soluționate ca urmare a implicării sale directe. (IV).

Utilitatea studiului este relevantă de intenția de a evidenția noutățile aduse în această materie de actele comunitare prezentate dar și a jurisprudenței create prin implicarea ombudsmanului european în apărarea drepturilor omului.

În final, ne propunem să realizăm o sinteză a concluziilor care se impun în urma analizei efectuate (V).

Literature review

Problematica Ombudsmanului european *a făcut obiectul multor studii* ale autorilor de specialitate juridică. Amintim, în acest sens, după cum urmează: Dana Apostol Tofan, *Instituții Administrative Europene*, (București, Editura CH Beck, 2006), 205-217, Ioan Muraru, *Avocatul poporului-instituție de tip ombudsman*, (București, Editura All Beck, 2004), 1și următoarele, Verginia Vedinaș, *Drept Administrativ, Ediția a IV-a revăzută și actualizată*, (București, Editura Universul Juridic, 2009), 132-133, Ioan Muraru, Mihai Constantinescu, Simina Tănăsescu, Marian

* Elena Emilia Ștefan, assistant, Faculty of Law, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest (stefanelena@gmail.com)

Enache, Gheorghe Iancu, *Interpretarea Constituției, Doctrină și practică*, (București, Editura Lumina Lex, 2002), 3, Alina Dinu, *Mediatorul Republicii în Franța*, (București, Revista de Drept Public nr.1/2008), 74, A.R. Brewer-Carias, *Les principes de la procedure administrative non contentieuse. Etudes de droit compare France, Espagne, Amerique Latine*, (Paris, Collection Science et Droit Administratif, Economica, 1992), 124 și următoarele, Silvestro Alessandro, *Le Médiateur européen face ou Parlement européen (Revue du Marche commun et de L'Union européenne, Janvier 1999, n° 424)*, 53-54, Gh Iancu, D Ionea, *Privire comparativă asupra organizării și funcționării ombudsmanilor și mediatorilor*, (București, Revista de drept public nr.3/2004, Editura CH Beck, 2004), 21, Cormeliu Manda, Ovidiu Predescu, Ioan Popescu Slăniceanu, Cezar Manda, *Ombudsmanul-Instituție fundamentală a statului de drept*, (București, Editura Lumina Lex, 1997), 254 etc.

(I) Dreptul la o bună administrare

Instituția Ombudsmanului sau a Mediatorului european a fost înființată prin Tratatul de la Maastricht în 07 februarie 1992

Noțiunea de “ombudsman” are în diferitele țări ale lumii semnificații diverse: avocat al poporului, mediator, defensor del pueblo, apărătorul dreptății¹ etc.

Preferința pentru această denumire se explică tocmai prin rolul și semnificațiile juridice ale instituției pe care o evocă²(...).

Încă de la crearea sa, instituția de tip ombudsman a avut ca scop protejarea drepturilor și intereselor cetățenilor în raporturile sale cu autoritățile publice³.

Recent s-au desfășurat alegeri⁴ pentru Ombudsmanul european. În 20 ianuarie 2010,⁵ a fost reales dl. Nikiforos Diamandouros pe postul de Ombudsman european pentru un nou mandat, ce se va încheia în 2014⁶.

Prioritățile sale⁷, așa cum acesta a declarat, după ce a fost reales sunt:

“ Mă voi asigura că cetățenii Uniunii Europene vor profita din plin de Tratatul de la Lisabona. Este vorba de dreptul la o bună administrare, dreptul de accesare a documentelor Uniunii Europene și dreptul de a se angaja în dialog cu instituțiile UE”.

Principala provocare a domnului Diamandouros va fi „consolidarea culturii serviciului în administrația Uniunii Europene”.

Dreptul la o bună administrare este prevăzut în Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene⁸ proclamată în cadrul Summit-ului de la Nice din decembrie 2000 de către președinții celor 3 instituții principale ale Uniunii Europene: Comisia, Parlamentul și Consiliul.

¹ Pentru detalii cu privire la Ombudsmanul european, a se vedea Dana Apostol Tofan, *Instituții Administrative Europene*, (București, Editura CH Beck, 2006), 205-217

² Ioan Muraru, *Avocatul poporului-instituție de tip ombudsman*, (București, Editura All Beck, 2004), 1, citat de Verginia Vedinaș, *Drept Administrativ, Ediția a IV-a revăzută și actualizată*, (București, Editura Universul Juridic, 2009), 132.

³ Alina Dinu, *Mediatorul Republicii în Franța*, (București, Revista de Drept Public nr.1/2008), 74.

⁴ Pentru detalii complete a se vedea <http://www.europarl.europa.eu/electionombudsman/fr/homepage.html>

⁵ Decizia Parlamentului European din 20 ianuarie 2010 privind alegerea Ombudsmanului European Jurnalul Oficial L, 39, 12.02.2010, 4

⁶ <http://eurlex.europa.eu/Result.do?direct=yes&lang=ro&where=EUROVOC:002140&whereihm=EUROVOC:Avocatul Poporului Comunitatea Europeană>

⁷ http://www.europarl.europa.eu/news/public/story_page/020-67874-025-01-05-902-20100121STO67824-2010-25-01-2010/default_ro.htm

⁸ http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/020-67588-018-01-04-902-20100118IPR67587-18-01-2010-2010-false/default_fr.htm

⁸ Carta Drepturilor Fundamentale, publicată în JO 2007 C 303

A se vedea <http://eur-lex.europa.eu/ro/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303RO.01000101.htm>

Carta drepturilor ⁹ fundamentale reunește într-un singur text ansamblul drepturilor civice, politice, economice și sociale ale cetățenilor europeni și ale tuturor celor care locuiesc pe teritoriul Uniunii, ea are în componență un număr de 54 de articole și 7 titluri.

Ombudsmanul european a avut o contribuție importantă la adoptarea Codului european ¹⁰ de bună conduită administrativă prin care a definit conceptul de bună administrare propunând textul acestuia, Cod care a fost aprobat de către Parlament la 6 septembrie 2001, iar în prezent acesta servește drept ghid și sursă ¹¹ de informare pentru personalul tuturor instituțiilor și organelor Comunității.

Dreptul la o bună administrare ¹², potrivit Codului European de bună conduită administrativă, are patru componente:

1.) Oricărei persoane îi revine dreptul ca instituțiile și organele Uniunii să îi examineze cauza în mod imparțial și corect, într-un termen rezonabil;

2.) Acest drept include în principal: dreptul fiecărei persoane de a fi ascultată înainte de a se lua măsuri individuale care ar putea să îi influențeze negativ situația; dreptul fiecărei persoane de a avea acces la dosarul cauzei sale, cu rezerva respectării intereselor de confidențialitate care sunt autorizate și a secretului profesional și comercial; obligația administrației de a-și justifica deciziile;

3.) Fiecare persoană are dreptul să pretindă de la Comunitate, în conformitate cu principiile generale comune în legislația Statelor Membre, repararea daunei pricinuite de către instituții sau de către lucrătorii acestora aflați în exercițiul funcțiunii;

4.) Fiecare persoană poate să se adreseze în scris instituțiilor Uniunii într- una din limbile tratatului și trebuie să primească răspuns în aceeași limbă.

Carta drepturilor fundamentale, nu se mai regăsește ¹³ în textul Tratatului, ci a fost proclamată de cele trei instituții, înainte de semnarea TL ¹⁴, acesta va avea însă valoare juridică obligatorie, realizându-se astfel progresul cel mai important propus de TC ¹⁵ în această privință.

Neinclusiunea ¹⁶ Cartei Drepturilor Omului în textul propriu-zis al tratatelor reprezintă compromisul la care s-a ajuns, ca urmare a exprimării poziției unor state membre (Marea Britanie, Danemarca, Olanda), care, dacă acesta ar fi fost introdusă în textul Tratatelor, ar fi fost nevoie să supună TL procedurii ratificării prin referendum, ceea ce ar fi periclitat intrarea acestuia în vigoare.

De altfel ¹⁷, unul din scopurile pentru care Avocatul poporului a fost creat este tocmai îmbunătățirea activității administrației publice, iar principalul său scop imediat este de a pune față în față administrația publică și cetățenii care se consideră lezați în drepturile lor de autoritățile și instituțiile publice.

(II) Dreptul la informare

Dreptul la informare este reglementat în legislația europeană în mai multe documente, din care amintim cu titlu informativ dar nu limitativ:

⁹ <http://www.europarl.europa.eu/parliament/public/staticDisplay.do?id=47&pageRank=6&language=RO>

¹⁰ Le Code European de Bonne Conduite Administrative, Office des publications officielles des Communautés Européennes, L- 2985 Luxembourg 2002, ISBN 92-95010-42-6

¹¹ Pentru detalii complete, a se vedea <http://www.ombudsman.europa.eu/activities/home.faces>

¹² Textul poate fi consultat în www.euroombudsman.eu.int.

¹³ Cristina Morariu, *Tratatul de la Lisabona: Constituția a murit, trăiască Constituția*, Revista Română de Drept Internațional nr.6 ianuarie-iunie 2008, București, Editura C. H. Beck 2008, p.70

¹⁴ Tratatul de la Lisabona

¹⁵ Tratatul Constituțional

¹⁶ Cristina Morariu, op cit, 70

¹⁷ Ioan Muraru, Mihai Constantinescu, Simina Tănăsescu, Marian Enache, Gheorghe Iancu, *Interpretarea Constituției, Doctrină și practică*, (București, Editura Lumina Lex, 2002), 3

1.) Tratatul de la Lisabona¹⁸ care prevede că: orice cetățean al Uniunii poate să se adreseze în scris oricărei instituții sau oricărui organ prevăzut de prezentul articol sau la articolul 13 din Tratatul privind Uniunea Europeană într-una din limbile prevăzute la articolul 55 alineatul (1) din Tratatul privind Uniunea Europeană și să primească un răspuns redactat în aceeași limbă potrivit art. 24).

Tratatul de la Lisabona afirmă că funcționarea Uniunii Europene se întemeiază pe principiul democrației reprezentative, potrivit art. 8A alin 1. Tratatul menține însă accentul pus pe apărarea drepturilor fundamentale și, odată cu intrarea în vigoare a acestui document, Charta Europeană a Drepturilor Fundamentale va deveni obligatorie pentru statele membre ale Uniunii Europene.

Se precizează în textul Tratatului că instituțiile Uniunii mențin un dialog deschis, transparent și constant cu asociațiile. În vederea asigurării coerenței și a transparenței acțiunilor Uniunii, Comisia Europeană procedează la ample consultări ale părților interesate.

2.) Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene. Aceasta afirmă valori precum protecția drepturilor și libertăților fundamentale, dreptul la viață, libertatea, demnitatea, egalitatea de șanse între femei și bărbați, solidaritate, educație, protecția mediului și îmbunătățirea calității vieții, protecția copiilor etc

3) Directiva 2003/4/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 28 ianuarie 2003¹⁹ privind accesul publicului la informațiile despre mediu și de abrogare a Directivei 90/313/CEE a Consiliului.

4) Regulamentul (CE) nr. 1049/2001²⁰ referitor la liberul acces la documentele Parlamentului, Consiliului și Comisiei Europene.

5) Directiva 2003/98/CE²¹ privind reutilizarea informațiilor din sectorul public care urmărește armonizarea normelor și practicilor statelor membre privind exploatarea informațiilor din sectorul public.

Toate aceste drepturi care reies din parcurgerea textelor prezentate, sunt stabilite pe baza drepturilor și a libertăților fundamentale deja recunoscute de Convenția Europeană a Drepturilor Omului²², de Carta Socială a Consiliului Europei²³, de Carta Comunitară²⁴ pentru Drepturile Sociale Fundamentale ale Lucrătorilor etc. însă, la acest moment asistăm la variante moderne ale acestora, inspirate din evoluția societății în care trăim.

(III) Conceptul de administrare defectuoasă sau proasta administrare

Ombudsmanul european²⁵ a definit în raportul său anual pentru 2007 conceptul de “proastă administrare” sau “administrare defectuoasă”, cu aprobarea ulterioară a Parlamentului European.

¹⁸ Tratatul de la Lisabona modifică Tratatul privind Uniunea Europeană și Tratatul CE (fără a le înlocui) și pune la dispoziția Uniunii cadrul legal și instrumentele juridice necesare pentru a face față provocărilor viitoare și pentru a răspunde așteptărilor cetățenilor. Tratatul de la Lisabona a fost semnat de cele 27 de state membre ale Uniunii Europene la 13 decembrie 2007. Acesta a intrat în vigoare la 01.12.2009.

A se vedea pentru alte detalii, pagina de web http://europa.eu/lisbon_treaty/g glance/index_ro.htm C 306/10 RO Jurnalul Oficial al Uniunii Europene 17.12.2007

¹⁹ http://www.environmental-law.ro/nr12004/16_Directiva%202003.pdf

²⁰ Règlement (CE) no 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JO 2001 L 145/43. Regulamentul 1049/2001 urmărește a conferi cel mai mare efect posibil dreptului de acces public la documente și de a stabili principiile generale și limitele acestui acces

²¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:13:41:32003L0098:RO:PDF>

²² http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E7126929-2E4A-43FB-91A3-B2B4F4D66BEC/0/Romanian_Roumain.pdf

²³ Carta a fost deschisă spre semnare la Torino, în septembrie 1961, a intrat în vigoare în anul 1965 însă varianta actuală este cea revizuită din anul 1997. Carta prevedea chiar de la momentul adoptării ei, drepturile sociale fundamentale din Europa

²⁴ Carta comunitară a drepturilor sociale fundamentale ale lucrătorilor a fost adoptată la 9 decembrie 1989, la Strasbourg, de către șefii de stat și de guvern ai unsprezece state membre ale Uniunii Europene

²⁵ Le Mediateur européen “Le guide du citoyen”, Office des publications officielles des Communautés Europeennes, L- 2985 Luxembourg 2002, ISBN 92-95010-42-6

În raportul său anual 1997 Mediatorul a propus această definiție a “proastei administrări”, definiție care a fost preluată de Parlamentul European un an mai târziu, în 1998 printr-o rezoluție.

A se consulta pentru alte detalii, http://www.euro-ombudsman.eu.int/report_04/fr/default.htm

Astfel, "Conduita administrativă necorespunzătoare" sau "proasta administrare" se întâlnește atunci când organul public nu acționează conform cu prevederile sau principiile sale corespunzătoare."

Concepția modernă²⁶ a transparenței administrative(...) determină administrația publică la motivarea actelor administrative, precum și la obligarea funcționarilor publici de a satisface solicitările de informare ale publicului în limitele legale.

În fiecare an Ombudsmanul european prezintă raportul său Parlamentului European, făcând un bilanț al întregii sale activități derulate pe parcursul aceluși an, analizând cazurile din punct de vedere statistic.

În continuare pentru a putea exemplifica ce înseamnă în practică administrare defectuoasă amintim din concluziile raportului pe anul 2008 al Ombudsmanului către Parlamentul European.

În raportul său din anul 2008 Ombudsmanul a afirmat că: "deși au trecut opt ani de la adoptarea de către Parlament a rezoluției din 6 septembrie 2001²⁷, prin care a fost aprobat Codul european al bunei conduite administrative, celelalte instituții principale nu s-au conformat încă pe deplin cu solicitarea Parlamentului de a-și adapta practicile în acord cu dispozițiile Codului respectiv".

Dintre presupusele cazuri de administrare defectuoasă prezentate Ombudsmanului în 2008²⁸ cele mai multe s-au referit la lipsa de transparență (în 36% dintre anchetele deschise), ce a inclus refuzul accesului la informații sau documente.

În același timp se constată o creștere și per ansamblu a reclamațiilor adresate instituției Ombudsmanului european, indiferent dacă este vorba de o reală administrare defectuoasă sau presupusă.

În anul 2008, Ombudsmanul a înregistrat 3 406 plângeri, în comparație cu 3 211 în 2007, fiind o creștere cu 6%, în comparație cu 2007.

Dintre acestea, 228 au fost declarate admisibile, neîndeplinind, însă, Condițiile necesare deschiderii unei anchete; au fost deschise 293 de anchete pe baza plângerilor iar 281 plângeri au fost declarate inadmisibile.

Majoritatea acestor anchete au vizat Comisia Europeană (66%), Parlamentul European (10%), Oficiul European pentru Selecția Personalului (EPSO) (7%), Consiliul (3%) și Oficiul European de Luptă Antifraudă (OLAF) (2%), alte instituții și organe UE (13%).

Cazurile de administrare defectuoasă au privit: lipsa de transparență (refuzul la informații și documente) 36%, nelegalitatea, abuzul de putere 20%, vicii de procedură 9%, neglijență 8%, întârzieri de plată 8%, erori de drept 7%, discriminare 5%, neîndeplinirea obligațiilor 5%, alte cazuri de administrare defectuoasă 13%.

În multe cazuri, în urma anchetelor desfășurate de către Ombudsmanul european se constată că nu există cazul de administrare defectuoasă, anchetele fiind în final închise.

Astfel în anul 2008 din 355 de anchete încheiate, dintre care 352 inițiate în urma unor plângeri și 3 din proprie inițiativă, rezultatul cercetărilor arată că în 110 cazuri (31% din plângerile anchetate) nu s-a constatat niciun caz de administrare defectuoasă.

(IV) Activitatea²⁹ Mediatorului european potrivit Statut-ului și dispozițiile³⁰ de execuție adoptate de către Mediator în baza art. 14 din Statut.

²⁶ A.R. Brewer-Carias, *Les principes de la procedure administrative non contentieuse*. Etudes de droit compare (France, Espagne, Amerique Latine), collection Science et Droit Administratif, Economica, Paris, 1992, p.124 și urm, citat de Dana Apostol Tofan, *Instituții Administrative Europene*, Editura CH Beck, București, 2006, p.36

²⁷ Rezoluția Parlamentului European din 6 septembrie 2001 privind Raportul special al Ombudsmanului European ca urmare a ancheta din proprie inițiativă referitoare la existența și accesibilitatea publică, la nivelul diferitelor instituții și organisme comunitare, a Codului bunei conduite administrative (JO C 72 E, 21.3.2002, 331).

²⁸ Raport 2008, a se vedea <http://www.ombudsman.europa.eu/activities/home.faces>

Raportul pe 2008 a fost aprobat prin :Résolution du Parlement européen du 12 novembre 2009 sur le rapport annuel relatif aux activités du médiateur européen en 2008 (2009/2088(INI))

²⁹ Sediul Mediatorului european este în sediul Parlamentului European de la Strasbourg. Mediatorul european are și o pagină Web pe Internet², unde pot fi găsite informații detaliate și actualizate cu privire la activitatea sa precum și formular pentru plângeri.

³⁰ Décision du médiateur européen portant adoption de dispositions d'exécution Adoptée le 8 juillet 2002 et modifiée par décision du médiateur du 5 avril 2004.

Subsecțiunea 4.1 Temeiul juridic al dreptului de a formula plângere

Dreptul de a se adresa cu plângere Mediatorului este prevăzută în Tratatul de la Lisabona în art. 20,24 și 228, Statutul Mediatorului³¹ și dispozițiile de execuție³² adoptate de către Mediator în baza art. 14 din Statut, precum și în Carta drepturilor fundamentale.

Codul de bună conduită administrativă cuprinde, ca drepturi fundamentale ale cetățeniei, dreptul unei bune administrări și dreptul de a sesiza Mediatorul european în cazul proastei administrări.

Subsecțiunea 4.2.Sfera persoanelor care pot formula plângeri

Art.43 din Carta drepturilor fundamentale, încadrat la Titlul IV intitulat “Drepturile cetățenilor”, prevede că: “ orice cetățean al Uniunii, precum și orice persoană fizică sau juridică care are reședința sau sediul social într-un stat membru, au dreptul de a sesiza Ombudsmanul European cu privire la cazurile de administrare defectuoasă în activitatea instituțiilor, organelor, oficiilor sau agențiilor Uniunii, cu excepția Curții de Justiție a Uniunii Europene în exercitarea funcției sale jurisdicționale”.

În Tratatul de la Lisabona, în art. 20 care instituie cetățenia Uniunii, printre alte drepturi precum: dreptul de liberă circulație și ședere pe teritoriul statelor membre, dreptul de a fi ales în Parlamentul European, dreptul de a adresa petiții la Parlamentul European, la litera d este prevăzut și dreptul cetățenilor Uniunii de a se adresa Ombudsmanului European precum și dreptul de a se adresa instituțiilor și organelor consultative ale Uniunii în oricare dintre limbile tratatelor și de a primi răspuns în aceeași limbă.

Art.24 (ex-art.21TCE) prevede că:“Orice cetățean³³ al Uniunii se poate adresa Ombudsmanului instituit în conformitate cu dispozițiile art. 228”.

Ombudsmanul European, ales de Parlamentul European³⁴, este împuternicit să primească plângeri din partea oricărui cetățean al Uniunii sau a oricărei persoane fizice sau juridice cu reședința sau sediul social într-un stat membru, care privesc cazuri de administrare defectuoasă în activitatea instituțiilor, organelor, oficiilor sau agențiilor Uniunii, cu excepția Curții de Justiție a Uniunii Europene în exercitarea funcțiilor acestora” potrivit art. 228(ex-art.195TCE).

Așadar sfera persoanelor³⁵, la care se referă textul constituțional de a se adresa Ombudsmanului European, este largă ea cuprinzând: ”Orice cetățean al Uniunii, precum și orice persoană fizică sau juridică cu reședința sau cu sediul social într-unul din statele membre ” .

Subsecțiunea 4.3 Competența Ombudsmanului european

Mediatorul European investighează și sesizează cazurile de proastă administrare a activității instituțiilor sau organismelor Comunității Europene, cum ar fi Comisia Europeană, Consiliul Uniunii Europene și Parlamentul European.

Numai activitățile juridice ale Curții de justiție și Tribunalului de Primă Instanță nu cad sub incidența activității sale.

Mediatorul European nu se ocupa de plângerile care privesc : administrația națională, regională sau locală din statele membre. Aceasta revine mediatorilor³⁶ naționali care au fost

³¹ Decision 94/262 du Parlement Européen relative au statut et aux conditions generales d'exercice des fonctions du mediateur J O L 113 de 1994 Adoptée le 9 mars 1994 (JO L 113 du 4.5.1994,) et modifiée par décision du Parlement Européen du 18 juin 2008 (2008/587/CE, Euratom)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008D0587:RO:NOT>

³² Décision du médiateur européen portant adoption de dispositions d'exécution Adoptée le 8 juillet 2002 et modifiée par décision du médiateur du 5 avril 2004.

³³ Conform art.20 “Este cetățean al Uniunii orice persoană care are cetățenia unui stat membru”.

³⁴ Acesta este numit după fiecare alegere a Parlamentului European, pe durata mandatului Parlamentului (5 ani). Mandatul acestuia poate fi reînnoit.

³⁵ Elena Ștefan, Ombudsmanul European în lumina Constituției Europene, (București, Revista De Drept Public nr.1/2006, Editura CH Beck, 2006), 106

³⁶ Silvestro Alessandro, Le Médiateur européen face au Parlement européen (Revue du Marche commun et de L'Union européenne, Janvier 1999, n° 424), 53-54. Pentru mai multe detalii despre activitatea ombudsmanilor

constituiți în jurul anilor 70-80, în afară de țările scandinave unde aceasta funcție exista de mult timp: Suedia 1909, Finlanda 1919, Danemarca 1953.

Subsecțiunea 4.4 Procedura plângerilor

Ombudsmanul european poate acționa pe două căi: pe baza sesizărilor primite, dar poate desfășura și anchete din propria inițiativă. Acesta poate declanșa anchete *din proprie inițiativă* dispunând de aceleași puteri de investigare în anchetele proprii similare celor pentru plângerile primite de la petenți. Puterea de a proceda la o ancheta *din proprie inițiativă* permite mediatorului să ancheteze asupra unui caz de proastă administrare precizat într-o plângere chiar dacă ea este făcută de o persoană neabilitată să sesizeze mediatorul.

O plângere nu este de competența mediatorului dacă:

- este prezentată de o persoană care nu e abilitată să sesizeze mediatorul
- nu este îndreptată contra unei instituții sau organ comunitar
- este îndreptată contra Curții de Justiție sau a Tribunalului de primă instanță în exercitarea funcțiilor lor jurisdicționale
- ea nu se raportează la un caz potențial de proastă administrare.

Plângerea pentru a putea fi admisă, trebuie să îndeplinească următoarele condiții:

- să privească o instituție sau organ comunitar (Comisia europeană, Consiliul Uniunii Europene, Curtea de Conturi, Curtea de Justiție și Tribunalul de primă instanță cu excepția cazurilor când acestea exercită atribuții jurisdicționale, Comitetul economic și social al Comunitatilor europene

- să fie identificată persoana care depune plângerea și obiectul cererii,
- să fie introdusa într-un termen de 2 ani de la data la care faptele reclamate au fost cunoscute de petent,
- trebuie să fie precedată de demersuri administrative la organele implicate,
- să nu se refere la fapte judecate sau în curs de judecată,
- să se refere la cazuri de proastă administrare.

Personale interesate pot avea acces la documentele nepublicate ale Mediatorului, în condițiile și limitele Regulamentului 1049/2001 pentru accesul publicului la documentele Parlamentului European, Consiliului și Comisiei Europene, accesul la documente va fi garantat automat cu excepția plângerilor calificate confidențiale, conform prevederilor legale.

Mediatorul european are vaste puteri de investigare. Instituțiile și organele Comunitare sunt obligate să-i furnizeze acestuia, la cerere, informațiile pe care le solicită sau să-i permită accesul la dosarele în cauză. De asemenea, statele membre sunt obligate să-i furnizeze informațiile care pot ajuta la clarificarea cazurilor de proastă administrare a activităților instituțiilor sau organismelor Comunității Europene. Accesul la informații sau documentele clasificate, în special la documentele sensibile, în sensul art.9 din Regulamentul CE nr.1049/2001, respectă normele de securitate ale instituției sau organului comunitar în cauză.

Ombudsmanul și personalul acestuia sunt obligați să nu divulge informațiile și documentele care le-au fost aduse la cunoștință în timpul anchetelor efectuate, potrivit art.4 din Statut.

Dacă Mediatorul nu găsește elemente suficiente pentru a declanșa o anchetă încheie dosarul și anunța petentul despre acest lucru. Însă, dacă are elemente suficiente pentru a declanșa o anchetă justificată, informează petentul și institutia respectivă. Având în vedere opinia instituției și al

naționali a se vedea și: Dana Apostol Tofan, *Instituții Administrative Europene*, (București, Editura CH Beck, 2006), 205-217, Gh Iancu, D Ionea, *Privire comparativă asupra organizării și funcționării ombudsmanilor și mediatorilor*, (București, Revista de drept public nr.3/2004, Editura CH Beck, 2004), 21, Ioan Muraru, *Avocatul poporului-instituție de tip ombudsman*, (București, Editura All Beck, 2004), 1 și următoarele, citat de Verginia Vedinaș, *Drept Administrativ, Ediția a IV-a revăzută și actualizată*, (București, Editura Universul Juridic, 2009), 132, Cormeliu Manda, Ovidiu Predescu, Ioan Popescu Slăniceanu, Cezar Manda, *Ombudsmanul-Instituție fundamentală a statului de drept*, (București, Editura Lumina Lex, 1997), 254 etc.

observațiilor făcute de către petent, Mediatorul poate decide închiderea cazului sau continuarea anchetei.

În cazul în care Mediatorul stabilește ca *există un caz de proastă administrare*, pe cât posibil el cooperează cu instituția respectivă pentru a găsi o soluție amiabilă în sensul soluționării plângerii eliminând cazul de proastă administrare și rezolvând plângerea petentului.

Dacă Mediatorul consideră că nu se poate ajunge la o *soluție amiabilă*, închide cazul printr-o decizie motivată care poate comporta un comentariu critic sau stabilește un raport care conține proiecte de recomandări.

Mediatorul trimite anual un raport Parlamentului European asupra întregii activități, incluzând rezultatele anchetelor iar în cazul în care o instituție sau un organ nu răspund în mod satisfăcător unui proiect de recomandare, Ombudsmanul poate trimite Parlamentului European un raport special.

Mediatorul poate coopera cu mediatorii sau organe similare din Statele membre pentru mărirea eficacității anchetelor sale și ale mediatorilor și instituțiilor similare în statele membre. Pe pe plan internațional amintim că există rețeaua europeană a mediatorilor, Institutul European al Ombudsmanului, Institutul Internațional al Ombudsmanului care promovează rolul și locul pe care trebuie să-l aibă ombudsmanul într-o societate democratică și anume garantarea respectării drepturilor și libertăților fundamentale ale omului.

(V) Jurisprudență

În cele ce urmează prezentăm câteva cazuri din practica recentă a Ombudsmanului european privind cazurile de administrare defectuoasă.

1.) Pentru început prezentăm un caz care a făcut obiectul unui **raport special³⁷ al Ombudsmanului în anul 2008**, ca urmare a unui proiect de recomandare adresat Comisiei Europene. Acesta se referă la un caz de discriminare³⁸ bazată pe vârstă la adresa interpreților independenți.

În speță, în 2000, Comisia Europeană și Parlamentul European au încetat să mai angajeze AIC³⁹ cu vârste de peste 65 de ani. Reclamantul, care a lucrat pentru aceste instituții timp de peste 35 de ani în calitate de AIC, a împlinit vârsta de 65 de ani în 2004. Din acel moment, reclamantul nu a mai primit oferte de muncă de la instituțiile respective. Reclamantul a depus două plângeri la Ombudsman, împotriva Comisiei și a Parlamentului, afirmând că aceste instituții aveau la adresa lui un comportament discriminatoriu bazat pe vârstă. În a doilea caz împotriva Parlamentului (Cazul 186/2005/ELB), care a fost închis la 19.11.2008, Parlamentul a acceptat proiectul de recomandare al Ombudsmanului și, prin urmare, Ombudsmanul nu a constatat cazuri de administrare defectuoasă.

În cazul împotriva Comisiei, Ombudsmanul a fost de părere că Comisia nu a justificat în mod corespunzător decizia de a-i trata în mod diferit pe AIC de peste 65 de ani. Cu toate acestea, Comisia a respins atât soluția amiabilă propusă, cât și proiectul de recomandare elaborat de Ombudsman în efortul lui de a soluționa problema. Întrucât cazul de față ridică o problemă principială importantă, Ombudsmanul a prezentat Parlamentului un raport special, în care menționează că recomandase deja Comisiei să-și modifice politica actuală de impunere a unei interziceri privind recrutarea de AIC cu vârste de peste 65 de ani. El a recomandat Comisiei, de asemenea, să acorde despăgubiri reclamantului.

³⁷ Raportul special al Ombudsmanului European către Parlamentul European ca urmare a proiectului său de recomandare adresat Comisiei Europene privind plângerea 185/2005/ELB

³⁸ Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 185/2005/ELB against the European Commission

<http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/ro/3665/html.bookmark>

³⁹ Agenții Interpreti de Conferință („AIC”) sunt interpreții independenți angajați pentru conferințe și reuniuni specifice. Durata fiecărui mandat specific este scurtă, în mod normal de maximum câteva zile.

Art. 21 din Carta drepturilor fundamentale interzice discriminarea bazată pe vârstă. Ombudsmanul recunoaște că, în circumstanțe excepționale, se poate justifica o diferență de tratament bazată pe vârstă pentru a atinge „scopuri legitime”. În cazul de față, Ombudsmanul nu a exclus posibilitatea ca scopul invocat de Comisie - recrutarea și formarea de noi interpreți - să poată fi un „scop legitim”. Cu toate acestea, el și-a exprimat îndoiala cu privire la faptul că o **interdicție totală** a recrutării de AIC de peste 65 de ani este o măsură potrivită și necesară pentru a atinge acest scop.

În raportul său special, Ombudsmanul solicită Parlamentului să sprijine recomandarea pe care a elaborat-o la adresa Comisiei.

3.) Al doilea caz privește o **anchetă din proprie inițiativă**⁴⁰ declanșată de Ombudsmanul European referitoare la Comisia Europeană. Astfel, în data de 05.08.2008, s-a înregistrat o plângere de la un ONG polonez împotriva Comisiei Europene.

Reclamantul a pretins că, pe nedrept, Comisia Europeană a refuzat accesul la aviz, motivat că, în conformitate cu procedura menționată la articolul 226CE, aceasta a adresat în Polonia o cerere, în ceea ce privește punerea în aplicare a directivei 85/337/ECC.

Comisia Europeană își bazează refuzul său de pe art.4 (2) din Regulamentul 1049/2001, care prevede faptul că instituțiile resping cererile de acces la un document în cazul în care divulgarea conținutului ar putea aduce atingere protecției, în scopul "de inspecție, de anchetă și de audit", cu excepția cazului în care există un imperativ de interes public în divulgare.

Comisia Europeană a afirmat că ancheta este în curs de desfășurare și, în consecință, divulgarea avizului motivat-ar putea aduce atingere protecției scopul său.

Comisia Europeană s-a referit la jurisprudența relevantă în această privință.

În lumina jurisprudenței menționate mai sus, Ombudsmanul European nu a găsit motive suficiente pentru a deschide o anchetă în plângerea de mai sus, însă a a sugerat Comisiei ca, pe viitor, în cazuri similare, să informeze solicitanții că refuzul accesului la informații în conformitate cu Regulamentul 1049/2001 nu reprezintă un obstacol în divulgarea posibilă a documentului, potrivit legislației naționale.

Prin urmare, în cazul în care solicitanții nu au făcut deja acest lucru, acestea ar putea lua în considerare abordarea autorităților lor naționale în această privință. În acest caz Ombudsmanul european a dat o decizie de închidere a a anchetei din proprie inițiativă.

3.) Acest caz se referă la **erori de procedură într-un caz privind concurența**⁴¹

Într-o decizie recentă Ombudsmanul european a precizat că se face vinovată de administrare defectuoasă Comisia Europeană, în cazul investigației asupra Societății X.

În fapt, la data de 10.07.2008 societatea X⁴² introdus o plângere la Ombudsmanul european prin care a acuzat Comisia Europeană de erori de procedură în timpul desfășurării anchetei antitrust împotriva sa, în temeiul art. 82 din Tratatul CE.

Societatea a reclamat faptul că Executivul european nu a întocmit un proces verbal al reuniunii cu Societatea Y din 23.08.2006, deși reuniunea privea în mod direct obiectul anchetei desfășurate de Comisie cu privire la Societatea X.

Prin Decizia sa, EO/09/19 Ombudsmanul a constatat că strânsese informații Comisia cu privire la obiectul anchetei sale în cursul reuniunii din 23.08.2006. De asemenea, acesta a constatat că Comisia nu a înregistrat în mod corespunzător reuniunea respectivă și că dosarul de anchetă al Comisiei nu cuprindea ordinea de zi a reuniunii.

⁴⁰ Este vorba despre cauza OI/2/2009/MHZ

⁴¹ Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 1935/2008/FOR against the European Commission, <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/summary.faces>

⁴² Societatea X, companie care deține 80% din piața procesoarelor pentru PC-uri, a fost amendată cu peste un milion de euro de către Comisia Europeană pe motiv că a făcut abuz de poziție dominantă pentru a-și zdrobi concurenții de pe piață

Ombudsmanul a concluzionat că a comis un act de administrare defectuoasă Comisia. și a închis ancheta sa cu următoarea observație critică:

“ Prin faptul că nu a redactat o notă scrisă cu privire la reuniunea din 23.08.2006, Comisia a încălcat principiile bunei administrări”.

Ar fi în interesul unei bune administrări de către Comisia a serviciilor sale, ca pe viitor, să redacteze nota internă care va preciza conținutul întâlnirii sau convorbirilor telefonice cu terțe persoane cu privire la aspectele procedurale importante, nota care să se regasească în dosar.

4.) În continuare prezentăm câteva cauze, **soluționate amiabil prin intervenția Ombudsmanului.**

a.) Neacordarea accesului la documentele privind o anchetă a OLAF⁴³.

Autoritățile vamale belgiene au declarat, în 2002, două societăți belgiene, prima fiind importatoare de fructe, cu precădere banane, iar a doua prestatoare de servicii în calitate de agent vamal, răspunzătoare pentru folosirea unor certificate spaniole false („certificate AGRIM”) pentru importul de banane la tarif preferențial.

Rapoartele corespunzătoare au concluzionat că cele două societăți și altele au evitat astfel plata taxelor la import în valoare totală de peste 8 milioane de euro. Ancheta autorităților vamale belgiene în acest caz s-a bazat pe o cerere înaintată de Oficiul European de Luptă Antifraudă. Pentru a pregăti introducerea unui recurs, cele două societăți au solicitat OLAF, în temeiul Regulamentului 1049/2001/CE privind accesul public la documente, să li se ofere acces la o listă lungă de documente privind ancheta acestuia în cazul de falsificare menționat anterior. OLAF a permis consultarea unora dintre documentele solicitate, dar a refuzat accesul la majoritatea acestora, în principal pe motivul că divulgarea documentelor respective ar periclita protecția anchetei OLAF și a procedurilor judiciare în mai multe state membre.

În plângerile lor identice adresate Ombudsmanului, cele două societăți au afirmat că OLAF a încălcat prevederile Regulamentului 1049/2001.

După examinarea dosarului instrumentat de OLAF, Ombudsmanul a ajuns la concluzia că OLAF a acționat incorect refuzând accesul la o întreagă serie de documente. Prin urmare, Ombudsmanul a propus o soluție amiabilă, sugerând OLAF să își reconsidere poziția.

OLAF a acceptat propunerea privind soluția amiabilă. Potrivit declarațiilor Oficiului, concluzia la care a ajuns după consultarea autorităților judiciare ale statelor membre în cauză este că divulgarea documentelor solicitate nu ar afecta protecția anchetei sale sau a procedurilor judiciare din statele membre respective. În consecință, OLAF a permis accesul reclamanților la un număr total de 168 de pagini de documente relevante. Reclamanții au confirmat că s-a ajuns la o soluție amiabilă și au mulțumit Ombudsmanului pentru obținerea acestui rezultat. Drept urmare, Ombudsmanul a închis cazul.

b.). Pretinsa omisiune de a programa un interviu anterior termenului la care candidata⁴⁴ trebuia să nască.

Reclamanta, cetățean german, a participat la un concurs general organizat de EPSO. Atunci când a fost invitată la interviu, aceasta a adus imediat la cunoștința EPSO faptul că trebuia să nască la data de 11.03.2007, solicitând să fie interviuată înainte de data de 9.02.2007. EPSO a răspuns că nu poate aproba această cerere întrucât data de 9.02.2007 nu se încadrează în intervalul de timp alocat interviuării candidaților vorbitori de limba germană. În schimb, EPSO a propus data de 16.04.2007 ca dată alternativă pentru interviu.

⁴³ Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into joined complaints 723/2005/OV and 790/2005/OV against the European Anti-Fraud Office

<http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/sl/4506/html.bookmark>

⁴⁴ Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 1303/2007/(WP)(BEH)KM against the European Personnel Selection Office (EPSO)

<http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/ro/4297/html.bookmark>

În plângerea sa către Ombudsman, reclamanta a afirmat în esență că EPSO a respins în mod incorect cererea sa privind susținerea interviului anterior datei de 9.02.2007 și nu a gestionat în mod corespunzător corespondența sa pe această temă. Aceasta a pretins ca EPSO să recunoască gestionarea incorectă a situației sale speciale, să suporte cheltuielile de deplasare ale bonei sale și să adopte o politică oficială privind candidatele însărcinate sau care au născut recent. În avizul său, EPSO a afirmat în esență că a depus toate eforturile pentru a satisface cerințele reclamantei. Cu toate acestea, din motive organizatorice, programarea unui interviu anterior datei de 9.02.2007 nu a fost posibilă.

Ombudsmanul nu a fost convins de imposibilitatea reprogramării interviului. În consecință, acesta a propus o soluție amiabilă prin care EPSO (i) să recunoască faptul că nu a gestionat în mod adecvat situația specială a reclamantei, (ii) să ramburseze *ex gratia* cheltuielile de deplasare ale bonei sale și (iii) să elaboreze o politică oficială privind candidatele însărcinate și cele care alăptează.

În urma acestei propuneri, EPSO a rambursat cheltuielile de deplasare și a precizat că, în prezent, candidatele au posibilitatea de a informa EPSO cu privire la cerințe speciale, cum ar fi cele aplicabile mamelor care alăptează. EPSO a reiterat faptul că a adoptat toate măsurile necesare pentru a satisface cerințele reclamantei.

În consecință, propunerea privind soluționarea pe cale amiabilă a avut succes doar parțial. În decizia sa de clasare a cazului, Ombudsmanul a salutat decizia EPSO de a rambursa cheltuielile de deplasare ale bonei și de a-și revizui politica în acest sens, precum și decizia sa de a informa candidatele cu privire la faptul că se pot adopta măsuri speciale în cazul în care acestea se impun.

c.). Pretinsa nerespectare⁴⁵ a egalității între diferitele alfabete din UE

Reclamantul, un cetățean bulgar, a adresat o cerere către Comisia pentru petiții a Parlamentului European. Cererea sa privea situl internet al librăriei UE, care este gestionat de Oficiul pentru Publicații. Reclamantul a criticat faptul că formularul de înregistrare online disponibil pe situl internet al librăriei UE nu putea fi completat decât cu caractere ale alfabetului latin. El a susținut că ar trebui să fie posibilă și utilizarea caracterelor chirilice sau grecești. Având în vedere că cererea de mai sus conținea acuzații de administrare defectuoasă, președintele Comisiei pentru petiții a transferat cazul Ombudsmanului, care a deschis o anchetă.

În timpul anchetei, Oficiul pentru Publicații a prezentat două motive pentru a-și justifica poziția: necesitatea respectării recomandărilor Universal Postal Union și motive tehnice.

Ombudsmanul a considerat că motivele sunt neconvingătoare și că nu au o relevanță directă pentru modul în care Oficiul pentru Publicații ar trebui să organizeze înregistrarea online a utilizatorilor săi.

În consecință, Ombudsmanul a propus Oficiului pentru Publicații o soluționare amiabilă, în conformitate cu art. 3 al. (5) din Statutul său. Oficiul pentru Publicații a acceptat propunerea de soluție amiabilă și și-a luat angajamentul de a se asigura că, până la finalul primului trimestru al anului 2010, va fi posibil ca pentru înregistrarea online pe situl internet al librăriei UE să se utilizeze atât caractere chirilice, cât și grecești.

În observația sa, reclamantul a indicat că este mulțumit de rezultatul plângerii sale. Ombudsmanul a închis cazul astfel cum a fost soluționat de instituție.

d.)Înscriere pe lista neagră⁴⁶ a unui ONG.

În 1996, un ONG german care ajută refugiați și victime de război i-a solicitat Comisiei să i se permită semnarea Acordului cadru de parteneriat în vederea desfășurării de activități umanitare în

⁴⁵ Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 2060/2008/VIK against the Office for Official Publications of the European Communities

<http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/ro/4383/html.bookmark>

⁴⁶ Decision of the European Ombudsman closing his own-initiative inquiry OI/3/2007/GG concerning the European Commission

Draft recommendation to the European Commission in own-initiative inquiry OI/3/2007/GG
<http://www.ombudsman.europa.eu/cases/draftrecommendation.faces/en/544/html.bookmark>

colaborare cu Comisia. În 2001, Comisia a respins cererea ONG-ului. Într-o notă internă din 2001, făcută de o șefă de unitate din cadrul Comisiei și adresată altor șefi de unitate, autoarea acesteia afirmă că ar "**fi recunoscătoare dacă v-ați asigura că personalul dumneavoastră este la curent cu situația, astfel încât să putem evita orice angajament cu acest ONG.**"

Într-o plângere adresată Ombudsmanului, ONG-ul a afirmat că Comisia a hotărât, fără să îl audieze, să îl înscrie pe lista neagră deoarece făcuse afirmații împotriva Comisiei legate de administrarea defectuoasă. În opinia ONG-ului, Comisia a acționat astfel într-un mod discriminatoriu, disproporționat, arbitrar și nedrept. Reclamantul a mai afirmat că Comisia l-a indus în eroare pe un deputat european în ceea ce privește abordarea sa. Plângerea a fost respinsă din motive procedurale. Având în vedere însă gravitatea afirmațiilor, Ombudsmanul a hotărât să deschidă o anchetă din proprie inițiativă.

La o analiză atentă a notei menționate anterior, Ombudsmanul a considerat că, Comisia nu și-a respectat îndatoririle de a se abține de la discriminare, deoarece a înscris ONG-ul pe lista neagră din motivul principal sau cel puțin și din motivul că făcuse afirmații de administrare defectuoasă împotriva Comisiei. În plus, a fost de părere că, conduita Comisiei a fost în mod evident disproporționată și nedreaptă, fiind echivalentă cu abuzul de putere. Ombudsmanul a considerat, de asemenea, că scrisoarea Comisiei adresată deputatului european a fost înșelătoare.

Într-un proiect de recomandare, Ombudsmanul i-a cerut Comisiei să prezinte scuze ONG-ului și deputatului european și să examineze dacă sunt necesare noi măsuri pentru evitarea pe viitor a unor asemenea cazuri de administrare defectuoasă. Comisia și-a exprimat regretul că nota putea fi interpretată greșit, dar a menținut că afirmația privind înscrierea pe lista neagră era nefondată și că scrisoarea către deputatul european era justificată.

Ombudsmanul nu a fost convins și a făcut o observație critică în care a confirmat existența unor "**cazuri flagrante de administrare defectuoasă**".

4.) În final prezentăm câteva cauze în care nu s-a constatat administrare defectuoasă

b.) Ombudsmanul european a stabilit că nu există cazul ⁴⁷de administrare defectuoasă reclamat.

Astfel, reclamantul, un cetățean american, a fost contractat de o firmă de consultanță, contractantul Comisiei, pentru a evalua un proiect sprijinit financiar de Inițiativa europeană pentru democrație și drepturile omului (un program UE care vizează promovarea drepturilor omului și a democrației în întreaga lume). În cursul evaluării, reclamantul a considerat că a descoperit probe de fraudă și de gestionare defectuoasă deliberată a fondurilor comunitare. Constatările sale nu au însă fost incluse în proiectul de raport de evaluare trimis Comisiei de contractant, deoarece acesta din urmă a considerat că acuzațiile reclamantului nu erau motivate corespunzător. Astfel, reclamantul a trimis propria versiune a raportului direct Comisiei. Prin urmare, contractul său cu contractantul a fost reziliat.

În urma unei anchete minuțioase, Ombudsmanul a ajuns la concluzia că nu a existat o gestionare defectuoasă din partea Comisiei și că nu se justifică anchete suplimentare. În special, Ombudsmanul a observat că Oficiul European de Luptă Antifraudă a examinat, între timp, acuzațiile de fraudă și de gestionare defectuoasă ale reclamantului.

b.) S-a reclamat nefurnizarea unui răspuns detaliat⁴⁸ de către Oficiului European pentru Selecția Personalului (EPSO)

Reclamantul, un cetățean român, dorea să participe la concursul general EPSO/AD/47/06 pentru recrutarea de administratori de cetățenie română. La 25.10.2006 s-a prezentat la testele de

⁴⁷ Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 1906/2007/VIK against the European Commission <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/ro/4185/html.bookmark>

⁴⁸ Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 1566/2007/DK against the European Personnel Selection Office <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/summary.faces/ro/4458/html.bookmark>.

preselecție, la centrul de testare desemnat din București. Deoarece numele său nu a apărut scris corect pe ecranul calculatorului, potrivit instrucțiunilor primite, a făcut clic pe butonul „NU”, care a încheiat participarea sa la concurs. În plângerea sa a pretins că EPSO nu a răspuns plângerii sale din 25.10.2006 cu privire la chestiunea menționată mai sus și a revendicat dreptul de a participa din nou la testele de preselecție.

Ombudsmanul a propus o soluție amiabilă în care EPSO să-i dea reclamantului un răspuns concret plângerii sale din 25.10.2006 și să-l invite să participe din nou la testele de preselecție. EPSO a acceptat propunerea, a răspuns pe larg reclamantului la plângerea sa din 25.10.2006 și l-a contactat pe reclamant pentru a fixa o dată convenabilă pentru testul de preselecție. Reclamantul nu a fost însă mulțumit cu soluția amiabilă propusă.

Prin urmare, Ombudsmanul a concluzionat că nu a fost posibilă soluționarea plângerii pe cale amiabilă.

Ombudsmanul a apreciat faptul că EPSO a acceptat propunerea sa de rezolvare pe cale amiabilă și a considerat că nu mai exista niciun caz de administrare defectuoasă din partea EPSO, astfel încât a închis cazul.

c.) Pretinsa discriminare bazată pe vârstă împotriva Consiliului Uniunii Europene. Plângerea a fost tratată confidențial.

În anul 2006, reclamantul a candidat pentru un post temporar de agent, pe o perioadă de un an, și anume traducător de limbă irlandeză în cadrul Consiliului. În luna octombrie a aceluiași an, Consiliul i-a oferit un post începând cu luna ianuarie a anului 2007. Reclamantul a acceptat oferta și a început pregătirile pentru mutarea la Bruxelles. La data de 30.11.2006, Consiliul i-a adus la cunoștință că, în vederea respectării prevederilor art. 47 din Regimul aplicabil celorlalți agenți ai Comunităților Europene (CEOS), care stabilește vârsta de pensionare la 65 de ani, i se va trimite un nou contract, valabil numai până la data de 30.04.2007 (pe data de 28 aprilie reclamantul împlinind vârsta de 65 de ani).

În plângerea adresată Ombudsmanului, reclamantul a susținut că art. 47 a fost greșit interpretat de Consiliu și că a fost supus unui tratament discriminatoriu bazat pe vârstă. Acesta a solicitat soluționarea pe cale amiabilă.

În urma derulării unei anchete, Ombudsmanul a constatat că singura semnificație logică a literei (a) a art. 47 care stabilește vârsta de pensionare la 65 de ani este aceea că se aplică tuturor contractelor de agent temporar. Prin urmare, Ombudsmanul a conchis că interpretarea articolului 47 dată de Consiliu a fost corectă.

În ceea ce privește afirmația privind discriminarea bazată pe vârstă, Ombudsmanul a remarcat că administrarea defectuoasă poate fi invocată numai în măsura în care normele aplicabile acordă unei instituții o marjă de apreciere pe care instituția o exercită în mod discriminatoriu. Cu toate acestea, administrarea defectuoasă nu poate fi invocată în cazul în care normele aplicabile nu acordă instituției nicio marjă de apreciere, ci, mai curând, impun acesteia să trateze în mod diferit o anumită categorie de persoane. Prin urmare, în ceea ce privește cea de-a doua alegație, Ombudsmanul nu a considerat a fi un caz de administrare defectuoasă.

Pe parcursul anchetei sale, Ombudsmanul a solicitat Consiliului fie să se confrunte cu o altă alegație, respectiv aceea că a comis o eroare prin faptul că l-a înștiințat în primă fază pe reclamant cu privire la acordarea unui contract pe o perioadă de un an în ciuda faptului că reclamantul transmisese în prealabil Consiliul data sa de naștere, fie, în caz contrar, să accepte imediat o soluționare pe cale amiabilă. Acesta a recomandat ca, în cazul în care Consiliul ar fi dispus, să efectueze plata **ex gratia** a unei sume corespunzătoare către reclamant pentru recunoașterea daunelor și stresului suferite.

⁴⁹ Decision of the European Ombudsman closing the inquiry on complaint 1162/2007/FOR against the Council of the European Union, <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/summary.faces/ro/3997/html.bookmark>

Consiliul a acceptat să achite reclamantului **ex gratia** suma de 1.000 EUR pentru recunoașterea daunelor și stresului suferite. Reclamantul a acceptat gestul Consiliului. Astfel, Ombudsmanul a concluzionat că și cea de-a treia alegație și pretenție a reclamantului au fost soluționate de către Consiliu. Ombudsmanul a salutat cu toată convingerea eforturile Consiliului de compensare a omisiunii.

(V) Conclusions

Remarcăm în același timp efectul pozitiv pe care îl are implicarea Ombudsmanului european în soluționarea cazurilor reclamate, din procentajul mare al reclamațiilor soluționate amiabil de către instituția reclamată. Astfel, întrucât în 129 de cazuri încheiate în 2008 (36% din total) instituția în cauză a acceptat o soluție amiabilă sau a rezolvat problema, ceea ce indică faptul că instituțiile și organele sunt dispuse să considere plângerile drept un prilej de a remedia erorile survenite și de a coopera cu Ombudsmanul, în beneficiul cetățenilor.

Pe de altă parte, în lumina jurisprudenței prezentate, putem afirma că Ombudsmanul european are rolul de a veghea la respectarea drepturilor și intereselor cetățenilor, implicându-se activ în soluționarea conflictelor, acționând de multe ori din oficiu, fie că este vorba despre acte sau atitudini necorespunzătoare ale instituțiilor comunitare.

În același timp este îngrijorător faptul că au crescut numărul cazurilor reclamate pentru lipsa transparenței în activitatea instituțiilor și organismelor comunitare.

În lumina celor prezentate reiese că Mediatorul este atât o persoană fizică cât și o instituție independentă pe care acesta o conduce, fiind un liant între cetățeni și instituțiile și organismele comunitare sau mai bine spus, autoritatea morală a Uniunii Europene.

În final salutăm poziția Ombudsmanului European în raportul său din 2008 și anume acesta consideră că sintagma „administrare defectuoasă” ar trebui interpretată în continuare într-o manieră cuprinzătoare, astfel încât să includă nu numai actele administrative ilicite sau cazurile de încălcare a unor norme juridice sau principii obligatorii, ci și, de exemplu, cazurile în care autoritățile administrative au avut un comportament indolent, neglijent sau lipsit de transparență în îndeplinirea îndatoririlor lor față de cetățeni sau au încălcat alte principii ale bunei administrări.

References

- Dana Apostol Tofan, *Instituții Administrative Europene*, (București, Editura CH Beck, 2006), 205-217
- Ioan Muraru, *Avocatul poporului-instituție de tip ombudsman*, (București, Editura All Beck, 2004), 1 și următoarele
- Verginia Vedinaș, *Drept Administrativ, Ediția a IV-a revăzută și actualizată*, (București, Editura Universul Juridic, 2009), 132-133
- Ioan Muraru, Mihai Constantinescu, Simina Tănăsescu, Marian Enache, Gheorghe Iancu, *Interpretarea Constituției, Doctrină și practică*, (București, Editura Lumina Lex, 2002), 3 și următoarele
- A.R. Brewer-Carias, *Les principes de la procedure administrative non contentieuse*. Etudes de droit compare (France, Espagne, Amerique Latine), collection Science et Droit Administratif, Economica, Paris, 1992), 124 și următoarele
- Cormeliu Manda, Ovidiu Predescu, Ioan Popescu Slăniceanu, Cezar Manda, *Ombudsmanul-Instituție fundamentală a statului de drept*, (București, Editura Lumina Lex, 1997), 254
- Alina Dinu, *Mediatorul Republicii în Franța*, (București, Revista de Drept Public nr.1/2008), 74
- Silvestro Alessandro, *Le Médiateur européen face ou Parlement européen* (Revue du Marche commun et de L'Union européenne, Janvier 1999, n° 424), 53-54

- Gh Iancu, D Ionea, *Privire comparativă asupra organizării și funcționării ombudsmanilor și mediatorilor*, Revista de drept public nr.3/2004, (București, Editura CH Beck, 2004), 21
- Elena Ștefan, *Ombudsmnauul European în lumina Constituției Europene*, (București, Revista De Drept Public nr.1/2006, Editura CH Beck, 2006), 106
- Cristina Morariu, *Tratatul de la Lisabona: Constituția a murit, trăiască Constituția*, Revista Română de Drept Internațional nr.6 ianuarie-iunie 2008, București, (București, Editura C. H. Beck, 2008), 70
- Decizia Parlamentului European din 20 ianuarie 2010 privind alegerea Ombudsmanului European Jurnalul Oficial L, 39, 12.02.2010, 4
- Carta Drepturilor Fundamentale, publicată în JO 2007 C 303
- Le Code Europeen de Bonne Conduite Administrative, Office des publications officielles des Communautés Europeennes, L- 2985 Luxembourg 2002, ISBN 92-95010-42-6
- Règlement (CE) no 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JO 2001 L 145/43
- Carta Socială a Consiliului Europei
- Carta comunitară a drepturilor sociale fundamentale ale lucrătorilor a fost adoptată la 9 decembrie 1989, la Strasbourg
- Le Mediateur europeen "Le guide du citoyen", Office des publications officielles des Communautés Europeennes, L- 2985 Luxembourg 2002, ISBN 92-95010-42-6
- Rezoluția Parlamentului European din 6 septembrie 2001 privind Raportul special al Ombudsmanului European ca urmare a ancheta din proprie inițiativă referitoare la existența și accesibilitatea publică, la nivelul diferitelor instituții și organisme comunitare, a Codului bune conduite administrative (JO C 72 E, 21.3.2002), 331
- Décision du médiateur européen portant adoption de dispositions d'exécution Adoptée le 8 juillet 2002 et modifiée par décision du médiateur du 5 avril 2004
- Decision 94/262 du Parlement Europeen relative au statut et aux conditions generales d'exercice des fonctions du mediateur J O L 113 de 1994 Adoptée le 9 mars 1994 (JO L 113 du 4.5.1994,) et modifiée par décision du Parlement Europeen du 18 juin 2008 (2008/587/CE, Euratom)
- Raportul special al Ombudsmanului European către Parlamentul European ca urmare a proiectului său de recomandare adresat Comisiei Europene privind plângerea 185/2005/ELB
- Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 185/2005/ELB against the European Commission
- Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into joined complaints 723/2005/OV and 790/2005/OV against the European Anti-Fraud Office
- Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 1303/2007/(WP)(BEH)KM against the European Personnel Selection Office (EPSO)
- Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 2060/2008/VIK against the Office for Official Publications of the European Communities
- Decision of the European Ombudsman closing his own-initiative inquiry OI/3/2007/GG concerning the European Commission
- Draft recommendation to the European Commission in own-initiative inquiry OI/3/2007/GG
- Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 1906/2007/VIK against the European Commission
- Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 1566/2007/DK against the European Personnel Selection Office
- Decision of the European Ombudsman closing the inquiry on complaint 1162/2007/FOR against the Council of the European Union ,

- <http://www.euoparl.europa.eu/electionombudsman/fr/homepage.html>
- <http://eurlex.europa.eu/Result.do?direct=yes&lang=ro&where=EUROVOC:002140&whereihm=EUROVOC:Avocatul Poporului Comunitatea Europeană>
- http://www.euoparl.europa.eu/news/public/story_page/020-67874-025-01-05-902-20100121STO67824-2010-25-01-2010/default_ro.htm
- http://www.euoparl.europa.eu/news/expert/infopress_page/020-67588-018-01-04-902-20100118IPR67587-18-01-2010-2010-false/default_fr.htm
- <http://eur-lex.europa.eu/ro/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303RO.01000101.htm>
- <http://www.ombudsman.europa.eu/activities/home.faces>
- www.euroombudsman.eu.int
- <http://www.euoparl.europa.eu/parliament/public/staticDisplay.do?id=47&pageRank=6&language=RO>
- <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0010:0041:RO:PDF>
- http://www.environmental-law.ro/nr12004/16_Directiva%202003.pdf
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:13:41:32003L0098:RO:PDF>
- [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E7126929-2E4A-43FB-91A3B2B4F4D66BEC/0/Romanian Roumain.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E7126929-2E4A-43FB-91A3B2B4F4D66BEC/0/Romanian_Roumain.pdf)
- http://www.euro-ombudsman.eu.int/report_04_fr/default.htm
- <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/ro/3665/html.bookmark>
- <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/sl/4506/html.bookmark>
- <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/ro/4297/html.bookmark>
- <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/ro/4383/html.bookmark>
- <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/draftrecommendation.faces/en/544/html.bookmark>
- <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/ro/4185/html.bookmark>
- <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/summary.faces/ro/4458/html.bookmark>,
- <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/summary.faces/ro/3997/html.bookmark>

PROPORTIONALITY - A CONSTITUTIONAL PRINCIPLE

MARIUS ANDREESCU*

Abstract

Proportionality is a general principle of the law that signifies the ideas of equilibrium, justice, reasonability and also the necessary adequate fitting of the measures adopted by the State to the existing situation and the legitimate target aimed at.

The fact that the principle appears written expressly in the European Union, in other documents that regard the European Union, but also in the constitutions of some states, explain the most frequent preoccupations for its research and mostly to identify its dimensions.

The principle of proportionality can be analyzed from more perspectives, its concrete applications being different and causing different juridical consequences.

In this study the principle is identified and analyzed in the juridical documents of European Union.

In the Romanian constitutional law, the principle of proportionality is applied not only in case of restraining the exercise of certain rights, but also in the exercising of the state power.

Based on this analysis, we propose, in the perspective of a new revision of Romania's constitution that at item 1 a new paragraph to be added that will specify expressly the proportionality as a constitutional principle applied to the exercising of state's power.

Key words: *proportionality; equity; justice; adequate ratio; freedom of action; appreciation margin; human's rights; law abuse; restraining of some fundamental freedoms*

I. Introduction

The juridical understanding of proportionality presents some difficulties because its content depends on a certain philosophical understanding about the justice. The juridical doctrine, beginning from the ancient times until now, evokes that the proportionality is signifying the idea about order, equilibrium, rational relation, justified measure.

The proportionality is not exclusively a rational law principle, but in the same time it is a principle of the positive law, a principle with normative value. Thus, the proportionality is a juridical criterion through which it is appreciated the legitimacy of the encroachments of the state power in the field of the exercise of the fundamental rights and freedoms.

This principle is explicitly or implicitly established in the international juridical instruments¹ or by the majority of the democratic countries constitutions². Romania's Constitution regulates expressly this principle in item 53, but there are other Constitution dispositions that imply it.

II. Paper content

In a most recent³ monograph it is asserted that the principle of proportionality is present in the public law of most of community countries. Nevertheless, some distinctions need to be done:

* Judge Court of Appeal Pitești/ Lecturer Ph.D , University of Pitești, (andreescu_marius@yahoo.com)

¹ We remind in this meaning, item 29, paragraph 2 and 3 of the Universal Declaration of Human's rights, item 4 and 5 of the International Pact in regard to the economical, social and political rights; item 4 of the Frame – Convention for the protection of national minorities; item G Part V-a of the European Social Chart; ; item G part V of the European Social Chart – revised; item 8, 9, 10, 11 and 12 of the European Convention for human rights' protection and of fundamental freedoms or item 13 of the Treaty regarding the European Economical Community.

² For example item 20, paragraph 4; item 31 and item 55 of Spain Constitution; item 11, 13, 14, 18, 19 and 20 of Germany Constitution or the dispositions of item 13, 14, 15, 44 and 53 of Italy Constitution.

³ **Dana Apostol Tofan**, *The discretionary power and the excess of power of the public authorities*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 1999), p.48. To see in the same view J. Ziller, *Le principe de proportionnalité*, in *L'Actualité juridique Droit administratif*, on June 20th 1996, special number, 185

1. countries in which principle's establishing was explicitly done in the Constitution and legislation (Portugal, Switzerland etc), on one side, countries in which it is expressly evoked in the legislation or jurisprudence. In the last category could be included: Greece, Belgium, Luxembourg etc.,

2. countries in which this principle is applied to the public law per ensemble (examples: France and Switzerland), and on the other side, countries in which its use is restricted to the field of application of the community law.

In the constitutional law, the principle of proportionality finds its use mainly in the field of protection of human's rights and fundamental freedoms. It is considered a most efficient criterion for the appreciation of the legitimacy of the intervention of state's authorities in the situation when limiting the exercise of certain rights.

Much more, if the principle of proportionality is not expressly established in the constitution of one state, the doctrine and jurisprudence considers it as a part of the lawful state concept.⁴

This principle is applied in many branches of the law. Thus in the administrative law there is a limit of the discretionary power, of the public authorities and it represents a criterion for the exercise of the jurisdictional control of the discretionary administrative acts⁵. Applications of the principle of proportionality exist in the criminal⁶ and civil laws⁷.

The Principle of proportionality is to be found in the community law, meaning that the lawfulness of the community rules is not subject to the condition that the means used to be adequate to the aimed objective and will not exceed what it is necessary to reach this objective.

The jurisprudence has an important role in the analysis of the principle of proportionality applied to concrete cases. Thus, in the jurisprudence of the European Court of Human Rights, the proportionality is conceived as a fair, equitable relationship between the situation in fact, the means for restraining the exercise of certain rights and the legitimate purpose aimed or as an equitable relationship between the individual interest and the public interest. The proportionality is a criterion that determines the legitimacy of the interferences of the contracting states in the exercise of the rights protected by the Convention.

In the same meaning, Romania's Constitutional Court, by many decisions established that the proportionality is a constitutional principle⁸. Our constitutional instance stated the need of establishing some objective criterions, by the law, for the principle of proportionality: "it is necessary that the legislative establishes some objective criterions that show the exigencies of the principle of proportionality".⁹

As a result, the principle of proportionality is imposed more and more as a universal principle established in the majority of the contemporary law systems, implicitly and explicitly found in the constitutional norms and acknowledged by the national and international jurisdictions.

The analysis of proportionality, in the doctrine, legislation, international treaties and jurisprudence needs to answer to few essential questions: 1. if the proportionality is a principle of the law, if affirmative, if it is a constitutional principle; 2. the rational, normative and jurisprudential significance of the principle; 3. the procedural dimension of the principle; 4. its

⁴ For the development see **Petru Miculescu**, *The Lawful State*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 1998), page 87-88 and **Dana Apostol Tofan** *quotation from works.*, 49.

⁵ See in this regard **Dana Apostol Tofan**, *works quotation* pg.46-50; **Iulian Teodoroiu**, **Simona Maya Teodoroiu**, *The lawfulness of the opportunity and the constitutional principle of proportionality*" (Bucharest, in the Law Magazine no. 7 / 1996), 39-42.

⁶ Dispositions of item 72 of the Criminal Code refer to the proportionality as a general criterion of judiciary individualization of the punishments or the dispositions of item 44 of the Criminal Code that is considering the proportionality as a condition for the defense legitimacy.

⁷ Dispositions of item 951 and 1157 of the Criminal Code, allow a contract cancellation for an evident disproportion of the services (lesions).

⁸ Decision no.139/1994, published in the Official Gazette no. 353 / 1994, the decision no. 157 / 1998, published in the Official Gazette no. 3 / 1999, decision no. 161 / 1998 published in the Official Gazette no. 3/ 1999.

⁹ Decision no. 71 / 1996 published in the Official Gazette no. 13 / 1996.

application in the activity for the state power exercise; 5. the significance of proportionality for the human's rights protection; 6. the establishing and applying of the principle of proportionality in the community right; 7. the possibility of the judge, included of the constitutional one, to exercise the control regarding the respecting of principle of proportionality and to sanction the power excess; 8. the elaboration of a definition for the proportionality, as a principle.

As a general principle of law, the proportionality assumes a relation that is considered fair, in an adopted juridical measure, the social reality and the legitimate purpose aimed.

In the doctrine it is asserted that the proportionality can be analyzed at least as a result of the combination of three elements: the decision taken, its finality and the situation in fact to which it is applied¹⁰.

The proportionality is correlated with legality concepts, opportunity and discretionary power¹¹. In the public law, the violation of the principle of proportionality is considered as being the exceeding of the liberty of action, let at the disposal of the authorities, and in the last case, a power excess¹².

There are interferences between the principle of proportionality and other general principles of the law, respectively: the principles of lawfulness and also the principle of equity and justice.

The essence of a principle consists in the relationship considered fair between the component elements. One can ask the question if the syntagm "fair relationship" is synonym with that of "adequate relationship" that is used sometimes in the doctrine. We believe that there are some differences because the "fair" concept can and will have a moral dimension, while "adequate" does not necessarily assumes this meaning.

Synthesising, we can say that the proportionality is a fundamental principle of the law that is explicitly accepted or deduced from the constitutional, legislative regulations and those of the international juridical instruments, based on the rational law values, the justice and equity ones, which express the existence of a balanced or adequate relationship between the actions, situations, phenomenons and also the limiting of the measures, disposed by the states authorities to what it is necessary to reach a legitimate purpose, thus being guaranteed the fundamental rights and freedoms, and avoiding the law abuse.

There are internal or international juridical instruments that accept explicitly the principle of proportionality. In these situations, this principle is deduced by the doctrinary interpretation, or the jurisprudential one of the law norms.

The definition proposed above expresses the proportionality as a general principle of the law.

The normative dimension of the proportionality shows its private aspects that can be identified by the doctrinary and jurisprudential interpretation of the constitutional texts.

Is proportionality a constitutional principle? If affirmative, which are the constitutional significances of this principle?

At the first question the answer cannot be otherwise, but affirmative. It was supported before that the proportionality is a fundamental principle of the law. The constitution is a part of the law, is the main source of the law. As a result, the proportionality is not a constitutional principle.

Ion Deleanu considers that: "the principle of proportionality is beyond any doubt, a constitutional principle, but in the absence of some legal predetermination of proportionality, this is a concrete matter, in fact, that is to be checked and appreciated by the competent authority in front of which, the proportionality is invoked"¹³.

In our opinion, the proportionality is not only a matter in fact, but also a principle that can be understand and explained by its normative dimension, included by its constitutional norms that it involves.

¹⁰ Dana Apostol Tofan, *works quotation*, 47

¹¹ M.Guibal, *De la proportionnalité*, în *L'Actualité juridique Droit administratif*, no. 5/1978, 477-479.

¹² Dana Apostol Tofan, *works quotation*, 50
Ion Deleanu, *works quotation*, vol.II, pg.123

The scientific attempt to analyze the proportionality as a constitutional principle is difficult also for the fact that in the constitutional doctrine it is very little invoked and studied¹⁴.

From the analysis of the doctrine in the matter, results the general significance of proportionality, respectively the idea of order, equilibrium, rational relation or fair measure. These determinations characterize even the concept of constitution itself, considered as being the “political and juridical fundamental background of a state”¹⁵.

In compliance with the doctrine of the social contract, the constitution is an original form of a social pact. Nor is it only a fundamental law, but also a political and state reality “that identifies itself with the society that creates and shapes it”¹⁶. Also the constitution expresses a philosophy and ideology, characteristic to the human society, it guarantees the fundamental rights and liberties and establishes the limits of the state power. The constitution does not restrict itself to establish the way the power is exercised, but also the essential principles, that govern the society.¹⁷

The main features of European constitutionalism in doctrinary and legislative plan are considered to be: the principle of state’s power splitting, proclamation, promotion, defense and guaranteeing the fundamental inalienable human rights, definition and assimilation of the lawful state concept, appearance and development of the European model for the control of laws constitutionality.¹⁸

¹⁴ We mention few of the authors that in the contemporary period refered to this principle: **Marius Andreescu**, *Principle of Proportionality in the Constitutional Law*, (Bucharest, C.H. Beck Publishing House, 2007); **Ioan Muraru**, **Simina Elena Tănăsescu**, *Constitutional Law and the political institutions*, volume I, (Bucharest, C.H. Beck Publishing House, 2008); **Ioan Muraru**, **Elena Simina Tănăsescu** (coordonator), *Romania’s constitution, Comments on items*, (Bucharest, C.H. Beck Publishing House,) **Ion Deleanu**, *Fundamental rights of the parties in the civil trial*, (Bucharest, Juridical Universe Publishing House, 2008); G. Braibant, *Le principe de proportionnalité* in *Mélange Waline*, L.G.D.J., Paris, 1974; **M. Guibal**, *De la proportionnalité*, in *L’Actualité juridique*, No.5, 1978; J. Ziller, *Le principe de proportionnalité*, in *L’Actualité juridique-Droit administratif*, special number, June 20th 1996; Heinz Mohnkaupt, *L’État de droit en Allemagne*, in *L’État de droit*, Presses Universitaires de Caen, 1994; X. Phillippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives française*, P.U.A.M. Economica, 1990; Michael Fromont, *La Cour Constitutionnelle Federale et le droit*, *Revue française de théorie juridique* Nr.11/1990; Hilaire Bornette, *Constitutional and Administrative Law*, Cavendish, Publishing Limited, London, 1997; Jeffrey Jowell and Jonathan Cooper, *Understanding Human Rights Principles*, Oxford and Portland, Oregon 2001; J.J. Chevallier, *L’État de droit*, Montehrstien, E.J.A. 1992. Among Romanian authors we mention: Petru Miculescu, *The Lawfull State*, Lumina Lex Publishing House, București, 1998; Ion Deleanu, *Institution and constitutional procedures*, Ed. Servo-Sat, Arad 1998; **Ioan Muraru și Mihai Constantinescu**, *România’s Constitutional Court*, București, Albatros Publishing House, 1997; **Simina-Elena Tănăsescu**, *Principle of Equality in Romanian Law*, All Beck Publishing House, 1999, București; **Dana Apostol Tofan**, *The Discretionary Power and the Power Excess of the Public Authorities*, All Beck Publishing House, București, 1999; **Doina Micu**, *Guaranteeing the Human Rights*, All Beck Publishing House, București, 1998; **Ioan Muraru, Simina-Elena Tănăsescu**, *Constitutional Law and the Public Institutions*, All Beck Publishing House, București, 2003, Bianca Selezjan-Guțan, *European protection of Human Rights*, All Beck Publishing House, București 2004; **Marius Andreescu**, *Principle of Proportionality in the Juridical doctrine*, in *juridical and administrative studies*, no.1, 2003, Faculty of Economical, Juridical and Administrative Studies, Pitești; **Marius Andreescu**, *The principle of Equality and the Constitutional principle of proportionality*, in the Scientific Book of I.S.A. „Paul Negulescu”, Sibiu, 2004; **Marius Andreescu, Ruxandra Andreescu**, *Theoretical and practical aspects concerning the limitation of the exercise of a number of rights*, in *Proceedings*, The 26th Annual Congress of the American Romanian Academy of Arts and Sciences (ARA), Montréal, Québec, Canada, 2001; **Marius Andreescu, Ruxandra Andreescu**, *Jurisprudence Trends of the European Court of Human Rights. Principle of Proportionality*, in the Scientific Book of I. S. A. „Paul Negulescu”, Sibiu 2003.

¹⁵ Ion Deleanu, , *quotation from works*, vol.I, 265

¹⁶ Ioan Muraru, Simina-Elena Tănăsescu, *quotation from works* vol.I, pg.36.

¹⁷ Ion Deleanu, , *quotation from works*, vol.I, 265-266

¹⁸ **Florin Bucur Vasilescu**, *Constitutionality and constitutionalism*, Național Publishing House, Bucharest, 1990-1998, 16-33.

As a result, the essence and finality of the constitution, but also of constitutionalism, as a historical process and social reality, consist in the achievement of a balance, rational relationship between realities and different forces, that should coexist and harmonize in order to ensure the social stability, individual liberty but also the legitimacy and functionality of the authorities that exercise the state power. Thus said, the purpose of a democratic constitution lies in a fair, reasonable balance between different realities, between individual interests and the public interest. This balanced relationship, that is the essence of constitution and constitutionalism, expresses the proportionality as a general principle of law.

The connection between the constitution and the principle of proportionality can be understood differently. The sayings of the famous law maker and learned man, Solon, still wellknown and up dated, by whom he addressed himself to the Athenians, he said that he didn't give them the best constitution, but the most propriate. There cannot be an ideal, perfect and immutable constitution. The constitution, as a fundamental law, in order to be efficient, needs to be *adequate* to the social, economical and political realities of the state. The dynamics of these factors will determine at last the modifications of the constitutional norms. The adequate relationship between the constitutional realities and the above mentioned realities, express the principle of proportionality.

In the meaning of those above, Ioan Muraru, referring to the significances of constitutionalism, stated: "In the social-juridical and contemporary state realities, the constitutionalism needs to be regarded as a political-juridical and complex status, that is expressing at least two aspects: a) on one side, the acceptance in the constitution of the exigencies of the idea movements (originary and in its evolution), regarding the lawful and democratic state, the public liberties, organizing, functioning and balance of powers; b) on the other side, the acceptance on a large scale of the law topics of constitutional dispositions. This reciprocal acceptance is the only one that can ensure the efficiency and mainly the validity of the constitution, can ensure a concordance between the constitutional rules and political practice".¹⁹

The achievement of an adequate relationship between the constitution and state, political and ideological realities is a complex problem that needs not be understood formally. We underline the fact that on strictly juridical plan, the constitution can define both a liberal regime, and a dictatorial one. If in the same state type, be it democratic, or totalitarian, there is a constitution, then one cannot sustain that everywhere there is a genuine constitutional regime.²⁰

Another problem is the normative – constitutional dimension of the principle of proportionality. The super naturalist concepts and the super legality doctrine, sustained by Française Geny, Leon Duguit and Maurice Duverger consider that the constitutional justice needs to relate to the super constitutional principles and rules.

These concepts were applied by some constitutional instances. It is famous in this meaning, the decision on January 16th 1957 of the Constitutional Federal Court of Germany in regard with the liberty to get out on federal territory. The Court stated: "The laws are constitutional only if they were enforced with the observance of the forms foreseen. Their substance needs to agree with the supreme values of the democratic and liberal orders, having the quality of a system of values established by the constitution, but mostly must be in compliance with the *elementary unwritten principles* (s.n.) and with the fundamental principles of the fundamental law, mostly with the principles of the lawful state and the social state"²¹.

This concept was abandoned by the Constitutional Federal Court of Germany, which by a later decision established the rules for interpreting the law and the constitution: "interpretations matching the form of the norm (literary interpretation) in compliance with the context

¹⁹ **Ioan Muraru**, *Constitution and constitutionalism*, in : Constitutional studies, Actami Publishing House, Bucharest, 1995, 96

²⁰ **Ion Muraru**, *quotation from works*.97

²¹ **Michel Fromont**, *quotation from works.*, 126-127.

(systematical interpretation) in compliance with its purpose (teleological interpretation) and in compliance with the historical conditions for text editing (historical interpretation)”²².

Nevertheless, many authors²³ had criticized the super-legality conception, because its acceptance would have meant to leave the ground of a strict interpretation of the law rules, for the interpretation from the values’ point of view, and finally, of the interpretation through the prism of the natural and rational law and to give thus the judge an excessive power. The interpretation fulfilled by the constitutional judge cannot be abusive, discretionary, cannot (nor should it do) exceed the threshold of the role and dimensions of constitution. Finding exactly this threshold, in any process is a matter of professionalism. Beyond this threshold start the subjectivism and the arbitrary.”²⁴

The principle of proportionality, yet in its general acceptance represent the idea of justice, balance, equity, cannot be considered as a super-constitutional principle. As a principle, the proportionality is invoked by the jusnaturalist doctrines and by the juridical rationalism that is opposing the kelsian normativism.

Nevertheless the principle of proportionality cannot be understood and applied unless in the normative content of a constitution.

The problems of the constitutional principles and their normative value made the object of a work in specialty.²⁵

It was accepted the fact that all constitutional provisions contain juridical norms. The identification of the normative contents of a constitution should be done by considering the value and the specific of the relationships regulated by the constitutional norms. Always these are the social fundamental relationships that are essential for the installing, maintaining and exercising of the power.²⁶

The constitutional norms can be split into two categories: a) with mediated application, or which give regulation in principle and are applied to concrete cases, by supplementary regulations in other branches of law and b) norms with un-mediated application that regulate directly the social relationship without the need to be mentioned by an ordinary law.²⁷

Any constitution regulates with value of juridical norm, the fundamental principle of law in general, but also with principles referring to the installing, exercising and maintainance of the state power. Thus, Romania’s constitution accepts the principles of democracy that have a coordinating role for the entire law system, but also principles that are specific to some juridical institutions or branches.

The normative character of the constitutional principles results from the fact that they create genuine obligations for the law subjects, that express themselves throughout the rule of conformity of the entire law with the Constitution, included with the fundamental principles expressed through constitution norms.

The importance of the constitutional principles and the structured role for the entire law results from the nature of the social relationships regulated, fundamental and in the same time essential for the installing, maintenance and exercising of power.

²² Decision on May 17th 1960, in Michel Fromont,, *quotation from works.*, 122.

²³ On this meaning see Michel Fromont, *quotation from works.* pg.127, Charles Eisenmann, *La Justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*, L.G.D.J., Paris, 1986.

²⁴ **Ioan Muraru** , *quotation from works.*,98.

²⁵ Ioan Muraru, Simina-Elena Tănăsescu, *quotation from works.*, vol..I, pg.160-174; Simina-Elena Tănăsescu, *The Principle of Equality in Romanian Law*; All Beck Publishing House, Bucharest 1999; Cristian Ionescu, *Fundamental Principles of constitutional democracy*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 1997; Ion Stămbulescu, *Constitutional Law Principles*, Cartea Românească Publishing House, Bucharest, 1929; Romul Boilă, *The State*, Cluj, 1938.

²⁶ **Ioan Muraru, Simina-Elena Tănăsescu**, , *quotation from works.*, vol.I, 39-41.

²⁷ *Ibidem*, , *quotation from works* , 19-20.

To remember a definition of the concept of the constitutional principle, proposed in the literature in speciality: “this represents a general-mandatory prescription, written in the constitution, that establishes a fundamental direction of organizing and exercising of power, of political system operation, according to which are formed and function the public authorities provided with state power, are established the relationships between them and the general relations between the state and the citizens.”²⁸

These principles are not immutable, they evaluate in relation to the transformations that take place in society, but are characterized by a high stability, because the revising of the constitution is done, as a rule, by derogatory procedures from the common law.

Needs to underline the role of jurisprudence, mostly that of the constitutional instances in the identification, interpretation and applying of constitutional principles.

The doctrine has tried to identify these principles²⁹ or is analyzing the constitutional principles to be applied to the fundamental rights and duties of the citizens.³⁰

The constitutional principles have the following characteristics analyzed in the works in speciality to which I referred:

a) They are at the foundation of the forming and unity of the entire law system and reflect in their contents the general principles of law;

b) They are both the result of the will of the constituent law maker, but also of the dictrinary and jurisprudential elaboration, being determined by the realities of the social system;

c) They don't have immutable, but they are subject to the evolution of the constituent law maker, of the doctrinary and jurisprudential interpretations, but also on the social and political transformations. Being regulated by the constitution, they have a stability larger than other juridical norms;

d) They are in a contents unit, included with the accepted principles and acknowledged by the international juridical instruments;

e) They have a normative but also a political value. A principle can be expressed explicitly or implicitly by one or more constitutional norms. They compulsory character results from the supremacy of constitution and the conformity of the entire law with the constitutional norms;

f) Some principles are recognized or appreciate their content by the jurisprudential interpretation, mainly the constitutional Law Courts.

We consider that the proportionality is a constitutional principle for the following reasons: 1) it is a form of principle of justice and equity, being evoked by some constitutional categories “justice”, “equity”, “reasonability”, “just”, “tolerance”; 2) it has the constitutional principles features 3) it is accepted explicitly or implicitly by the majority of the democratic countries constitutions, but also by the international juridical instruments.

The constitutional applications of the principle of proportionality can be identified in three main fields: state organizing and state powers exercising, guaranteeing of human fundamental rights; interference with the principle of equity.

The only dispositions of Romania's constitution³¹ which refer to proportionality, as a principle, are included in item 53, which has the denomination: “Restraining of the exercise of certain rights and liberties”.

²⁸ **Cristian Ionescu**, *Principiile fundamentale ale democrației constituționale*, Editura Lumina Lex ,Bucuresti, 1997. 8

²⁹ *Ibidem*, , quotation from works., 8

³⁰ **Ioan Muraru, Simina-Elena Tănăsesc**, *quotation from works.*, vol.I, 160-175. There are analyzed principles such as: universality of the rights, liberties and fundamental duties, nonretroactivity of the law; equality of rights of the citizens, priority of international regulations, free access to the justice, exception feature of the restraint of the exercise of certain rights and others.

³¹ România Constitution adopted on 1991, modified and completed by the Law to revise România Constitution nr.429/2003, published in Official Gazette. No. 758 on October 29th 2003. The text of România Constitution was republished in the Official Gazette no. 767 on October 31st 2003.

The paragraph 2 establishes that “The restraining can be disposed only if needed in a democratic society. The measure should be proportional with the situation that determined it, to be applied in a nondiscriminatory way and without bringing touch to the right or liberty”.

To be specified that no other previous Constitution of Romania accepted explicitly this principle.

Nevertheless, the principle of proportionality is an implicit content of the dispositions of item 19 of Constitution on 1866, item 17 of the Consitution on 1923 and item 16 of the Constitution on 1938 that established that the expropriation could only be done after “ a fair and a previous compensation established by the justice”. As a result, the compensation needed to be equitable, fair, which had meant proportionality.

In our opinion, the principle of proportionality is involved by other Romanian constitutional dispositions, but for their identification it is needed an interpretation work of the constitutional texts.

The interpretation of the constitutional norms is justified, in relation to those shown above, because any constitution is a law and it has a normative content, therefore it should be applied. Much more than an ordinary law, a constitution can contain undetermined terms, or regulations of maximum generality that justify the need for the interpretation, first by jurisprudence and then by the doctrinary way. “Constitution is not made only of its text. Even the adepts of textualist interpretation agree that certain principles, even if they are not expressed, *expressis verbis*, in the Constitution text, are presented in its spirit and cannot be ignored, or put under silence, only because they are not expressed in the text. ... The interpretation can many times avoid a situation in which the absence of establishing of a norm can be supplemented by its deduction from the context or by systematic interpretation of some norms. The text of the Constitution is considered *normative*, in the meaning that anything obviously against it, cannot be backed up, even if it cannot be an exhaustive law for the universe of the possible constitutional understandings. When we refer to the text we have into consideration the context (systematical interpretation), which many times can help for a better interpretation”³².

In the doctrine is discussed about the “constitutionality of the law”³³. An aspect of this complex process consists in the multiplication of the constitutional norms with the interpretation of the constitutional texts by the constitutional justice, which can be deducted from the express dispositions of the new Constitutions, of the new principles with constitutional value, or can determine the contents and applying criterions³⁴.

These considerents represent the scientific value by virtue of which we can proceed to a doctrinary interpretation, for the identification of the normative, constitutional dimension of the principle of proportionality.

The identification of the Romanian constitutional dispositions, that implies that the principle of proportionality can be done having into consideration the relationship between the constitutional norm and this principle. The scientific attempt is relying on the interpretation of the constitutional texts, by a *proportionality reasoning*, the difference is depending on the concrete applications of the principle.

The relationship between the constitutional norms and the principle of proportionality can be analyzed depending on its significances: proportionality, as a general principle of the law, or its private aspects.

The assertion expressed in the literature in speciality, according to which the juridical norms are related to the principles of law has at least two meanings: the norms that contain descriptions and assert most of the principles of the law, the functioning of the principles is done then by

³² **Ioan Muraru**, and others, *Interpretation of Constitution. Doctrine and practice*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest 2002, pg. 9-10.

³³ **Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu**, *Constitutional law and political institutions*, All Beck Publishing House, Bucharest, 2003, vol.I, p.80.

³⁴ *Ibidem*, p.80.

putting into application of the condition prescribed by the norm³⁵, is valid also in case of the relationship between the constitutional norms and the general principle of proportionality.

The norms do not explain the phenomena, but improve them, while the fundamental principles have an explanatory value, they contain the background of the essence of the evolution and transformations of the law”³⁶. As a result, there can be constitutional dispositions that involve the principle of proportionality, yet it does not establish it expressly.

Applied in the matter for the protection of the fundamental rights, the principle of proportionality is involved in some constitutional dispositions in the matter.

Thus, the individual liberty is regulated by item 23 of Romania’s Constitution, an item with a complex content.

The measures for the restraining of the exercise of the individual liberty (restraining, arresting, searching), regulated in detail by the constitutional dispositions, can be taken by the juridical authorities only with the strict observance of the conditions imposed by the law. The encroachment of the authorities of the state in the exercise of the individual liberties cannot be abusive. That’s why the set of guarantees that protects the person, in cases when the juridical authorities take restrictive measures, need to be adequate, otherwise said, proportional with the values that form the individual liberty.

The principle of proportionality is involved by the provisions of item 25 of Romania’s Constitution that regulates the right for free circulation. This right cannot be absolute. The provisions of item 25 paragraph (1) state that: “the law establishes the conditions for the exercising of this right”. In this meaning, the regulations referring to the identity acts, passports, crossing of the border, establishing of the domicile or residence, are norms that make the legal frame for the exercising of this right. In order not to be abusive, this legal frame need to be adequated to the finalities aimed at, which is guaranteeing the exercise of their fundamental right.

The free circulation can be restricted by the law, if this is imposed, for avoiding any severe danger, for the under aged children protection, against abandon or to fight against certain offences, or for the execution of the judge decisions³⁷. These measures need to respect the condition of proportionality, meaning to be adequate to the legitimate purpose aimed at and for the constitutional guarantees regarding the free circulation.

The provisions of item 26 of the Constitution, that regulates the right for an intimate, family and private life, involve also the principle of proportionality. The exercising of this right cannot be achieved discretionary, but adequate to the requirements of the moral and public order. Also, one must not bring touch to the rights of the others. The limits of this right, determined by the protection of other persons, need to be adequate to the constitutional guarantees in the matter.

The principle of proportionality is involved by the provisions of item 27 of the Constitution, that refer to the inviolability of the domicile. The cases in which one can enter the domicile or residence of a person, are restricted and expressly foreseen in item 27 paragraph (2) of the Constitution. The restrictive measures applied to the exercising of this fundamental right, in order not to be abusive, need to be adequate to a legitimate purpose, but also to the constitutional requirements for the protection of this right. .

Another constitutional text, that is involving the principle of proportionality, is item 30 referring to the liberty of expressing. The limits of this fundamental right are provided by the provisions of item 30 paragraph (6). The proportionality consists in this case in the relationship balanced between the two values protected by the law and at the same time the necessity that the limits of the liberty to express, to be adequate to the finality aimed, which is the one for the protection of this right.

³⁵ Nicolae Popa, *quotation from works.*, p.16

³⁶ Ibidem, , *quotation from works.*, p. 116

³⁷ Ioan Muraru, Simina Elena Tănăsescu, vol. I, *quotation from works.*, p.184-185.

The provisions of item 21 paragraph (3) of the Constitution frutify explicitly the provisions of item 6 paragraph (1) of the European Convention regarding the fundamental rights and liberties' defending. The proportionality represents the content of the idea for equity that needs to characterize a law suit, in the form of existence of an equitable relationship between the divergent interests of the parties in litigation. In this meaning the C.E.D.O jurisprudence that considered that the requirements of equitability, has in consideration also the "equality of the armies, in a law suit: "The Courts reminds that the principle of equality of the armies, one of the elements of a most widened concept in regard to an equitable trial, asks for each party to have a *reasonable possibility* (s.n) to present its cause in such conditions that will not put itself in clear disadvantageously position, in relationship with its opponent"³⁸. The term of reasonable for the carry on of a judiciary procedure is appreciated depending on the circumstances of the cause and assumes the adequating of the length of such a procedure to the complexity of the cause, the behaviour of the parties, the behaviour of the public authorities, the difficulty to administer the evidences, etc. Thus said it is needed to be a reasonable proportionality relationship between the length of the juridical procedure and the circumstances of the cause.

The provisions of the item 57 establish, at constitutional level, two law principles: the principle of the exercise of the rights in good will and the duty not to violate the rights and liberties of the others³⁹.

The constitutional obligation to exercise the rights in good faith involves the existence of an adequate relationship between the exercise of the right and its social finality. In the absence of this relationship, which we appreciate as being a proportionality one, we are in the presence of the law abuse that is to be sanctioned. The "law abuse" stresses on the fact of exercising the law for reasons, or in view of purposes contrary *ratio legis*.⁴⁰

III. Conclusions

In conclusion of this analysis, we appreciate that there are two finalities most important of the constitutional principle of proportionality: the control and limiting of the discretionary powers of the public authorities and respectively the guaranteeing of the fundamental rights and liberties in situation in which their exercise could be conditioned or restricted.

The proportionality is a constitutional principle, but in most cases there is an explicit normative dedication, but the principle is deducted by different methods of interpretation from the normative texts. This situation creates some difficulties in applying the principle of proportionality.

We have to underline also the importance of this principle as a legitimacy principle of the state power exercising, within the appreciation margin, in compliance with the constitutional and legal competences.

In relation to these considerents we propose, in the perspective of a new revising of Romania's Constitution, that at item 1 whose side denomination is "Romanian state", to be added a new paragraph that is foreseeing that "The exercising of the state power needs to be proportional and nondiscriminatory".

Thus will be answered to more requests:

a)The proportionality is established expressly as a constitutional general principle and not only with restrained applying in case of restraining the exercising of the fundamental rights and liberties, such as one can consider currently, having in consideration the provisions of item 53 of

³⁸ Cauza Kreess versus France, decision on June 7th 2001.

³⁹ See Ioan Muraru, *quotation from works.*, p.114.

⁴⁰ For development see L. Jasserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit*, Dalloz, Paris, 1993, nr.245; L. Jasserand, *De l'abus de droit*, Paris, 1905; D. Gherasim, *Good faith in the civil juridical relationships*, RSR Academy Publishing House, Bucharest, 1981; Ion Deleanu, *The subjective rights and the law abuse*, Dacia Publishing House, Cluj Napoca, 1988.

the Constitution;

b) This new constitutional provision corresponds to some similar regulations contained in the juridical norms of European Union

c) This new regulation would represent a genuine constitutional obligation for all state's authorities to exercise their duties such as all adopted measures would get within the limits of discretionary power limits acknowledged by the law and would not represent a power excess;

d) To create the possibility for the Constitutional Court to sanction, by means of constitutionality control of the laws and ordinances, the excess of power in the activity of the Parliament and Govern, using the principle of proportionality as a criterion;

e) There can be achieved a better correlation between the principle of proportionality and the principle of equality.

References

- Andreescu, Marius, *Principiul proporționalității în dreptul constituțional*, (Bucharest, CH Beck Publishing House, 2007)
- Apostol, Tofan. Dana, *Puterea discreționară și excesul de putere al autorităților publice*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 1999)
- Deleanu, Ion, *Drepturile subiective și abuzul de drept*, (Cluj-Napoca, Ed. Dacia, 1988)
- Muraru, Ioan, *Protecția constituțională a libertăților de opinie*, (București, Ed. Lumina Lex, 1999)
- Watkins, Frederic, *The Political Tradition of the West*. (Cambridge, Harvard University, Press, 1948)
- Reymont Philippe, *De la tyrannie de la majorite*, Le Debat, nr 87/1999
- Teodoroiu Iulian, Teodoroiu Simona Maya, *Legalitatea oportunității și principiul constituțional al proporționalității* (Bucharest, in Law Magazine no. 7/1996)

THE LAWFULNESS PRINCIPLE

ELENA ANGHEL *

Abstract

"The state is a structure that all or most of people often ignore or hate, but that all claim and ask for when their life, liberty or property are endangered."¹

Thus, there are opinions in the doctrine according to which the changes made in contemporary society have brought the individual too much freedom, too much private independence; this translates into greater anxiety in life, as the individual always wonders "where can I, how far can I and should I go"². According to the author, these issues requires a greater need for Law.

On the other side, some authors argue that Law exists, being actually "too much"; they criticize the avalanche of laws and the frenzy trend to reform, considering that legislative inflation means devaluation.

So, we'll try to find an answer on this question: how can the simple citizen (and not only) leave the state of bewilderment and obey the law, when this is always changing, being obscure, inconsistent or revealing so many deficiencies of legislative technique? If we were to think of Socrates, the answer would be simple: the good citizen must obey the law even if it is a bad one, not to encourage the bad citizen to break the good ones. But for Socrates, obedience to law is a supreme duty and his end stays testimony to that.

Key words: *principle, Constitution, rule of law, powers separation, laws inflation.*

Introduction

"The principle of ensuring the lawful grounds for the state's functioning"³ represents the foundation of the rule of law and runs any democratic society characterized by the separation and self-limiting of powers (these are aspects which will be detailed below). Nevertheless, the importance of this principle, the significance of the lawfulness concept was familiar in the ancient world.

Paper Content

"Nemo censetur ignorare legem" (no one is allowed to not know the law) dates back in the Roman law. When discussing about laws, Cicero made a distinction between the natural, eternal law, arising from reason, and the contextual laws, which are drawn up by people and should always be grounded on the universal nature: "law is what makes the distinction between justice and injustice, formulated according to the universal nature, an old and ingenerating principle, towards which people's laws tend, by punishing the dishonest and protecting the good ones."⁴

Sophists (Protagoras, for instance) viewed justice as "an essential element of human virtue, concretized in the respect for laws, the purpose of which has been to raise man from weakness to civilization."⁵

Plato grounded law on reason. He described an ideal state ruled by a philosopher, the only one able to educate the citizens in the spirit of justice; in such a state – he believed – laws are not

* Lecturer, Ph.D., Faculty of Law, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest (elena_comsa@yahoo.com)

¹ Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, ediția 12, vol. I, (Bucharest, All.Beck Publishing House, 2005), 3.

² Gheorghe Mihai, *Fundamentele dreptului*, vol. I - II, Edit. All Beck, București, 2003, 53.

³ Nicolae Popa, Mihail Ctin Eremia, Simona Cristea, *Teoria generala a dreptului*, Editia 2, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2005), 106.

⁴ Apud Nicolae Popa, Ion Dogaru, Gh. Danisor, D.C.Danisor - *Filosofia dreptului. Marile curente*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2002), 73.

⁵ Idem, p. 21.

even necessary, because they are “written in each individual’s soul; however, a norm will be needed in this second state, where genuine philosophers are no longer rulers, and an impersonal break, equal for everyone, is necessary in order to put a limit and inhibit abuse, intemperance, violence and injustice which unfortunately so often due to their nature drives those who are chosen to rule the social whole.”⁶

Plato emphasized education, the supremacy of laws, with which citizens should unconditionally comply, moderation in avoiding fortune making. The laws’ authority is not binding only to citizens, but also to rulers, who “are accountable for their judgements and administration.”⁷ Their powers should be limited, in order to avoid abuse. Laws should be accompanied by reasoning, and the amendment thereon can only be made upon agreement from the people, magistrates and the gods.

The state imagined by Plato prefigured what the modern age was to refer to as the rule of law.

For Aristotle lawfulness and equality generate happiness in the city; he grounded the said on friendship between citizens, the only means able to ensure peace in the state and respect for laws. Democracy can only exist between free, yet poor people, who understand and respect law suzerainty.

Montesquieu referred to laws as “necessary rapports arising from the nature of things; to such end, everything that exists has its laws. Divinity has its laws, the material world has its laws, spiritual substances that are superior to humans have their laws, animals and people have their laws.”⁸ Montesquieu’s law is natural, universal and objectively imposes to all people.

Contractualists expressed different standpoints on the need for laws. For Hobbes, once the social contract is concluded, individuals cease all their rights to the sovereign; his power becomes absolute, and he is the only one capable to give laws, however does not comply with laws.

Locke set up social contract on the need for survival and creating norms. Individuals cease only a part of their freedoms to the sovereign, and the purpose of the contract consists in guaranteeing their natural rights, and not suppressing such. The sovereign’s powers are by no means absolute and cannot be arbitrary, because the entire order complies with laws, and breach of undertaken obligations can at any time generate the termination of the social contract.⁹

To Rousseau, the law foundation is freedom. By their association, people transfer their natural freedom to the sovereign, and receive in return another kind of freedom – the civil freedom as understood need. The purpose of the agreement is precisely to ensure their freedom, while the civil law represents the way to achieving such. They maintain however a certain personal autonomy space, which the state cannot break, but only limit. Rousseau thus shaped the theory of the freedom-autonomy that lays at the foundation of nowadays’ rule of law.

We have mentioned these theories in order to draw attention on the way how the need for law has been understood and explained throughout the society’s development. It is impossible not to notice the firmness and especially the actuality of many of the expressed opinions. The rule of law theory, as it exists today, could potentially be completed by only pursuing the opinions of Plato, Montesquieu and Rousseau: education by law and as a direct consequence, bending one’s head in front of its authority; respect for laws that are able to persuade; speeding down the abuse towards which rulers tend, by state power separation and balance; a democracy grounded on freedom-autonomy, in which the sovereign will of the people would permanently refer to the absolute fairness criterion.

Although thoroughly theorized, it was much later that the **rule of law** has imposed as a reality in the society history. It occurred as a reaction to the abuse of power that characterizes

⁶ Stefan Bezdechi, *Introducere la “Legile” lui Platon*, Ed. IRI, Bucuresti, 1995, 12.

⁷ Platon, *Legile*, (Edit. IRI, Bucuresti, 1995), 174.

⁸ Montesquieu, *Despre spiritul legilor*, (Edit. Stiintifica, Bucuresti, 1964), 11.

⁹ Apud Nicolae Popa, Ion Dogaru, Gh. Danisor, D.C.Danisor – op.cit,152.

absolutist states, and was thought as a way for limiting the arbitral aspect and helping individual freedom to meet state's authority. The rule of law theory is focused on individuals, on ensuring their fundamental rights and freedoms.

In Romania, following a dictatorship period that was characterized as "a brutal domination of the overall comprising power over the individual", the 1989 revolution made it necessary for "both the role of the law, and that of the state in the society to be rethought, based on the opinion that law, justice would triumph in any situation, in any circumstance".¹⁰ Democracy, human dignity, rule of law, civil society, national suzerainty have developed as self-sufficient social values.

Professors Ceterchi and Craiovan view the rule of law as „a new entity” and describe it as “a political-juridical concept which defines a form of the governing democratic regime in view of the rapports between the state and the law, between the power and the rule, by ensuring the domination of the law and the fundamental rights and freedoms of men in exercising power”. They note as fundamental features of the rule of law: putting limits to the abuse of power, political pluralism and the right to an opposition, the supremacy of the Constitution, observing the fundamental rights and freedoms on the international standards' level, separating the state powers and limiting them by the law, unrestricted access to justice, governing on behalf of the majority.¹¹

Sofia Popescu emphasized that “the autonomy of the law is considered, both in the liberal doctrine and in more recent appreciations, as one of the main conditions for the existence of the rule of law”, as it represents the insubordination of the law to political interests. She also stressed out that predictability is a prerequisite for the rule of law – “laws should exist, they should have a prospective nature, they should be made public, and their implications should be relatively identifiable, trustworthy and establish the limits in which rulers are allowed to act.”¹²

Professor Ioan Muraru considered that we are “dealing with a rule of law when: the ruling of the law is obvious; the content of such law makes use of the citizens rights and freedoms upon their genuine sizes; public powers (public authorities) reach a balance, collaborate and control each other; the unrestricted access to justice is ensured”.¹³

These coordinates of the rule of law are guaranteed by the constitution, by their stipulation in Art. 1 par. 3 of the Romanian Constitution of 1991, as revised in 2003: “Romania is a democratic and social state, governed by the rule of law, in which human dignity, the citizens' rights and freedoms, the free development of human personality, justice and political pluralism represent supreme values, in the spirit of the democratic traditions of the Romanian people and the ideals of the Revolution of December 1989, and shall be guaranteed”.

“In a democracy, the state represents the expression of its citizens' will and exists for as long as they believe in it.”¹⁴

Also referring to the rule of law, specialized literature indicates that such is threatened by certain dangers which in practice refer to: law instrumentalization (a concept opposite to the one of “law autonomy”), referring to the transformation of the law into an “appendix” of the political interests; legislative inflation, that generates both citizens' distrust, and de-valorization of the laws and the impossibility of ensuring a rigorous judicial control of such; the explosive growth in the number of litigation cases compared to an insufficient number of magistrates.¹⁵

Yet another clarification regarding the rule of law is necessary in the current context of achieving a united Europe. Although characterized by diversity, the European Union is aimed to represent a common area where values that are deemed as universal are protected. Among them,

¹⁰ Ioan Ceterchi, Ion Craiovan, *Introducere în teoria generală a dreptului*, (Ed. All, București, 1992), 3.

¹¹ *Idem.*, 168.

¹² Sofia Popescu, *Teoria generală a dreptului*, Edit. Lumina Lex, București, 2000, 347.

¹³ Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *op.cit.* 74.

¹⁴ M.Constantinescu, A.Iorgovan, I.Muraru, E.S.Tanasescu, *Constituția României revizuită – comentarii și explicații* –All Beck Publishing House, București, 2004,

¹⁵ Sofia Popescu, *op.cit.*, 352.

the “Rule of Law”, which represents the foundation for any authentic democracy. That is why by the European agreement for establishing for the association of Romania on one hand with the European Communities and member states on the other hand, Romania was granted support in its transition towards a political system grounded on the norms of the rule of law and on the protection of human rights.¹⁶

Constitutionalism, constitutionality, constitutionalization are concepts that can often be found in the recent juridical literature. They essentially refer to “the main effect of the Constitution supremacy and of the existence of laws’ constitutionality control by a jurisdictional authority”¹⁷ and refer on one hand to the multiplication of constitutional norms – by the fundamental law’s taking upon certain principles and rendering them constitutional, and on the other hand by disseminating them in the entire juridical system.

This also was the case upon the 2003 revisal of the 1991 Constitution. Although its significance was comprised in the overall constitutional provisions, the principle of state powers was expressly stipulated in the 2003 revisal, such that Art. 1 par. (4) of the Constitution now sets forth that “The State shall be organized based on the principle of the separation and balance of powers – legislative, executive, and judicial – within the framework of constitutional democracy”.

By rendering this principle conform and setting it on top of the pyramid, **the separation and balance of powers** becomes certain and predictable, as “an express norm always is, unlike the one resulting from interpretation.”¹⁸

Mentioned by Plato and Aristotle, articulated by John Locke and further grasped by Montesquieu, the state powers separation is nowadays considered “a genuine pillar for constitutionalism, a principle that cannot be deemed as.”¹⁹

“It would all be lost, if one man and one group of rulers, may them be of the nobles or of the people, exercised these three powers: the one of making laws, the one of putting people decisions into practice and the one of judging crimes or litigation between individuals.”²⁰ Montesquieu goes on, saying that “power should be limited by power”, it should be “balanced by another”. In his opinion, concentrating the powers in the hand of only one person leads to abuse and is a threat to personal freedom. Between the three powers, however, says Montesquieu, mutual control needs to exist.

“Balance and control are two principles that ensure democratic functioning in the very interest of the legislative power.”²¹

Although the Declaration of the rights of man and of the citizen of 1789 set forth that “a society in which the separation of powers is not defined, has no constitution at all”, the specialized literature emphasize the repeated disrespect of this principle by the authoritarian, dictatorial political regimes.²²

Theorizing on the principle of powers separation, Mircea Djuvara said “such organization cannot be established upon abstract rules that are valid in any time and any place. It depends on people’s temper, on its aptitudes, its respect to tradition, its past and all its present being.”²³ For instance he says that this principle is practiced “in a very fine manner in England, without an absolute separation of powers.”

¹⁶ Sofia Popescu, “Statul de drept si integrarea europeana” in Revista Studii de Drept Românesc, anul 17(50), 1-2, ian-iunie, 2005.

¹⁷ Ioan Muraru, Elena Simina Tanasescu, op.cit, p. 81.

¹⁸ M.Constantinescu, A.Iorgovan, I.Muraru, E.S.Tănăsescu, op.cit 3.

¹⁹ Alexandrina Serban, *Constitutionalizarea dreptului* în Revista Studii de Drept Românesc, anul 17(50), 1-2, ian-iunie, 2005.

²⁰ Montesquieu, op.cit., 196.

²¹ Nicolae Popa, Ion Dogaru, Gh. Danisor, D.C.Danisor op.cit, 120.

²² See Ioan Ceterchi, Ion Craiovan, quoted paper p. 163; D.Mazilu, quoted paper, 130

²³ Mircea Djuvara, *Teoria generala a dreptului* (Enciclopedie juridica), (Bucharest, Ed. All, , 1995), 59.

On the opposite pole, Mario G. Losano considers the power division “an utopia, contradicted on a juridical level by the very fact that in many types of jurisprudence the Public Ministry, meaning the one initiating the action, is depending on the executive power.”²⁴

As regards the **lawfulness principle**, a series of clarifications are further necessary.

The rule of law shall not be mistaken for the lawfulness principle; “the action of this principle is the prerequisite of the rule of law.”²⁵ Nonetheless, without providing guarantees able to ensure that the rights of human beings are observed, the rule of law and powers separation merely remain theories.

This is where the fundamental law intervenes, laying down in Art. 1 par. 5 the principle of Constitution supremacy and the mandatory nature of the laws: “In Romania, the observance of the Constitution, its supremacy and the laws shall be mandatory”. This provision is partially replicated in Art. 16 par. 2: “No one is above the law”, thus laying down the lawfulness or law preeminence principle.

For Djuvara, law is juridical order; the need for laws arises from a justice principle – the need for social security. “Nothing could easier generate injustice, than arbitrary freedom left to the one applying the laws of imposing such variably, upon its impressions. It is actually one of the most important needs, ensuring juridical order, to have everyone to the possible extent know what norm may apply to him and to avoid in his activity to give up in front of personal inspirations and instability thereon.”²⁶

The lawfulness principle is hence created as to represent the means for achieving juridical order and also as a guarantee for exercising democratic governing; compliance with the law is the essence of all prerequisites of the rule of law.

Nevertheless, says Sofia Popescu, this should not lead to legalism. “The danger begins when these features of the rule of law are rendered priorities compared to the others. It is the very absolute respect for the law, as a product of absolute power, which has laid at the basis of absolutist, totalitarian beliefs.”²⁷

Conclusions

Lawfulness is one of the crucial values set forth by the French Revolution Declaration. It is also laid down as mentioned above in the Constitution of Romania. In the E.C.H.R. jurisprudence the prerequisite is constantly stressed out that the law should be accessible and predictable.

However, one wonders: does the essence of the lawfulness principle become instable in the current context, when genuine laws inflation exists, as already mentioned, an obsession for reforming, as well as a series of insufficiencies, equivoques and gaps in the laws?

We should recall that the law also addresses to the profanes; they, also, need to know it and norm their behavior. The language used by the lawgiver however limits this right. The law end users become confuse and distrustful and the entire juridical security is affected. “Nemo censetur ignorare legem” becomes an absurdity.

I comply with to the law, but which law... if it has been successively amended by hundreds of other laws?

Studies in this area²⁸ are descriptive and, more seriously, they point out that this is also an issue in old democracies.

²⁴ Mario G. Losano, *Marile sisteme juridice. Introducere in dreptul european si extraeuropean* - traducere coordonata de Mihail-Constantin Eremia, (Bucharest, Edit. All Beck, 2005), 130.

²⁵ Nicolae Popa, Mihail C-tin Eremia, Simona Cristea, op.cit, 106.

²⁶ Mircea Djuvara, op.cit, 260.

²⁷ Sofia Popescu, op.cit, 346.

²⁸ See, for instance **Rozalia Ana Lazar**, “Legalitate în situații de vid legislativ sau de inflație normativă?”, (Bucharest, in Revista Juridica, anul I, nr. 3/2000)

References:

- Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice, ediția 12*, vol. I, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2005), 3
- Gheorghe Mihai, *Fundamentele dreptului, vol. I - II*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2003), 53
- Nicolae Popa, Mihail Ctin Eremia, Simona Cristea, *Teoria generală a dreptului, Editia 2*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2005), 106
- Apud Nicolae Popa, Ion Dogaru, Gh. Danisor, D.C.Danisor, *Filosofia dreptului. Marile curente*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2002), 73
- Stefan Bezdechi, *Introducere la "Legile" lui Platon*, (Bucharest, Ed. IRI, 1995), 12
- Platon, *Legile*, (Bucharest, Edit. IRI, 1995), 174
- Montesqieu, *Despre spiritul legilor*, (Bucharest, Edit. Stiintifica, 1964), 11.
- Ioan Ceterchi, Ion Craiovan, *Introducere in teoria generala a dreptului*, (Bucharest, Ed. All, 1992), 3
- Sofia Popescu, *Teoria generală a dreptului*, (Bucharest, Edit. Lumina Lex, 2000), 347
- M.Constantinescu, A.Iorgovan, I.Muraru, E.S.Tanasescu, *Constitutia Romaniei revizuita – comentarii și explicații*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2004),
- Sofia Popescu, *"Statul de drept si integrarea europeana"* (Bucharest, in Revista Studii de Drept Romanesc, anul 17(50), 1-2, ian-iunie, 2005)
- Alexandrina Serban, *Constitutionalizarea dreptului* in Revista Studii de Drept Romanesc, anul 17(50), 1-2, ian-iunie, 2005
- Mircea Djuvara, *Teoria generala a dreptului* (Enciclopedie juridica), (Bucharest, Ed. All, 1995), 59. Mario G. Losano, *Marile sisteme juridice. Introducere in dreptul european si extraeuropean* - traducere coordonata de Mihail-Constantin Eremia, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2005), 130
- Rozalia Ana Lazar, *Legalitate in situatii de vid legislativ sau de inflatie normativa?*, (Bucharest, in Revista Juridica, anul I, nr. 3/2000).

JUDICIAL COOPERATION

ARBEN SHEHU*

Abstract

It is a fact that now days the judicial cooperation is necessary. European States are very interests in enhancing and developing judicial cooperation between states. This cooperation seems to be a very important issue according to the great number of citizens of other nations in each country. To improve such cooperation, the States adopted many legal documents that provide the steps of legal bridges to judicial institutions. The main tasks of this cooperation are to facilitate judicial cooperation between the States, to establish and keep up-to-date an information system for the public as follow: a) The adoption and implementation of rules allowing joint handling by the authorities of the countries concerned of individual cases involving an international dimension; b) Cooperation in the strict sense, the mutual recognition of judicial decisions and approximation of national laws; c) Improving cooperation between the courts of the States in the taking of evidence and for direct communication between judges for carrying out the act of inquiry. It also sets a time limit for execution of the requested judicial act. These rules are mean to find out the criteria used to identify the court with international jurisdiction. The process of associating mutual recognition and the harmonization of rules on conflict of jurisdiction stems from the fact that the judge checks the validity of the decision from the standpoint of national rules on conflicts of jurisdiction. The European States mean to solve the problem by establishing rules of jurisdiction for international cases fighting the risk of refusal of recognition or enforcement on the grounds of the lack of jurisdiction.

Key words: *civil cooperation, assistance, international, jurisdiction, evidence*

Introduction

European Union in the recent years is facing important challenges related to its future in the international arena. After overcoming the idea of a basic economic unit and choosing the way of European citizenship, the creation and adoption of a common effective market, is the next challenge of the European Union.

The creation of European citizenship and the idea of unification of legislation of European Union member states have always carrying with them, the territorial space in which they extend a positive incentive for European interstates cooperation. This cooperation has already been created by the Interstate Treaty of European Union in 1992, dubbed as the Maastricht Treaty, which was consolidated with the Treaty of Amsterdam in 1997. From the interstate cooperation, was born the idea of creating a common European space of freedom, security and justice, as an instrument of war against international organized crime.

Maastricht Treaty, which begun in 1993, placed in the European Union and in the "third pillar" of his, the "judicial cooperation and internal affairs."¹ This column includes policies on immigration, fight against trafficking and organized crime and cooperation in the judicial field. However, the creation of this column did not hinder the development of other initiatives in political and judicial space, having regard that the decision-making under the Treaty of Maastricht, resulted extremely difficult.

The implementation of Schengen Convention on 19 June 1990, which replaced the Schengen Agreement of 14 June 1985, had as its objective, the elimination of internal borders for free movement of people, achieving a better coordination of national service in police and judicial field, the visa policy, migration and above all direct exchange of information and liaison officers.

* Law Master, Faculty of Law, "Tirana University", (arbenlshehu@yahoo.it)

¹ Bastianon S., *Commento al D.lgs. 96/2001*, in *Corr. Giur.* n. 5/2001.

Also, it was predicted mutual assistance between states under the concept of the right of surveillance, monitoring and cross-border tracking, supervised handovers, secret investigations and joint investigative teams.²

Upon entry into force of the Treaty of Amsterdam, under the Schengen cooperation was signed within the framework of the European Union, thus representing the only example of strong cooperation between a group of member states.

Construction of a European Judicial Space seeks to improve, simplify and speed up effective judicial cooperation between European Union member states. For which European Union believed in a series of legal instruments and norms that claim to guarantee all before a United Europe.

Mutual legal cooperation history

Mutual international legal cooperation between countries within the European continent but also with countries outside it, has started early, but took the real development in the second half-century of the twentieth century. Has passed a long time for the law cooperation to reach the state in which it is today, where the creation of a European judicial space of freedom and security for European citizens, is a the primary goal for countries of this continent.

The main reasons of the birth and development of these relations, in mutual legal cooperation between different countries, relates with the development of social and economic that involved European countries, but also other countries, in the first half of the twentieth century. During this period these countries recognized the great economic, social and institutional development, which was associated with a rapid development of new technologies. These developments were also accompanied by a movement of people due to trade, migration or tourism, which created a terrain more difficult to keep under control by the states.

Impetuous social and economic development, had as it's side effect, a flourishing of the international organized crime and a multiple contractual relations, putting states forward the need to change their attitudes and to break from tradition of limited jurisdictions, based on the principle of territorial sovereignty.³

States began to organize frequent meetings between them to find effective instruments to support development of legal relations with international foreign element and in the same time to preserve the sovereignty of everyone of them. The special of this factor is that he urged international cooperation between states, especially at now days where the progressive opening of markets or new technologies development which are serving as the basis of globalization, made possible that legal civil activities to overcome national borders and to get international expansion.⁴

According to the traditional approach, enforcement measures are acts of the sovereign states. Therefore, enforcement is strictly territorial; enforcement measures with a trans-border effect are considered an infringement of the territorial sovereignty of the affected state and therefore forbidden.

Yet, territoriality is not an absolute paradigm. It can be limited or even over-ridden by competing principles. In the Common Law world, the principle of comity among Nations may overcome the territorial approach to enforcement and favor a Mutual Cooperation between Courts and administrations.

Despite the Structural differences between the national enforcement systems, there are several common elements. Most of the European legal systems have deep roots in the Roman legal system.

² Caciavillani I., *Usò di espressioni sconvenienti ed offensive nell'autodichia professionale*, in *Giust. civ.*, Vol. LIV, 12/2004, 3255 ss.

³ Bastianon S., *Commento al D.lgs. 96/2001*, in *Corr. Giur.* n. 5/2001.

⁴ Danovi R., *Relazione al D.lgs. 96/2001*, in *Guida al diritto* n.15/2001, 46 ss; *Completato l'iter dello "stabilimento" si apre il grande confronto con l'Europa*, in *Dir. E giust.*, 2001, 13, 26.

Consequently, the efficiency of the judiciary, the use of technological Innovation (electronic data processing) and the "liberalization of the judiciary" have become much-discussed subjects.

States began to understand that the extent of civil contractual relation can not be effective based only on the principle of territorial law, which had bases in national sovereignty that prevailed during that period in all European countries.

Thus, appeared extremely necessary for countries to change existing mentalities and to seek new forms and instruments to prearrange relations and issues that had started to cross national borders and was affecting the territories of several states.

An important role in early efforts to change the mentality of state on national territorial sovereignty, played the tradition established by mid-century countries, which had close economic relations between them. It is noted that this expansion of jurisdiction, which essentially was considered a violation of territorial sovereignty of the state, received international expansion. So in now day's states are creating cooperation instruments, which started to build acts with legal binding value.

European legal cooperation

Only in May 1949, it becomes possible to create the Council of Europe, as one of the first international organizations in our continent. This Council made possible the discussing at a high level and broad participation of state l for many aspects of cooperation and judicial assistance.

Many instruments of cooperation, which by then had been object only bilateral treaties between various countries and in some cases little more than two parties, began adopting within the Council of Europe. This organization designed a series of conventions and agreements, which made possible the establishment of a cooperation of all European states.

European countries entered a new era, where international cooperation in general and mutual legal assistance in particular, that states elaborated within the Council of Europe evolved. That has marked the beginning o the signing of multilateral conventions from states.

Strengthening of the cooperation and mutual legal assistance, brought as a consequence changes and the approximation of the internal legislation of the European Community member states with the Community norms, in order to create a European judicial space without significant differences between states.⁵

Thus, the adaptation of domestic legislation, has led to the creation and functioning of a controlled judicial space between European Union member states. In the recent years this space is expanding more and more as the result of Union enlargement with other countries within the continent. Also it is to be noted that judicial assistance among European countries, within the EU, has led to the elaboration of conventions and instruments of a supporting package, which are high-efficient answering United Europe and the concept of removal of border barriers between its member states.

Article 61 of the European Community declare:

“Enhanced mutual recognition of judicial decisions and judgements and the necessary approximation of legislation would facilitate co-operation between authorities and the judicial protection of individual rights. The European Council therefore endorses the principle of mutual recognition which, in its view, should become the cornerstone of judicial co-operation in both civil and criminal matters within the Union. The principle should apply both to judgements and to other decisions of judicial authorities.

In civil matters the European Council calls upon the Commission to make a proposal for further reduction of the intermediate measures which are still required to enable the recognition and enforcement of a decision or judgement in the requested State. As a first step these intermediate procedures should be abolished for titles in respect of small consumer or commercial

⁵ Martinetto G. *Contraddittorio*, in *Noviss. Dig. it.*, Vol. IV, Torino, 1959, 459ss.

claims and for certain judgements in the field of family litigation (e.g. on maintenance claims and visiting rights). Such decisions would be automatically recognised throughout the Union without any intermediate proceedings or grounds for refusal of enforcement. This could be accompanied by the setting of minimum standards on specific aspects of civil procedural law.”

Rapport between domestic law and international agreements.

National domestic legislation and international law stay in two different plans. Norms of international law sanction the rights and obligations only on states, as special subjects of international law. In connection to international agreements for mutual legal cooperation, member states are obliged to provide legal support each other to extent these relations. However, authorities and courts of each country, who want to send a request for mutual assistance in a foreign country, or who have received such a request from a foreign country, first of all would apply the domestic law. When domestic law opposes the fulfillment of this obligation based on international agreement, it is the duty of the state, in the manner chosen by him, to adopt his law norms according to the agreement.⁶

In several different countries, which have a special internal law for mutual international legal assistance, is the law itself which provides the rules that will have priority to be implemented. Domestic law or international law, unless the international rules are made directly applicable in the country. If the action to provide legal support would be impermissible under domestic law, it has to be seen if this agreement could be implemented directly. When it appears that a domestic legal arrangement is more convenient, compared with the international agreement, then it will be implemented on condition that it is not contradiction with the general aim of the agreement.

Mutual legal assistance form.

European Council in the respect of mutual legal assistance stated that:

"in a genuine European Area of Justice individuals and businesses should not be prevented or discouraged from exercising their rights by the incompatibility or complexity of legal or administrative systems in the Member States."

The European Parliament supports the measures implemented, particularly those relating to Mutual recognition of judicial decisions and the approximation of national laws. Since 1 February 2003, it has played an important role, as co legislator with the Council, except on family law matters.

Mutual legal assistance shall be considered any legal support that a country gives another state, with the latter's request, for a judicial proceedings taken in the requesting State. This support does not depend on whether judicial proceedings are taken by a court or another procedural body.

In the strict sense spontaneous support of a foreign judgment request state without trial develops, is not included in the concept of legal aid, however, the law of many states including Albanian law allow certain action pending in a request for mutual legal assistance that can come later.

Basis for supporting foreign proceedings by courts and state bodies in any case is domestic law.

Mutual legal assistance that each country requires a foreign state through request, is a mandate given by the judicial authority of the requested State, to the judicial authority of a foreign state, to perform one or more specific action.

Mutual legal cooperation forms in EU Member states.

According to the type of assistance asked by the State we could note different two kinds of legal cooperation;

Procedural legal cooperation;

Material legal cooperation;

⁶ Tommaseo F. *Parti*, in *Enc. giur. Treccani.*, Vol.XII., Roma, 1990, 1 ss; *Rappresentanza processuale*, in *Enc.giur. Treccani.*, Vol.XII, Roma, 1990, 1 ss.

Procedural legal cooperation is based upon requests of taking evidence or documents from another State.

The Council of the European Union approved on 28 May 2001 Regulation (EC) No 1206/2001 on co-operation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters. The Regulation prevail over other provisions in agreements concluded by the Member States, for example the Hague Convention of 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial matters.

The Regulation applies in civil or commercial matters, where a court in one Member State in accordance with its national legislation requests that a competent court in another Member State shall take evidence or when it requests permission to take evidence directly in another Member State. The direct taking of evidence refers to a situation where a court wishes to take evidence in another Member State without any court in the other State taking the evidence on its behalf, either by a competent representative of the requesting court taking the evidence in the territory of the other Member State or by means of teleconferences or videoconferences. A request to take evidence with reference to this Regulation could not be made unless the evidence is intended for use in judicial proceedings that are commenced or contemplated.⁷

In cases of direct taking of evidence the courts must except to communicate directly with each other without going via a central authority. Each Member State had provided a list of those national courts which are competent to take evidence.⁸

Two different forms can be used in a request to take evidence. The first form is used for a request to a court in another Member State for assistance in the taking of evidence. The second form is used if the court requests permission to take evidence directly in another Member State.

In the first situation the requested court shall, within seven days after it has received the request, send an acknowledgement of receipt to the requesting court by filling in form B. If the requesting court has sent the request to a court which does not have jurisdiction, this court shall forward the request to a competent court and shall inform the requesting court of this.

The requested court shall deal with a request without delay and not later than 90 days after the request has been received. However, a requested court is obliged to comply with a request that an application be dealt with in accordance with a procedure which is prescribed in the Member State of the requesting court, unless such a procedure is incompatible with the law of the Member State of the requested court or would involve considerable practical difficulties.

A request to take evidence directly in another Member State shall be submitted to the central body or the competent authority. Within thirty days the central body or the competent authority shall inform the requesting court, by finning in form, if the request is accepted or not. The central body or the competent authority may stipulate conditions according to its national law under which the direct taking of evidence is to be carried out. Direct taking of evidence may only take place if it can be performed on a voluntary basis without the need for coercive measures. The requesting court shall, without prejudice to any condition, execute the request in accordance with its national law.

An impediment against execution of the request can be that a person who is to be examined claims a right to refuse to give evidence, or that there is a prohibition against giving evidence either due to the law of the Member State where the requested court is located or as a consequence of the law of the Member State where the requesting court is located. An impediment may also exist if the request does not lie within the field of application of the Regulation, if the execution of a request does not lie within the jurisdiction of the requested court, if the requesting court has not followed the requested court's request to complement the application, or if the necessary deposit or advance has not been made or submitted within the requested time-limit.

⁷ Satta S.–Punzi C. *Diritto processuale civile*, Padova, 1994, 107;

⁸ Chiovenda G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 578.

Material legal cooperation is based upon the value and the enforcement of a judicial decision in the territory of another country.

This kind of mutual legal cooperation is very important for relation between European states. European citizens want to have the same rights unconditionally of the state they choose to live in. They want to be protected and they need the same protection for their goods.

At the international level, the European Court of Human Rights applies Article 6 of ECHR to enforcement proceedings⁹. This implies that the creditor can claim a right not only to recovery within reasonable time, but also that the procedures for recovery and seizure should be efficient.¹⁰ EU-Member States are bound by the European Convention of Human Rights they must, under Article 6 ECHR, provide fair and efficient enforcement structures and procedures.

Current Community instruments on civil procedure address enforcement proceedings only incidentally. The Brussels Regulation (Reg. 44/01/EC) deals with the recognition of judgments and other enforceable instruments. While unifying exequatur-proceedings to a substantial extent, the Regulation largely defers to national laws in respect to enforcement proceedings¹¹. The fundamental guarantee of the free movement of judgments within the European Judicial Area does not extend to execution, which remains subject to the procedural and legislative autonomy of the Member States. This regulation is based on the principle of mutual trust:

“In the interests of the harmonious administration of justice it is necessary to minimise the possibility of concurrent proceedings and to ensure that irreconcilable judgments will not be given in two Member States. There must be a clear and effective mechanism for resolving cases of *lis pendens* and related actions and for obviating problems flowing from national differences as to the determination of the time when a case is regarded as pending. For the purposes of this Regulation that time should be defined autonomously.

Mutual trust in the administration of justice in the Community justifies judgments given in a Member State being recognised automatically without the need for any procedure except in cases of dispute.

By virtue of the same principle of mutual trust, the procedure for making enforceable in one Member State a judgment given in another must be efficient and rapid. To that end, the declaration that a judgment is enforceable should be issued virtually automatically after purely formal checks of the documents supplied, without there being any possibility for the court to raise of its own motion any of the grounds for non-enforcement provided for by this Regulation.”

Demand for legal assistance must fulfill many national and international rules, in order to be accepted from the other country.¹² In order to be executable the demand must meet certain conditions which are divided into material conditions and formal conditions.

⁹ European Court of Human Rights, 19.3 1997, *Hornsby v. Greece*, ECHR-Reports 1997 II 495; 11.1.2001, *Lunari v. Italy*, ECHR-Reports 2001, xx. Fricéro, *Le droit européen à l'exécution des jugements* ; *Revue des Husissiers de Justice* 2002, 6 et seq. ; Yessiou-Faltsi, *Le droit de l'exécution selon la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme : Analyse et Prospective*, in : Normand/Isnard, *Le droit processuel et le droit de l'exécution* (2002), p. 195 et seq.

¹⁰ Verbeke, *Execution Officers as a Balance Wheel in Insolvency Cases*, 9 *Tilburg Foreign Law Review* 7, 9 [2001].

¹¹ Some provisions of the Brussels Regulation, however, address enforcement in the context of the recognition of foreign judgments. Article 47 makes provisional and protective measures available before and after the declaration of enforceability, Art. 46 (3) deals with provisional enforcement and the stay of enforcement measures when an appeal against the judgment in the State of origin has been lodged; Art. 49 allows the recognition and enforcement of penalties. Similar interfaces can be ascertained in the Reg. EC 1348/00 on *Matrimonial Matters*: Art. 20 and 28 (stay of enforcement when an appeal against the judgment in the State of origin has been lodged). Both instruments

address provisional and protective measures (art. 31, art. 12) while largely referring to national laws.

¹² Burkhard Hess. *Transparency of a Debtor's Assets Attachment of Bank Accounts Provisional Enforcement and Protective Measures*. 22

Material conditions.

1)The first condition for filing a legal demand of aid is making it under the provisions of domestic legislation. In countries where there is a special law on mutual legal assistance, will be implemented this law.

2) Execution of legal assistance should not risk the sovereignty, national security or important state interests.

3)The actions requested must not be expressly prohibited by domestic law and not come in conflict with basic principles of legal order.

4)Authority does not give way even when letërporosisë based reason to think that considerations about race, religion, sex, nationality, language, political beliefs or social status can negatively affect the development process.

Formal conditions.

Apart from the material conditions the demand for legal assistance, to be executable it must also fulfill certain conditions or formal requirements.

The relations of mutual legal assistance created under the agreements, determined these requirements for the form itself to it. Demand of legal assistance based Council of Europe Convention for legal assistance, must necessarily contain the formal conditions set forth in the international and European legislation.

These formal conditions are related to the :

- (a)Names and addresses of the receiving agencies of the foreign state;
- (b)Geographical areas in Which they have jurisdiction;
- (c) the means of receipt of documents available to them; and
- (d) the languages that may be used for the completion of the standard form.

Conclusion

Despite a long time has passed, a consistent tradition established in judicial cooperation relations and legal assistance, and a large number of national and international acts that were elaborated, there are still enough issues that continue to be at the center of discussions and debates between different European countries.¹³

Currently, the European Union, has an intensive development of the of judicial cooperation instruments in civil sector in order to create a truly judicial space, where prevails freedom, and justice.

Albania is a part among states willingness to the recognition and implementation of conventions, resolutions, instruments and other acts of international importance in the field of judicial cooperation and mutual legal assistance in civil matters. It e has already been deployed alongside other European countries by establishing strong bridges and cooperation mechanisms with them (states), and is affiliated to some of the most important international organizations in this field.

Also, another reason for the interest of country which are waiting to “get into Europe” is that a good part of the instrument of mutual judicial cooperation adopted by European Union bodies, originate from important organizations as the Council of Europe and the United Nations Organization, where these countries are member with full rights.¹⁴

In this context, important developments in domestic and international plan from each state realized an intensive European political and legislative process, with the aim of strengthening bilateral cooperation with different countries. Thus, in accordance with modern standards, is substantially changed domestic legislation, the use of modern tools, specialized structures etc.

¹³ Han-Ru Zhou, “The Enforcement of Arrest Warrants by International Forces: from the ICTY to the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, no. 2, (2006),. 202-218.

¹⁴ Chitega, R. 1994. NGO Perspectives on Decentralised Cooperation. Paper presented at the LC NGDO-Mwengo Workshop on Decentralised Cooperation.(Harare, January 1994)

Implementation of specific legislation also requires the need to establish special structures for their application making possible the training of staff who will work in them, in order to ensure maximum efficiency in relations of cooperation and legal assistance that these laws creates.

We find an effective judicial cooperation in relations between European Union member states, which is creating a space of peace and prosperity, consisting in a common market and a unified currency, which guarantee the free circulation of people, capital, goods and services. Important aim of the European Union is to offer its citizens a high level of security, working out common instruments among member states in judicial cooperation. This is also indicated by the motto of the new Union, "closer to citizens".

References:

- Bastianon S., *Commento al D.lgs. 96/2001*, in *Corr. Giur.* n. 5/2001.
- Caciavillani I., *Usa di espressioni sconvenienti ed offensive nell'autodichia professionale*, in *Giust. civ.*, (Vol. LIV, 12/2004), 3255
- Danovi R., *Relazione al D.Lgs. 96/2001*, (in *Guida al diritto* n.15/2001), 46, *Completato l'iter dello "stabilimento" si apre il grande confronto con l'Europa*, (in *Dir. E giust.*, 2001), 13, 26.
- Martinetto G. *Contraddittorio*, in *Noviss. Dig. it., Vol. IV* (Torino, 1959), 459
- Tommaseo F. *Parti*, in *Enc. giur. Treccani., Vol. XII.*, (Roma, 1990), 1, *Rappresentanza processuale*, in *Enc. giur. Treccani., Vol. XII*, (Roma, 1990), 1
- Satta S.–Punzi C. *Diritto processuale civile*, (Padova, 1994), 107
- Chiovenda G., *Principi di diritto processuale civile*, (Napoli, 1923), 578
- European Court of Human Rights, 19.3 1997, *Hornsby v. Greece*, (ECHR-Reports 1997 II), 495; 11.1.2001, *Lunari v. Italy*, (ECHR-Reports 2001), xx. Fricéro, *Le droit européen à l'exécution des jugments* (Revue des Husissiers de Justice 2002), 6 et seq. ;
- Yessiou-Faltsi, *Le droit de l'exécution selon la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme: Analyse et Prospective*, (in Normand/Isnard), *Le droit processuel et le droit de l'exécution* (2002), 195 et seq.
- Verbeke, *Execution Officers as a Balance Wheel in Insolvency Cases*, (9 *Tilburg Foreign Law Review* 7, 2001), 9
- Burkhard Hess. *Transparency of a Debtor's Assets Attachment of Bank Accounts Provisional Enforcement and Protective Measures.* 22
- Han-Ru Zhou, *The Enforcement of Arrest Warrants by International Forces: from the ICTY to the ICC*, (*Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, no. 2/ 2006), 202-218.
- Chitega, R. 1994. *NGO Perspectives on Decentralised Cooperation*. Paper presented at the LC NGDO-Mwengo Workshop on Decentralised Cooperation, (Harare, January 1994)

THE LEGAL FORM AND PROCEDURE TO ISSUE A FISCAL-ADMINISTRATIVE DOCUMENT

OCTAVIA MARIA CILIBIU*

Abstract

The fiscal-administrative document, being an administrative document, in order to be valid must fulfill the same conditions as the administrative document. As for the procedural formalities of issuing fiscal-administrative documents, these are preliminary, simultaneous and subsequent. Elements of specificity present motivating, typing and signing the document, simultaneous procedural forms, as well as communicating and publishing subsequent procedural forms subsequent to the issuing of the fiscal administrative documents.

Key words: *document, fiscal-administrative, form, procedure, issue*

Introduction

The fiscal-administrative document is a species of the administrative document which gives from the fiscal organ, the administrative authorities respectively which belong to the executive power and represent the main form of the activity of the structures of financial administration, a form which the fiscal juridical fact as a source of the juridical report of fiscal right can represent it.

The validity conditions of the fiscal-administrative document are: the document to be issued by the competent organ and within the limits of its competence; the content of the fiscal-administrative document has to be according to the Constitution laws and other in force administrative document; the fiscal-administrative document in compliance with the purpose of law.

In this paper I want to analyze the current status of the research, to identify the characteristics of the legal form and procedure to issue a fiscal-administrative document.

The main purpose of this research was determined by the need of a detailed studying the doctrinaire development tendencies of fiscal-administrative document.

In literature it has been debated the procedure problems issued by law for the fiscal-administrative document's emission since there are contrary opinions for the emission of fiscal-administrative document trough the informatics and the communication of the fiscal-administrative document through publicity.

The juridical-doctrinaire basis of the investigation is base don the valuable works of some specialists in the field of administrative law, financial and fiscal law: Emil Bălan, Ioan Santai, Adrian Fanu Moca, Daniel Dascălu, Cătălin Alexandru, Beatrice Onica-Jarka, Monica Bădescu, Dinu Petre.

Paper content

As for as the form of the fiscal-administrative document is concerned, the rule is that this is issued in written form. Therefore, according to art.43, align 1 from Fiscal procedure Code approved by O. G. no.92/2003 with subsequent amendments¹, "the fiscal-administrative document is issued only in written form".

* Lecturer Ph.D, Faculty of Science Juridical, "Constantin Brâncuși" University, Tg-Jiu, (taviamara@yahoo.com)

¹ Republished (3) on July 31, 2007, as amended and supplemented, last modified by Law no. 324/2009 approving the Emergency Ordinance 46/2009 on improving procedures and reducing tax evasion published in the M. Of. Of Romania, Part I, nr.713 of 22/10/2009

More than that, align 3 of the some article even provides the possibility of issuing the fiscal-administrative document by information through media, which also a written form, but digital, electronic.

The written form is a formal condition of external administrative and occupies an important place in the formal requirements of legal acts².

Be issued in writing administrative - fiscal documents should include:

- a) name of the issuing fiscal body;
- b) the date on which it was issued and the date of taking effect;
- c) identification of the taxpayer or a person appointed by the taxpayer, as appropriate;
- d) subject to the fiscal administrative act;
- s) factual grounds;
- f) under the law;
- g) name and signature of the fiscal body of persons authorized by law;
- h) stamp issuing fiscal body;
- i) the possibility of being challenged, the deadline for tax appeals body to which appeal is lodged;
- j) references to the hearing the taxpayer.

The literature was exposed issuing advantages administrative – fiscal documents written respectively: providing the true knowledge of the document's content, the guarantee that the law is respected and the opportunity of on efficient control by the law³. It also provides written form: a) knowledge of the event will tax the body; b) compliance can be verified and legal grounds upon which was issued the administrative - fiscal act; c) can verify the rules of procedure for the preparation of the act; d) exclusion any confusion about the legal effects; e) effective judicial review of administrative act⁴. In addition to these benefits provided by the literature mentioned above and check whether the administrative – fiscal act not only the process, by introducing fiscal appeal, which is nothing other than a purely administrative appeal, administrative – fiscal appeal.

As for as the procedural formalities are concerned for issuing administrative - fiscal documents, these are prior, concomitant and document after the issue. These activities, although they manifestations of will, are technical operations - administrative and legal effect even if not themselves, preceding or accompanying administrative - fiscal act, sometimes leading to their validity⁵

Earlier procedure formalities after the issuing of the fiscal-administrative document are the same as those of the administrative documents of authority (opinion, the prior proposal, referat), without showing unspecified elements.

Concomitant procedure formalities which provide specific items for the fiscal-administrative document are reasoning, writing and signature of document.

Professor Emil Bălan⁶ defines reasoning as being the administrative operations through which the considerations of fact and of law are exposed, which justify and impose adoption of on administrative document. Motivation is required both for administrative normative acts and for the individual.

According to art. 43, align 2 lit e. is also lit f. the fiscal-administrative document must contain the motifs of fact and the under of the law.

² Ioan Santai, *Drept administrativ și știința administrației*, vol II, (Cluj-Napoca, Publishing House Risoprint, 2005), 124

³ Idem, 60.

⁴ Lucian Chiriac, *Activitatea autorităților administrației publice*, Publishing Accent, Cluj-Napoca, 2001, p. 131, cit. in Mircea Ștefan Minea, Lucian Theodor Chiriac, Cosmin Flavius Costaș, *Dreptul finanțelor publice*, (Publishing House Accent, Cluj-Napoca, 2005), 432.

⁵ Idem, 433.

⁶ Emil Bălan, *Procedura administrativă*, (Bucharest, Publishing House Universitară, 2005), 116.

The writing of the administrative document involves the completion of the document to reflect fully and consistent expression of willingness. Fiscal-administrative documents, for erring Known, must be written in a succinct style, clear and unequivocal respecting the grammar and spelling rules⁷.

Signing the fiscal-administrative documents provides the condition of form through which this originality is testified⁸. Signature of a project devoted transformation into a real legal document⁹. Need to detach the signature requirement is implicit in drafting written legal act, but sometimes it is expressly provided by law¹⁰.

According to the disposal of art.42, align. 2, letter g and letter h from Fiscal procedure Code, the fiscal-administrative document must contain the name and the signature of the empowered people of fiscal organ and the fiscal stamp of the issuing. Signing of the fiscal-administrative document is a condition of validity, this aspect being seem in the art.46, which issues that the missing of the signature of the empowered person of the fiscal organ comes with the nullity of the document. Administrative – fiscal act will be known by one that is addressed until after it is signed.

Considering that the one who signs the fiscal-administrative document does this as on empowered person of the fiscal organ, his holograph signature must be doubled by the fiscal stamp of the issuing, the seal's application insuring its validity as being the emanation of the legal will of a certain fiscal-administrative organ¹¹.

According to the provisions of the art.43, align.3 from the Fiscal procedure Code the fiscal-administrative document issued through computer is valid even if not bearing the signature of the empowered fiscal organ and the fiscal stamp issuing, provided that the legal rules are applied. The current text does not specify which are the legal rules applied in this situation. In literature¹² it is said that the rules of the electronic signature is to be discussed.

We do not agree to this opinion, because the legal text issues that the act is valid even without signature, and as we know, the stamp must be doubled by the fiscal stamp issuing. What's more, if we were to talk about the electronic signature of the text, it should have been mentioned the fact that the issued acts through computer were valid only if they have this kind of signature.

Against align 3, art. 43 of the Fiscal procedure Code was raised exception of unconstitutionality raised by Constantine Cârstea exception in file no. 3.783/4/2008 Court of Bucharest - Section of Civil, in a case seeking the enforcement of dispute settlement.

As grounds for the objection of unconstitutionality was argued, in essence, that issuing the administrative – fiscal act by means of information without it being signed and sealed violates the constitutional principle of equality, the rule provided by art. 16 of the Constitution, the issuers of such acts are privileged in terms of liability to those who are required to sign and stamp tax regulations issued in terms of art.43, align 2 of the Fiscal procedure Code.

Government held that the exception of unconstitutionality of art. 43 align 3 of the Government Ordinance no. 92/2003 regarding the Fiscal procedure Code is unfounded.

The Ombudsman found that the legal provisions are constitutional criticism. Examining the objection of unconstitutionality raised, the Constitutional Court rejected as unfounded the objection of unconstitutionality of art. 43 align 3 of the Government Ordinance no. 92/2003 regarding the Fiscal procedure Code by Decision no. 198 of February 12, 2009¹³, holding that:

⁷ Ibidem.

⁸ Idem, 117.

⁹ Romulus Ionescu, *Drept administrativ*, (Bucharest, Publishing House Didactică și Pedagogică, 1970), 406.

¹⁰ Ioan Santai, op.cit., 127.

¹¹ Adrian Fanu Moca, *Contenciosul fiscal*, (Publishing House C. H. Beck, Bucharest, 2006), 124

¹² Idem, 125.

¹³ Published in the M. Of. of Romania no.151 of 11.03.2009

“The provisions of art.43 align 3 of the Government Ordinance no. 92/2003 regarding the Fiscal procedure Code specifies mandatory elements that must be included in a fiscal administrative act issued by electronic means. Unlike fiscal administrative provisions which are issued electronically and must include all items specified in art. 43 align 2 of Government Ordinance no. 92/2003, those referred to in art. 43 align 3 of the ordinance are valid and where empowered individuals do not bear the signature and stamp of the fiscal body of the issuer. Can not hold that a situation of discrimination, in terms of liability between the issuers of tax administrative, whether electronic or not. According to art.43 align 2 of the Fiscal procedure Code, a administrative - fiscal act, whatever the means used to issue his cover may be sufficient evidence to identify the awarding body. In these circumstances it is obvious that will be identifiable person entitled to the fiscal authority which issued that document, which may be held liable disciplinary, civil or criminal, as appropriate. Such a person will be accountable to the law under the same conditions as the person who signed and stamped fiscal administrative act. Given the risk, in terms of equal responsibility between the persons empowered the fiscal body that issued the administrative act of taxation, the Court can not remember breach art.16 of the Constitution”.

Art. 46 from Fiscal procedure Code provides that the missing of the signature of the empowered person of the fiscal organ comes with the nullity of the act, except for the acts issued by computer. Therefore, we can say that these acts issued through the computer do not have holographic or electronic signature.

In literature it has been the opinion according to which “conferring legal power to fiscal-administrative documents in certain areas without these having the signature and the fiscal issuing is inappropriate practice even if it's provided through a legislative act, this kind of solution being adopted only for good reasons, connected to the impossibility of signing stamping of some fiscal-administrative documents”¹⁴.

Despite of all exposed above, we come with the proposal that for the strengthening of fiscal-administrative documents authenticity issued through the computer, these should have the electronic signature.

The Fiscal procedures Code, from art.43, align. 4 provides that through on order of the minister of Public Finance are established the categories of the administrative document which can be issued through the computer. These acts are valid without the signature and the fiscal stamp issuing till accomplishing the demands of the legal administrative document.

According to the disposal of art.1 of the Order the Minister of Public Finance no. 1430/2004¹⁵ on the issue by means of administrative information as the Minister of Public Finance Order no. 1504/2007¹⁶, administrative – fiscal documents issued by means information are: the decision to impose annual income of individuals in Romania, the decision to impose the transfer of property income from personal property, the assessments for prepaid basis tax, the tax office decision, the notice of compensation, notification of refund, the refund document.

According to the disposal of 1 of the Order the Minister of Public Finance no. 1364/2007¹⁷ on the issue by means of administrative information, administrative - fiscal documents are issued by IT means: decision on ancillary payment obligations, enforcement, injunction, attachment establishing address, address of the establishment of attachment on availability of money, seizure notice, the notice regarding the settlement of tax claims, the notice regarding the settlement of tax claims in the distribution of amounts paid in a single account.

As for as the earlier procedure forms are concerned, these can have the form of legislative will (approval, confirmation) or of some administrative and technical material operations (communication, publishing).

¹⁴ Daniel Dascălu, Cătălin Alexandru, *Explicațiile teoretice și practice ale Codului de procedură fiscală*, (Bucharest, Publishing Rosetti, 2005), 128.

¹⁵ Published in the M. Of. of Romania no. 900 of 4.10.2004.

¹⁶ Published in the M. Of. of Romania no. 699 of 17.10.2007.

¹⁷ Published in the M. Of. of Romania no. 681 of 8.10.2007.

Specific procedure for administration of taxes and fees are the communication and the publishing of the fiscal-administrative document.

Communication and publication are ways to bring knowledge of administrative decisions.

The literature has defined as an operation whereby the competent administrative authority shall notify the person concerned an administrative act, surrendering it directly to him or a family member, by posting the address of the legal person or legal person registered, etc.¹⁸.

The Communication of the fiscal-administrative document, determines, starting with the communicative date or the earlier established date written on the act, the beginning of the legal effects, but also the flow period set law for the exercise of fiscal-administrative appeal.

According to the stipulations of art.44, align 1 from the Fiscal procedure Code, the fiscal-administrative document must be communicated to the contributor to who is sent. For the tax contributors who don't have a home in Romania, who have designated an empowered person, according to art.19, the fiscal-administrative document is communicated to the empowered person.

The fiscal organ cannot claim the execution of the established obligation of the contributor through the fiscal-administrative document, if this document has not been communicated to the contributor, according to the law.

Making the administrative – fiscal document is particularly important because otherwise the act not be invoked against the taxpayer.¹⁹

The ways in which the fiscal-administrative document is communicated²⁰, are:

a) by the presenting of the contributor to the headquarters issuing fiscal organ and the receiving of the fiscal-administrative document by this one under signature, the date of communication being the same as the date when the document has been taken under signature;

b) by revision, under signature, of the fiscal-administrative document by the empowered persons of the fiscal organ, according to the law, the date of communication being the same as the date when the document has been taken under signature;

c) by mail, to the fiscal home of the contributor, accompanied by a letter that confirms the receiving, as well as through other ways, such as fax, e-mail, if the transmission of the fiscal-administrative document text is assured as well as its confirmation;

d) by publicity.

The communication by advertising, its mode according to art.44, align 3 from the Fiscal procedure Code, by the display at the same time, at the head-quarters of issuing fiscal organ and on the Internet, of an announcement in which it is mentioned that the fiscal-administrative document on the name of the contributor, has been emitted. As for the administrative acts emitted by the specific departments of the local public administrative authorities, the display is at the same time at their headquarters and on the Internet page of the local public administration.

In case the Internet page doesn't exist, the display should be done on the Internet page of the county council. In all these cases, county the fiscal-administrative document it is considered communicated in 15 days term from when it was displayed.

By publication of this announcement, the contributor is told about only the emission of the fiscal-administrative document, but the act itself it's not communicated, this one being considered as communicated in 15 days term from when it was displayed.

In this sense, in literature²¹ it has been said that a series of abuse of the fiscal organ may appear, in the way that, when, through the published announcement it is mentioned only the emission of the act, without communicating its content, and the act contains a different date from

¹⁸ Jordan Nicola, *Drept administrativ*, (Sibiu, University Publishing „Lucian Blaga” of Sibiu, 2007), 420.

¹⁹ Cristina Oneț, *Dreptul finanțelor publice*, Partea generală, (Bucharest, Publishing Lumina Lex, București, 2005), 142.

²⁰ Art.44, align 2, the Fiscal procedure Code.

²¹ Beatrice Onica-Jarka, Monica Bădescu, Dinu Petre, *Prezentarea generală a principalelor elemente de noutate aduse de Codul de procedură fiscală(I)*, (Bucharest, in Dreptul no. 6/2004), 15

which its effects are produced, it's hard to sustain it in front of the contributor.

In a case, The Court of Appeal Suceava, commercial section, administrative solicitor's office and fiscal²² has established, correctly, that since the decision impose has been communicated by mail to the fiscal home of the contributor, with the letter of recommendation having the receiving confirmation, according to art.44, align 2 from Fiscal procedure Code, or publishing it on the Internet page of The National Agency of Fiscal Administration.

Against align 3, art.44 from Fiscal procedure Code has been raised exception of unconstitutionality, in a cause of administrative solicitor's office, having as on object the appeal of on fiscal-administrative document.

In the opinion of the author's exception, the criticized legal text encloses the contributor's right to address himself to the justice, right which has been recognized by art.21, align 1, 2 and 4 from The Constitution, "because not everyone has access to the Internet and not everyone has to possibility to go to the headquarter of the fiscal organ, one year after the closing of a transaction, to see if any decision of taxation has been published against him". It is also sustained that art.44, align 3 from the criticized decree grants big rights to the fiscal organ, which go right after those stipulated by the Civil procedure Code, because the Code "does not contain the possibility for the Court to consider communicated procedure act if this has been published on the Ministry of Justice's site". In the opinion of the author's exception, the criticized stipulations come in conflict with art.136, align 5 from the Constitution, because "the private property becomes devoided of care".

The exception of unconstitutionality of the stipulations of art.44, align 3 of Fiscal procedure Code has been rejected through the Decision of the Constitutional Court no. 1288 per 2.12.2008²³.

According to the exception's author, the stipulation on the display of the administrative act on the Internet is unconstitutional, because over 38% of the country's population has no access to the Internet, which is contrary to art 21 from Constitution. To the procedure of communicating the fiscal-administrative documents on the Internet which is only one possibility of hereby notified the contributor that the act for him has been issued, the Court establishes that the criticism for breaking free access to justice cannot be reserved.

The author's support of the exception for breaking free access to justice is contradicted by the existence before the Constitutional Court of the cause itself with which it had been informed²⁴.

On the other hand, the exception's author states that art.44, align 3 from criticized ordinance grants more rights to the fiscal fiscals, which are beyond those issued by the Civil procedure Code, because this "does not contain the opportunity for court to consider communicated a procedure act if this has been displayed on the site of the Ministry of Justice". And this critique will be removed, because even the Civil procedure Code establishes in Book II, Title II, Chapter II – "Summons and procedure acts", the possibility of communication of the summons and of procedure acts which have been established, through publicity.

It is also invoked the violation of art.136, align 5 from Constitution, according to which "the private property is inviolable according to the organic law", on the basis that "private property is without any protection". About this, is to be noted that, according to art.56 from Constitution – "Financial contributions", the citizens have the obligation to contribute through taxes, to the public expenses. The constitutional warranty of respecting the right to property is established by art 139 from Constitution, in the sense that the taxes, fees and any other incomes of the state budget or of the local budgets can be established only by law, and the Fiscal procedure Code is this kind of law.

²² Decision no. 7 of January 15, 2009 the Court of Appeals Suceava, commercial section, the administrative solicitor's office and fiscal, published in the Bulletin of the Courts of Appeal no. 2 / 2009, (Bucharest, Publishing CH Beck, 2009), 58-59.

²³ Published in M. Of. of Romania no. 866 of 22.12.2008

²⁴ The conclusion of 25.03.2008, rendered by the Court Dolj-administrative solicitor's office section, in File no. 17.944/63/2007.

According to the stipulations of art.44, align 4 from the Fiscal procedure Code, the stipulations of the Civil procedure Code concerning procedural documents are properly applied.

Detailed rules for the implementation of the Fiscal procedure Code provides that the provisions communication fiscal-administrative documents completed by the stipulations of art. 90 to 92 from Civil procedure Code, except for those about communication by display.

The literature²⁵ has been criticized that the exclusion of the document by displaying administrative tax was made by legal rules that are in a weak position, and not by rules GEO no. 92/2003, which in art. 44, paragraph 4 provides that these provisions shall apply accordingly. The case is added via detailed rules-legal rules derived-from the law, which is inadmissible in a state of law, which has a predetermined hierarchy of legal norms.

Therefore, from the stipulations of art 90 from the Civil procedure Code results the principle according to which the handing of the fiscal-administrative document it is done to the fiscal home of the contributor. But there are some exceptions from this principle, namely: for those who are in the army the handing over is done by the nearest High Command; for those who are the crew of a commercial ship, the handing over is done, in the absence of a known home, to the headquarter of the port where the ship is registered; for the detainee, the handing over is done to the prison's administration desk; for the sick people, in hospitals, asylum or sanatorium, the handing is done to the information desk.

According to the stipulations of art.91 from the Civil procedure Code, for corporate people on private right, for associations and business clubs which don't have a legal personality, for those who are subjected to the procedure of legal reorganization and to bankruptcy, for diplomatic mission personnel and Romanian's Council Bureau, for those who on in the army, for those who are the crew of a commercial ship, for the detainees, lawyers, notary public, the handing over of the fiscal-administrative documents can be done to the clerk or to the mail man, who is obligate to write his name and surname clearly, as well as his position, and he will sign the proof.

According to art.92 from the Civil procedure Code, the act's handing over will be done personally to the contributor who will sign the receipt, the delivery person checking his signature and his name. If the one who receives the act does not want to take it or taking it, does not want or cannot receive the receipt, the delivery person will leave the act in his hand, making a report if.

If the contributor is not at home or, for hotels and buildings with more apartments, he has not specified the room or the apartment in which he lives, the delivery person will hand over the act, in the first case, to a person from his family or, if missing, to any other person who lives with him, or who, usually receives the mail, and as for the other cases, to the handing over will be done to the administrator, door man, or to the one who usually replaces him. The person who receives the act will sign the receipt, the delivery person identifying his name and signature and will make a report about it. If the above mentioned people do not want or cannot sign the receipt, the agent will write a report handing them the summons.

The Civil procedure Code, through art.92, align 5 forbids the handing over of the act to a minor under 14 years or to an insane person.

Conclusions

Summing up the foregoing, we say that the emission of the fiscal-administrative document in the form and with the procedure issued by law is an important condition of validity which shows specific elements for the administrative document, elements issued by the Fiscal procedure Code. The analysis of this problem shows aspects for motivating, typing and signing the fiscal-administrative document, as well as communicating and publishing its, suggesting certain legislative modifications.

²⁵ Adrian Fanu Moca, op. cit., 128

References

- Emil Bălan, *Procedura administrativă*, (Publishing Universitară, Bucharest, 2005)
- Lucian Chiriac, *Activitatea autorităților administrației publice*, (Cluj-Napoca, Publishing House Accent, 2001)
- Daniel Dascălu, Cătălin Alexandru, *Explicațiile teoretice și practice ale Codului de procedură fiscală*, (Bucharest, Publishing House Rosetti, 2005)
- Romulus Ionescu, *Drept administrativ*, (Bucharest, Publishing House Didactică și Pedagogică, 1970)
- Beatrice Onica-Jarka, Monica Bădescu, Dinu Petre, *Prezentarea generală a principalelor elemente de noutate aduse de Codul de procedură fiscală(I)*, (Bucharest, in Dreptul no. 6/2004), 15.
- Adrian Fanu Moca, *Contenciosul fiscal*, (Bucharest, Publishing House C. H. Beck, 2006)
- Iordan Nicola, *Drept administrativ*, University Publishing „Lucian Blaga” of Sibiu, 2007.
- Cristina Oneț, *Dreptul finanțelor publice*, Partea generală, (Bucharest, Publishing House Lumina Lex, 2005)
- Ioan Santai, *Drept administrativ și știința administrației*, vol. II, (Cluj-Napoca, Publishing House Risoprint, 2005)
- *The Fiscal procedure Code* approved by O. G. no.92/2003 with subsequent amendments, republished (3) on July 31, 2007, as amended and supplemented, last modified by Law no. 324/2009 approving the Emergency Ordinance 46/2009 on improving procedures and reducing tax evasion published in the M. Of. of Romania, Part I, nr.713 of 22/10/2009
- *Decision no. 7 of January 15, 2009 the Court of Appeals Suceava*, commercial section, the administrative solicitor's office and fiscal, published in the Bulletin of the Courts of Appeal no. 2 / 2009, (Bucharest, Publishing Hopuse CH Beck, 2009), 58-59.
- *Decision of the Constitutional Court no. 1288 / 2.12.2008*, published in M. Of. of Romania no. 866 of 22.12.2008
- *Decision of the Constitutional Court no. 198 / 12.02.2009*, published in M. Of. of Romania no. 151 of 11.02.2009
- *The conclusion of 25.03.2008, rendered by the Court Dolj*- administrative solicitor's office section, in File no. 17.944/63/2007.
- The Order the Minister of Public Finance no. 1430/2004 on the issue by means of administrative information means information by administrative documents, published in M. Of. of Romania no. 900 of 4.10.2004, modified as the Order Minister of Public Finance no. 1504/2007 published in M. Of. of Romania no. 699 of 17.10.2007.
- The Order the Minister of Public Finance no. 1364/2007 on the issue by means information by administrative documents, published in M. Of. of Romania no. 681 of 8.10.2007.

FORMA ȘI PROCEDURA PREVĂZUTE DE LEGE PENTRU EMITEREA ACTULUI ADMINISTRATIV - FISCAL

OCTAVIA MARIA CILIBIU*

Abstract

Actul administrativ - fiscal, fiind un act administrativ, pentru a fi valabil, trebuie să îndeplinească aceleași condiții ca și actul administrativ. În ceea ce privește formalitățile procedurale de emitere a actelor administrative fiscale acestea sunt prealabile, concomitente și ulterioare. Elemente de specificitate prezintă motivarea, redactarea și semnarea actului - forme procedurale concomitente, precum și comunicarea și publicarea - forme procedurale ulterioare emiterii actelor administrative - fiscale.

Cuvinte cheie: *act, administrativ - fiscal, forma, procedura, emiterea*

Introducere

Actul administrativ - fiscal este o specie a actului administrativ care emană de la organul fiscal, respectiv de la autorități administrative care aparțin puterii executive și reprezintă forma principală a activității structurilor administrației financiare, o formă pe care faptul juridic fiscal, ca izvor al raportului juridic de drept fiscal, poate să o prezinte.

Condițiile de valabilitate ale actului administrativ - fiscal sunt: actul să fie emis de organul competent și în limitele competenței sale; actul administrativ - fiscal să fie emis sau adoptat în forma și cu procedura prevăzute de lege; conținutul actului administrativ - fiscal să fie conform cu Constituția, legile și celelalte acte normative în vigoare; conformitatea actului administrativ - fiscal cu scopul legii.

Această lucrare își propune să analizeze stadiul actual al cercetărilor, să identifice particularitățile privind forma și procedura prevăzute de lege pentru emiterea actului administrativ - fiscal.

Scopul principal al cercetării a fost determinat de necesitatea studierii profunde a tendințelor de dezvoltare doctrinară a instituției actului administrativ - fiscal.

În literatura de specialitate s-a dezbătut problematica procedurii prevăzute de lege pentru emiterea actului administrativ - fiscal, existând opinii contrare în ceea ce privește emiterea actului administrativ - fiscal prin intermediul mijloacelor informatice și comunicarea actului administrativ - fiscal prin publicitate.

Baza juridico - doctrinară a lucrării este fundamentată pe lucrările unor specialiști în domeniul dreptului administrativ, dreptului financiar și fiscal, precum: Emil Bălan, Ioan Santai, Adrian Fanu Moca, Daniel Dascălu, Cătălin Alexandru, Beatrice Onica - Jarka, Monica Bădescu, Dinu Petre.

Conținutul lucrării

În ceea ce privește forma actului administrativ - fiscal, regula este că acesta se emite în formă scrisă. Astfel, potrivit art. 43, alin 1 din Codul de procedură fiscală aprobat prin O. G. nr. 92/2003, cu modificările și completările ulterioare¹, „actul administrativ - fiscal se emite numai în formă scrisă”.

* Lecturer, Faculty of Science Juridical, “Constantin Brâncuși” University, Tg-Jiu, (taviamara@yahoo.com)

¹ Republicată(3) la 31 iulie 2007, cu modificările și completările ulterioare, ultima modificare prin Legea nr. 324/2009 privind aprobarea OUG 46/2009 privind îmbunătățirea procedurilor fiscale și diminuarea evaziunii fiscale publicată în M. Of. al României, Partea I, nr.713 din 22.10.2009

Mai mult, alin. 3 al aceluiași articol prevede și posibilitatea emiterii actului administrativ - fiscal prin intermediul mijloacelor informatice, care este tot o formă scrisă, însă pe suport digital, format electronic.

Forma scrisă este o condiție de formă externă a actelor administrative, ocupând un loc important în cadrul condițiilor de formă ale actelor juridice².

Emitându-se în formă scrisă, actele administrative - fiscale trebuie să cuprindă:

- a) denumirea organului fiscal emitent;
- b) data la care a fost emis și data de la care își produce efectele;
- c) datele de identificare a contribuabilului sau a persoanei împuternicite de contribuabil, după caz;
- d) obiectul actului administrativ fiscal;
- e) motivele de fapt;
- f) temeiul de drept;
- g) numele și semnătura persoanelor împuternicite ale organului fiscal, potrivit legii;
- h) ștampila organului fiscal emitent;
- i) posibilitatea de a fi contestat, termenul de depunere a contestației și organul fiscal la care se depune contestația;
- j) mențiuni privind audierea contribuabilului.

În literatura de specialitate au fost expuse avantajele emiterii actelor administrative - fiscale în formă scrisă, respectiv: asigurarea cunoașterii corespunzătoare a conținutului actului, garanția respectării legii și posibilitatea unui control eficient de legalitate³. De asemenea, forma scrisă asigură: a) cunoașterea manifestării de voință a organului fiscal; b) posibilitatea verificării și respectării temeiurilor legale în baza cărora a fost emis actul administrativ - fiscal; c) posibilitatea verificării regulilor de procedură pentru elaborarea actului; d) excluderea oricărei confuzii cu privire la efectele juridice produse; e) eficiența controlului de legalitate a actului administrativ⁴. Pe lângă aceste avantaje menționate de literatura de specialitate, am mai menționa și verificarea oportunității actului administrativ - fiscal, nu numai a legalității, prin introducerea contestației fiscale, care nu este altceva decât un recurs administrativ pur, recurs administrativ - fiscal.

În ceea ce privește formalitățile procedurale pentru emiterea actelor administrative - fiscale acestea sunt prealabile, concomitente și ulterioare emiterii actului. Respectiv activități, deși reprezintă manifestări de voință, sunt operațiuni tehnico - administrative și chiar dacă nu produc efecte juridice prin ele însele, premerg sau însoțesc actul administrativ - fiscal, determinând uneori chiar valabilitatea acestora⁵.

Formalitățile procedurale anterioare emiterii actului administrativ - fiscal sunt aceleași ca și în cazul actelor administrative de autoritate (avizul, acordul prealabil, propunerea, referatul), neprezentând elemente de specificitate.

Formalitățile procedurale concomitente care prezintă elemente de specificitate pentru actul administrativ - fiscal sunt *motivarea, redactarea și semnarea actului*.

Profesorul Emil Bălan⁶ definește motivarea ca fiind operațiunea administrativă prin care se expun considerentele de fapt și de drept, care justifică și impun adoptarea unui act administrativ. Motivarea este obligatorie atât în cazul actelor administrative cu caracter normativ, precum și în cazul celor individuale.

² Ioan Santai, *Drept administrativ și știința administrației*, vol II, (Cluj-Napoca, Editura Risoprint, 2005), 124.

³ Idem, 60.

⁴ Lucian Chiriac, *Activitatea autorităților administrației publice*, Editura Accent, Cluj-Napoca, 2001, p. 131, cit. în Mircea Ștefan Minea, Lucian Theodor Chiriac, Cosmin Flavius Costas, *Dreptul finanțelor publice*, (Cluj-Napoca, Editura Accent, 2005), 432.

⁵ Idem, 433.

⁶ Emil Bălan, *Procedura administrativă*, Editura Universitară, București, 2005, 116.

Potrivit art. 43, alin 2, lit. e și lit. f actul administrativ - fiscal trebuie să conțină motivele de fapt și temeiul de drept.

Redactarea actului administrativ reprezintă operațiunea de întocmire a actului care să reflecte deplin și concordant manifestarea de voință exprimată. Actele administrative fiscale, pentru a fi cunoscute, trebuie redactate într-un stil concis, clar și neechivoc, cu respectarea regulilor gramaticale și ortografice⁷.

Semnarea actelor administrative reprezintă condiția de formă prin care se atestă autenticitatea acestora⁸. Semnătura consacră transformarea unui proiect într-un adevărat act juridic⁹. Necesitatea semnării se desprinde implicit din obligativitatea redactării în formă scrisă actului juridic, dar alteori este prevăzută expres de lege¹⁰.

Conform dispozițiilor art. 43, alin 2, lit. g și lit. h din Codul de procedură fiscală, actul administrativ - fiscal trebuie să cuprindă numele și semnătura persoanelor împuternicite ale organului fiscal și ștampila organului fiscal emitent. Semnarea actului administrativ - fiscal este o condiție de validitate a acestuia, aspect ce reiese din art. 46, care prevede că lipsa semnăturii persoanei împuternicite a organului fiscal atrage nulitatea actului. Actul administrativ - fiscal va fi cunoscut de către cel căruia i se adresează abia după ce acesta va fi semnat.

Având în vedere că cel care semnează actul administrativ - fiscal realizează acest lucru în calitatea sa de împuternicit al organului fiscal, semnătura sa olografă trebuie să fie dublată de ștampila organului fiscal emitent al actului, aplicarea sigiliului asigurând certificarea acestuia ca fiind emanația voinței juridice a unui anumit organ administrativ - fiscal¹¹.

Potrivit dispozițiilor art. 43, alin 3 din Codul de procedură fiscală, actul administrativ - fiscal emis prin intermediul mijloacelor informatice este valabil și în cazul în care nu poartă semnătura persoanei împuternicite ale organului fiscal și ștampila organului emitent, cu condiția îndeplinirii cerințelor legale aplicabile în această materie. Acest text nu precizează care sunt normele legale aplicabile în această situație. În literatura de specialitate¹² s-a afirmat că ar fi vorba de normele în materia semnăturii electronice.

Nu suntem de acord cu această opinie, întrucât textul de lege precizează că actul este valabil și fără semnătură, iar după cum știm, semnătura trebuie dublată de ștampila organului fiscal emitent, iar semnătura electronică nu are cum să fie dublată de ștampila organului fiscal emitent. Mai mult, dacă ar fi fost vorba de semnătura electronică textul de lege ar fi trebuit să menționeze faptul că actele emise prin intermediul mijloacelor informatice sunt valabile doar dacă poartă o astfel de semnătură.

Împotriva alin 3, art. 43 din Codul de procedură fiscală a fost ridicată excepție de neconstituționalitate, excepție ridicată de Constantin Cârstea în Dosarul nr. 3.783/4/2008 al Tribunalului București - Secția a V-a civilă, într-o cauză având ca obiect soluționarea unei contestații la executare silită.

În motivarea excepției de neconstituționalitate s-a susținut, în esență, că emiterea actului administrativ - fiscal prin intermediul mijloacelor informatice fără ca acesta să fie semnat și ștampilat încalcă principiul constituțional al egalității, principiu prevăzut de art. 16 din Constituție, emitenții unor astfel de acte fiind privilegiați sub aspectul răspunderii față de cei care sunt obligați să semneze și să stampileze actele fiscale emise în condițiile art. 43 alin. 2 din Codul de procedură fiscală.

Guvernul a apreciat că excepția de neconstituționalitate privind art. 43 alin. 3 din Ordonanța Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală este neîntemeiată.

⁷ Ibidem.

⁸ Idem, 117.

⁹ Romulus Ionescu, *Drept administrativ*, (București, Editura Didactică și Pedagogică, 1970, 406.

¹⁰ Ioan Santai, op.cit., 127.

¹¹ Adrian Fanu Moca, *Contenciosul fiscal*, (București, Editura C. H. Beck, 2006), 124.

¹² Idem, 125.

Avocatul Poporului a apreciat că prevederile legale criticate sunt constituționale.

Examinând excepția de neconstituționalitate ridicată, Curtea Constituțională a respins ca neîntemeiată excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 43 alin. 3 din Ordonanța Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală prin Decizia nr. 198 din 12 februarie 2009¹³, reținând următoarele:

„Prevederile art. 43 alin. 3 din Ordonanța Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală precizează elementele obligatorii pe care trebuie să le cuprindă un act administrativ fiscal emis prin intermediul mijloacelor electronice. Spre deosebire de actele administrative fiscale care nu sunt emise pe cale electronică și care trebuie să cuprindă toate elementele prevăzute la art. 43 alin. 2 din Ordonanța Guvernului nr. 92/2003, cele prevăzute la art. 43 alin. 3 din aceeași ordonanță sunt valabile și în cazul în care nu poartă semnătura persoanelor împuternicite ale organului fiscal și ștampila organului emitent. Nu se poate reține existența unei situații de discriminare, sub aspectul răspunderii, între emitenții actelor administrative fiscale, fie ele electronice sau nu. Astfel, potrivit art. 43 alin. 2 din Codul de procedură fiscală, un act administrativ fiscal, indiferent de mijloacele folosite pentru emiterea lui, cuprinde suficiente elemente pentru a putea fi identificat organul emitent. În aceste condiții, este evident că va putea fi identificată persoana împuternicită a organului fiscal care a emis acel act, aceasta putând fi trasă la răspundere disciplinară, civilă sau penală, după caz. O asemenea persoană va răspunde în fața legii în aceleași condiții ca și persoana care a semnat și stampilat actul administrativ fiscal. Având în vedere cele expuse, sub aspectul egalității de răspundere între persoanele împuternicite ale organului fiscal care a emis actul administrativ fiscal, Curtea nu poate reține încălcarea art. 16 din Constituție”.

Art. 46 din Codul de procedură fiscală prevede că lipsa semnăturii persoanei împuternicite a organului fiscal atrage nulitatea actului, cu excepția actelor emise prin intermediul mijloacelor informatice. Astfel, putem spune că aceste acte emise prin intermediul mijloacelor informatice nu poartă semnătură, fie olografă, fie electronică.

În literatura de specialitate s-a exprimat opinia conform căreia „conferirea de forță juridică unor acte administrative fiscale în anumite domenii fără ca acestea să poarte semnătura și ștampila emitentului este o practică necorespunzătoare, chiar dacă este prevăzută la nivel de principiu printr-un act normativ cu putere de lege, o astfel de soluție putând fi adoptată doar pentru motive solide, legate de imposibilitatea semnării/ștampilării unora dintre actele administrative fiscale.”¹⁴

În pofida celor expuse mai sus, propunem ca pentru întărirea autenticității actelor administrativ fiscale emise prin mijloace informatice acestea să poarte semnătura electronică.

Codul de procedură fiscală, la art. 43, alin 4 prevede că prin ordin al ministrului finanțelor publice se stabilesc categoriile de acte administrative care se emit prin intermediul mijloacelor informatice. Aceste acte sunt valabile fără semnătura și ștampila organului emitent, îndeplinind cerințele legale aplicabile actelor administrative.

Conform dispozițiilor art. 1 din Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1430/2004 privind emiterea prin intermediul mijloacelor informatice a unor acte administrative¹⁵ modificat prin *Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1504/2007*¹⁶, actele administrativ - fiscale emise prin intermediul mijloacelor informatice sunt: decizia de impunere anuală pentru veniturile realizate din România de persoanele fizice, decizia de impunere privind veniturile din transferul proprietăților imobiliare, din patrimoniul personal, deciziile de impunere pentru plăți anticipate cu titlu de impozit, decizia de impunere din oficiu, înștiințarea de compensare, înștiințarea de restituire, documentul de restituire.

¹³ Publicată în M. Of. al României nr 151 din 11 martie 2009.

¹⁴ Daniel Dascălu, Cătălin Alexandru, *Explicațiile teoretice și practice ale Codului de procedură fiscală*, (București, Editura Rosetti, București, 2005), 128.

¹⁵ Publicat în M. Of. nr. 900 din 4.10.2004.

¹⁶ Publicat în M. Of. nr. 699 din 17.10.2007.

Conform dispozițiilor art. 1 din Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1364/2007 privind emiterea prin intermediul mijloacelor informatice a unor acte administrative¹⁷, actele administrative - fiscale emise prin intermediul mijloacelor informatice sunt: decizia referitoare la obligațiile de plata accesorii, titlul executoriu, somația, adresa de înființare a popririi, adresa de înființare a popririi asupra disponibilităților bănești, înștiințarea popririi, înștiințarea privind stingerea creanțelor fiscale, înștiințarea privind stingerea creanțelor fiscale în urma distribuirii sumelor plătite în contul unic.

În ceea ce privește *formele procedurale ulterioare* emiterii actelor administrative, acestea pot lua forma unor manifestări de voință juridică (aprobarea, confirmarea) sau a unor operațiuni administrative sau tehnico - materiale (comunicarea, publicarea).

Specific procedurii de administrare a impozitelor și taxelor sunt *comunicarea și publicarea* actului administrativ - fiscal.

Comunicarea și publicarea sunt modalități de aducere la cunoștință a actelor administrative.

Literatura de specialitate a definit comunicarea ca fiind operațiunea prin care autoritatea administrativă competentă aduce la cunoștința persoanei interesate un act administrativ, predându-l direct acestuia sau unui membru din familie, prin afișare la domiciliul persoanei juridice sau la sediul persoanei juridice în cauză, etc¹⁸.

Comunicarea actului administrativ - fiscal, determină, de la data comunicării sau de la data ulterioară stabilită în act, producerea efectelor juridice, dar și curgerea termenului fixat de lege pentru exercitarea recursului administrativ - fiscal.

Potrivit dispozițiilor art. 44, alin 1 din Codul de procedură fiscală, actul administrativ - fiscal trebuie comunicat contribuabilului căruia îi este destinat. În situația contribuabililor fără domiciliu fiscal în România, care și-au desemnat împuternicit potrivit art. 18 alin. (4), precum și în situația numirii unui curator fiscal, în condițiile art. 19, actul administrativ - fiscal se comunică împuternicitului sau curatorului, după caz.

Organul fiscal nu poate pretinde executarea obligației stabilite în sarcina contribuabilului prin actul administrativ - fiscal, dacă acest act nu a fost comunicat contribuabilului, potrivit legii.

Efectuarea comunicării actului administrativ - fiscale este deosebit de importantă întrucât, în caz contrar actul nu îi este opozabil contribuabilului¹⁹.

Modalitățile de comunicare a actului administrativ - fiscal²⁰ sunt:

a) prin prezentarea contribuabilului la sediul organului fiscal emitent și primirea actului administrativ - fiscal de către acesta sub semnătură, data comunicării fiind data ridicării sub semnătură a actului;

b) prin remiterea, sub semnătură, a actului administrativ - fiscal de către persoanele împuternicite ale organului fiscal, potrivit legii, data comunicării fiind data remiterii sub semnătură a actului;

c) prin poștă, la domiciliul fiscal al contribuabilului, cu scrisoare recomandată cu confirmare de primire, precum și prin alte mijloace, cum sunt fax, e-mail, dacă se asigură transmiterea textului actului administrativ - fiscal și confirmarea primirii acestuia;

d) prin publicitate.

Comunicarea prin publicitate, se face potrivit art. 44, alin 3 din Codul de procedură fiscală, prin afișarea concomitent, la sediul organului fiscal emitent și pe pagina de internet a Agenției Naționale de Administrare Fiscală, a unui anunț în care se menționează că a fost emis actul administrativ - fiscal pe numele contribuabilului. În cazul actelor administrative emise de compartimentele de specialitate ale autorităților administrației publice locale, afișarea se face concomitent, la sediul acestora și pe pagina de internet a autorității administrației publice locale

¹⁷ Publicat în M. Of. nr. 681 din 8.10.2007.

¹⁸ Iordan Nicola, *Drept administrativ*, (Sibiu, Editura Universității „Lucian Blaga” din Sibiu, 2007), 420.

¹⁹ Cristina Oneț, *Dreptul finanțelor publice*, Partea generală, (București, Editura Lumina Lex, 2005), 142.

²⁰ Art. 44, alin 2 din Codul de procedură fiscală

respective. În lipsa paginii de internet proprii, publicitatea se face pe pagina de internet a consiliului județean. În toate cazurile, actul administrativ - fiscal se consideră comunicat în termen de 15 zile de la data afișării anunțului.

Prin publicarea acestui anunț, contribuabilului i se aduce la cunoștință doar emiterea actului administrativ - fiscal, nu i se comunică și actul, acesta considerându-se comunicat în termen de 15 zile de la data afișării anunțului.

În acest sens, în literatura de specialitate²¹ s-a afirmat că pot apărea o serie de abuzuri ale organelor fiscale, în sensul că atunci când prin anunțul publicat se menționează numai emiterea actului, fără comunicarea conținutului său, iar actul cuprinde o dată diferită de la care își produce efectele, e greu de susținut opozabilitatea acestuia față de contribuabil.

Într-o speță, Curtea de Apel Suceava, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal²² a stabilit, în mod corect, că întrucât decizia de impunere a fost comunicată prin poștă la domiciliul fiscal al contribuabilului, cu scrisoare de recomandare cu confirmare de primire, conform art. 44, alin 2 din Codul de procedură fiscală, iar aceasta a fost restituită cu mențiunea că destinatarul este plecat din țară, corect organul fiscal a procedat la comunicarea prin publicitate, conform art. 44, alin 3 din Codul de procedură fiscală, respectiv publicarea pe pagina de internet a Agenției Naționale de Administrare Fiscală.

Împotriva alin 3, art. 44 din Codul de procedură fiscală a fost ridicată excepție de neconstituționalitate, într-o cauză de contencios administrativ, având ca obiect contestarea unui act administrativ - fiscal.

În opinia autorului excepției, textul de lege criticat îngrădește dreptul contribuabilului de a se adresa justiției, drept consacrat de art. 21 alin. (1), (2) și (4) din Constituție, „căci nu orice persoană are acces la internet și nu orice persoană are posibilitatea de a se deplasa la sediul organului fiscal, după un an de la încheierea unei tranzacții, pentru a vedea dacă s-a publicat vreo decizie de impunere împotriva sa”. Se mai susține că art. 44 alin. (3) din ordonanța criticată acordă drepturi sporite organelor fiscale, care exced celor prevăzute de Codul de procedură civilă, întrucât Codul „nu conține posibilitatea pentru instanță de a considera comunicat un act procedural dacă a fost publicat pe site-ul Ministerului Justiției”. În opinia autorului excepției, dispozițiile criticate contravin și art. 136 alin. (5) din Constituție, întrucât „proprietatea privată devine lipsită de orice ocrotire”.

Excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 44, alin 3 din Codul de procedură fiscală a fost respinsă prin Decizia Curții Constituționale nr. 1288 din 2. 12. 2008²³.

În opinia autorului excepției, prevederea referitoare la afișarea actului administrativ pe internet este neconstituțională, întrucât peste 38% din populația țării nu are acces la internet, ceea ce contravine art. 21 din Constituție. Față de faptul că procedura de comunicare a actelor administrativ - fiscale prin afișare pe internet este doar una dintre posibilitățile de aducere la cunoștință contribuabilului a actului emis în sarcina sa, Curtea constată că nu poate fi reținută critica privind încălcarea accesului liber la justiție.

Susținerea autorului excepției referitoare la încălcarea accesului liber la justiție este contrazisă de însăși existența pe rolul Curții Constituționale a cauzei cu care a fost sesizată.²⁴

Pe de altă parte, autorul excepției precizează că art. 44 alin. (3) din ordonanța criticată acordă drepturi sporite organelor fiscale, care exced celor prevăzute de Codul de procedură civilă, întrucât acesta „nu conține posibilitatea pentru instanță de a considera comunicat un act procedural dacă a

²¹ Beatrice Onica-Jarka, Monica Bădescu, Dinu Petre, *Prezentarea generală a principalelor elemente de noutate aduse de Codul de procedură fiscală(I)*, în *Dreptul* nr. 6/2004, 15

²² Decizia nr. 7 din 15 ianuarie 2009 a Curții de Apel Suceava, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, publicată în *Buletinul Curților de Apel nr. 2/2009*, (București, C. H. Beck, 2009), 58-59.

²³ Publicată în *M. Of. al României* nr. 866 din 22.12.2008

²⁴ Prin Încheierea din 25 martie 2008, pronunțată de Tribunalul Dolj - Secția contencios administrativ în Dosarul nr. 17.944/63/2007.

fost publicat pe site-ul Ministerului Justiției”. Și această critică urmează a fi înlăturată, întrucât și Codul de procedură civilă stabilește în Cartea II, Titlul II, Capitolul II – „Citațiile și comunicarea actelor de procedură”, posibilitatea comunicării prin publicitate a citațiilor și a actelor de procedură în situații expres reglementate.

Este invocată, totodată, și încălcarea art. 136 alin. (5) din Constituție, potrivit căruia „proprietatea privată este inviolabilă, în condițiile legii organice”, cu motivarea că „proprietatea privată devine lipsită de orice ocrotire”. Cu privire la aceasta, urmează a se constata că, potrivit art. 56 din Constituție – „Contribuții financiare”, cetățenii au obligația să contribuie, prin impozite și prin taxe, la cheltuielile publice. Garanția constituțională a respectării dreptului de proprietate este prevăzută de art. 139 din Constituție, în sensul că impozitele, taxele și orice alte venituri ale bugetului de stat sau ale bugetelor locale se stabilesc numai prin lege, ori Codul de procedură fiscală este o astfel de lege.

Conform dispozițiilor art. 44, alin 4 din Codul de procedură fiscală, dispozițiile Codului de procedură civilă privind comunicarea actelor de procedură sunt aplicabile în mod corespunzător. Normele metodologice de aplicare a Codului de procedură fiscală prevăd că dispozițiile privind comunicarea actelor administrative - fiscale se completează cu prevederile art. 90 - 92 din Codul de procedură civilă, cu excepția celor privind comunicarea prin afișare.

În literatura de specialitate²⁵ a fost criticat, pe bună dreptate în opinia noastră, faptul că excluderea comunicării actului administrativ - fiscal prin afișare s-a făcut prin norme juridice aflate pe o poziție inferioară, și nu prin normele Ordonanței Guvernului nr. 92 /2003, care în art. 44, alin 4 dispune că aceste prevederi se vor aplica în mod corespunzător. Este un caz în care se adaugă pe calea normelor metodologice - norme juridice derivate la prevederile legii, fapt inadmisibil într-un stat de drept, care are o ierarhie a normelor juridice prestabilită.

Din prevederile art. 90 din Codul de procedură civilă reiese principiul potrivit căruia înmânarea actului administrativ - fiscal se face la domiciliul fiscal al contribuabilului. De la acest principiu există însă și excepții, și anume: pentru cei care se găsesc sub arme înmânarea se face la comandamentul superior cel mai apropiat; pentru cei care alcătuiesc echipajul unui vas de comerț, înmânarea se face, în lipsa unui domiciliu cunoscut, la căpitănia portului unde se găsește înregistrat vasul; pentru deținuți, înmânarea se face la administrația închisorii; pentru bolnavii aflați în spitale, ospicii ori sanatorii, înmânarea se face la direcția așezământului.

Potrivit dispozițiilor art. 91 din Codul de procedură civilă, în cazul persoanelor juridice de drept public, persoanelor juridice de drept privat, asociațiilor și societăților care nu au personalitate juridică, celor supuși procedurii reorganizării judiciare și a falimentului, personalului misiunilor diplomatice și oficiilor consulare ale României, celor care se găsesc sub arme, celor care alcătuiesc echipajul unui vas de comerț, deținuților, avocaților, notarilor publici, înmânarea actelor administrative fiscale se poate face funcționarului sau persoanei însărcinate cu primirea corespondenței, care își va arăta în clar numele și prenumele, precum și calitatea, iar apoi va semna dovada.

Așa cum reiese din art. 92 din Codul de procedură civilă, înmânarea actului se va face personal contribuabilului care va semna adeverința de primire, agentul însărcinat cu înmânarea actului certificând identitatea și semnătura acestuia. Dacă cel căruia i se adresează actul nu vrea să-l primească sau primindu-l, nu voiește ori nu poate să primească adeverința de primire, agentul va lăsa actul în mâna acestuia, încheind despre aceasta un proces-verbal.

Dacă contribuabilul nu se găsește la domiciliu sau dacă, în cazul hotelurilor sau clădirilor compuse din mai multe apartamente, el nu a indicat camera sau apartamentul în care locuiește, agentul va înmâna actul, în primul caz, unei persoane din familie sau, în lipsă, oricărei alte persoane care locuiește cu acesta, sau care, în mod obișnuit primește corespondența, iar, în celelalte cazuri, administratorului, portarului, ori celui ce în mod obișnuit îl înlocuiește. Persoana

²⁵ Adrian Fanu Moca, *Contenciosul fiscal*, (București, Editura C. H. Beck, 2006), 128.

care primește actul va semna adeverința de primire, agentul certificându-i identitatea și semnătura și va încheia un proces - verbal despre acestea. Dacă persoanele de mai sus nu voiesc sau nu pot să semneze adeverința de primire, agentul va încheia un proces - verbal lăsând citația în mâna lor.

Codul de procedură civilă, prin art. 92, alin 5 interzice înmânarea actului unui minor sub 14 ani împliniți sau unei persoane lipsite de judecată.

Concluzii

Sintetizând cele de mai sus, spunem că emiterea actului administrativ - fiscal în forma și cu procedura prevăzute de lege este o importantă condiție de validitate care prezintă elemente de specificitate față de actul administrativ, elemente prevăzute de Codul de procedură fiscală. Analiza acestei problematice relevă aspecte privind motivarea, redactarea și semnarea actului administrativ fiscal, precum și comunicarea și publicarea acestuia, sugerând anumite modificări legislative.

References:

- Emil Bălan, *Procedura administrativă*, (București, Editura Universitară, 2005)
- Lucian Chiriac, *Activitatea autorităților administrației publice*, (Cluj-Napoca, Editura Accent, 2001)
- Daniel Dascălu, Cătălin Alexandru, *Explicațiile teoretice și practice ale Codului de procedură fiscală*, (București, Editura Rosetti, 2005)
- Romulus Ionescu, *Drept administrativ*, (București, Editura Didactică și Pedagogică, 1970)
- Beatrice Onica - Jarka, Monica Bădescu, Dinu Petre, *Prezentarea generală a principalelor elemente de noutate aduse de Codul de procedură fiscală(I)*, (București, în Dreptul nr. 6/2004), 15
- Adrian Fanu Moca, *Contenciosul fiscal*, (București, Editura C. H. Beck, 2006)
- Iordan Nicola, *Drept administrativ*, (Sibiu, Editura Universității „Lucian Blaga” din Sibiu, 2007)
- Cristina Oneț, *Dreptul finanțelor publice, Partea generală*, (București, Editura Lumina Lex, 2005)
- Ioan Santai, *Drept administrativ și știința administrației, vol II*, (Cluj-Napoca, Editura Risoprint, 2005)
- *Codul de procedură fiscală*, aprobat prin OG nr. 92/2003 Republicată(3) la 31 iulie 2007, cu modificările și completările ulterioare, ultima modificare prin Legea nr. 324/2009 privind aprobarea OUG 46/2009 privind îmbunătățirea procedurilor fiscale și diminuarea evaziunii fiscale publicată în M. Of. al României, Partea I, nr.713 din 22.10.2009
- *Decizia nr. 7 din 15 ianuarie 2009 a Curții de Apel Suceava*, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, publicată în *Buletinul Curților de Apel nr. 2/2009*, (București, Editura C. H. Beck, 2009), 58 - 59.
- *Decizia Curții Constituționale nr. 1288 din 2.12.2008*, publicată în M. Of. al României nr. 866 din 22.12.2008
- *Încheierea din 25 martie 2008, pronunțată de Tribunalul Dolj* - Secția contencios administrativ în Dosarul nr. 17.944/63/2007.
- *Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1430/2004 privind emiterea prin intermediul mijloacelor informatice a unor acte administrative* publicat în M. Of. nr. 900 din 4.10.2004, modificat prin *Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1504/2007* publicat în M. Of. nr. 699 din 17.10.2007.
- *Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1364/2007 privind emiterea prin intermediul mijloacelor informatice a unor acte administrative* publicat în M. Of. nr. 681 din 8.10.2007.

ASPECTS REGARDING THE COMMON POLICY OF TRANSPORTS IN THE TREATY OF LISBON

LIVIA VISEA*

Abstract

The development and evolution of relations between the member states of the European Union, as well as the ones between the European Union and third states, have led to the necessity of a better coordination at the level of European policies. The way the European policies have been defined and structured at institutions' level, in whose responsibility they find themselves, is reflected in the reaction of member states. A common policy insufficiently well defined will lead to non-competitive actions or even stopping of the attempts to put them into practice.

With all the existing differences between the geographical, economic, social and cultural conditions of the European Union's member states, the reality of a common purpose for all these states led to the development of a single market, based on the four liberties, to the removal of border controls of people and goods coming from or having as destination a state member of the EU.

The member states are ready to commit themselves and to be effective in the actual accomplishment of goals underlying the Union. After several negotiations, discussions and talks at the highest level, on the 13th of December 2007 the Treaty of Lisbon was signed, amending the European Union Treaty and the Treaty establishing the European Community, a Treaty which came into force on the 1st of January 2009. According to this treaty, "The Treaty on European Union" will maintain its name and "Treaty establishing the European Community" will be called "Treaty on the functioning of the European Union".

The changes brought by this treaty are various and important both at the institutional level and at the level of the Union's common policies. Our approach aims at focusing on the provisions of the Lisbon Treaty regarding the common Policy on transportation, especially the road transport.

Key words: *The European Union, common policy, transports, means of transport, The Treaty of Lisbon*

Introduction

The development and evolution of relationships between the European Union's member states, as well as of the ones between the EU and third states, have led to the necessity of a better coordination at the level of the Union's policies. The way these policies are defined and structured at the level of the institutions in whose responsibility they lay is reflected by the reaction that they express at the level of the member states. A common policy, insufficiently defined, will lead to non-competitive actions and even blockings of the attempts to put them into practice.

The rapidity, with which the European Union's development has evolved, its extension¹, has to imply an increasingly better and more efficient coordination and cooperation between the member states. It is had in view both trying to find efficient solutions, which would not distance from the "ideal" that stood at the basis of the European Union, "Unity in diversity", but which, at the same time, would meet the real necessities of a Union of 27 members and expansion possibilities.

The European Union has contributed, by opening the national markets, to competition and, by eliminating the physical and technical boundaries of free circulation, to the development of transports, however, the present transport patterns and the increase rates are not sustainable.

* Lecturer, Ph.D. candidate "Romanian-German" University Sibiu and "Nicolae Titulescu" University Bucharest (liviavisea@yahoo.es)

¹ 1951 – 6 states, 1973 – 9 states, 1981 – 10 states, 1986 – 12 states, 1995 – 15 states, 2004 – 25 states, 2007 – 27 states.

The ability to transport people and goods fast, efficiently and cheap is a central issue of the European Union's objective to make a dynamic economy and a cohesive society. The transport department generates 10% of the Union's wealth, measured through the national gross product, representing almost 1000 billion Euros a year. Moreover, it offers approximately 10 million jobs². The elimination of boundaries for commerce and cross-border transport has increased the volume of merchandise and people transportation on long distances. This phenomenon has become even more important along with the extensions of 2004 and 2007 through the significant increase of transport, especially the road freight, between the member states and the rest of the Union.

The common policy in the transportation field, due to the implications it has both on the EU, from the point of view of the economic, social and political relations and on each individual member state, due to internal policy measures that countries need to take, is an extremely complex field. The measures taken at the level of the Union with regard to infrastructure, pollution, improving certain means of transportation and reducing costs should be permanently correlated to finding the best solutions in the field, internally, for each member state.

The paper is conceived to make reference to the Romanian and foreign literature in the field, to the doctrine and jurisprudence of the European Union's Court of Justice but, at the same time, it also approaches new aspects brought by the Treaty of Lisbon regarding transport common policy.

1. Transports within the European Union

With all the differences between the geographical, economic, social and cultural differences of the European Union's member states, the existence of a common purpose for these states has led to the development of a single market, which is based on the four liberties³, to the elimination of customs control of people and merchandise coming from or having as destination a member state of the EU.

The member states are ready to take responsibilities and to take part to the accomplishment of the desiderata upon which the Union is based. After the failure of the Treaty regarding a Constitution for Europe from 2004, it has been resorted to a reflection period during which the possibilities to solve a situation have been analyzed. All parties involved have made considerable efforts for finding an efficient solution that would be agreed by all involved.

After several rounds of negotiation, discussions at the highest level, the Treaty of Lisbon has been signed on the 13th of December 2007, amending the Treaty regarding the European Union and the Treaty on the European Community. According to this treaty, "The Treaty on the European Union" will keep its name and "The Treaty on the European Community" will be called "The Treaty establishing the European Union". While some of the amendments brought by the Treaty of Lisbon to the existing EU treaties are related to its essence (the EU has legal personality, the number of institutions has reached 7, the EU has a president and a High representative for external policy and security), another part of the treaties has not been changed *expressis verbis*, and only a change of "attitude" can be noticed for some sectors, mentioned in the Treaty's text or in the protocols annexed to the Treaty.

Essential element in the functioning of some modern economies, transports are facing a permanent contradiction between a company always in search of an increased mobility and a public opinion with a clearly unfavourable attitude towards repeated delays and the mediocre quality of some services. Facing a continuously growing demand for transport, the Community might answer them only by building new infrastructures and opening some new commodity markets.

The imperatives represented by the enlargement and sustainable development, as established in the European Council in Goteborg⁴, implies a clear optimization of the transport sector. In order

² According to the data provided by http://www.europa.eu.eu/pol/trans/index_en.htm and <http://www.mt.ro/>

³ Free circulation of goods, free circulation of people, free circulation of services, free circulation of capitals.

⁴ June 2001

to have a modern transport system, an adjustment between this system's coordinates is required, necessarily sustainable, both from the economic and social point of view of the natural environment's protection. The European Council in Goteborg has emphasized the crucial importance of the candidate countries' ability to implement and apply the aquis and it has also added that "candidate countries must make substantial efforts for consolidating and reforming the administrative and judicial structures". Based on the registered progress until that date, The European Council has reaffirmed the role of "the roadmap" as a working frame for successfully completing the extension negotiations. Beginning with the spring of 2003, the Commission includes the candidate countries and their national policies in its annual synthesis report.

The opening of frontiers and the existence of some various means of transportation provides European citizens with a high mobility level, and goods are transported fast and efficiently from producer to consumer. The European Union has supported this by opening the national markets towards competition and by eliminating physical and technical boundaries for free circulation. However, the actual transport structures are not entirely competitive and the stipulated economic growth does not have all the necessary financial support.

The main characteristics of the transport activity⁵, which differentiate it from other types of activities, are:

- Raw materials are not used in the transport process, the object of work in transports does not have shape and structure modifications, man's action not being done over the object of work but over the means of transport;
- No stocks can get formed within the transport process. Transport itself can not be stored; the needs for transport are stored, however. There has to be a reserve of the ability to transport, in order to solve the inconstancies that might appear at a particular moment between the demand and offer for transport;
- The basic delimitations that we can make in transports are between the passenger transport and commodity transport;
- Passenger transports and commodity transports are different: the first ones are characterized by the roundtrip sense of the passengers' flow, generally meaning a balanced activity, while there is not the same equal measure in commodity transports;
- The transport activity is generally continuous in time, which, most of the times, means day and night activity, both during working days and during holidays, only the intensity with which transports are carried out varying.

2. The ways and means of transport

As we have already shown, one first classification of transports can be done according to the object of transport; according to this criterion, there can be:

- Passenger transport
- Merchandise transport

According to the road map, there is:

- Internal transport, made within the limits of a particular territory, administratively delimited
- International transport, made on the territory of various countries.

There are classifications which depend on the number of means that compete to carry out a type of transport, which are:

- Simple transports – made with a single means of transport which provides the "gate to gate" transport
- Combined transports, made with various means of transport.

⁵ Ecaterina Putz, Gabriel Bîzoi, *Sisteme logistice de transport*, Ed. Mirton, Timișoara, 2006, p.5.

The most used classification is the one that depends on the means of transport, a classification that we shall also consider, especially in this study:

- Railway transport
- Road transport
- Sea transport
- Air transport
- Pipeline transport

There are some other classification criteria⁶, but the most important criterion is the one “depending on the way of the means of transport”, taking into consideration the fact that the means of transport together with the related installations and buildings, plus a certain technique to carry out and organize movement, represents what is called a transport system.

Based on this view, the most important transport systems at the moment are:

- **The railway transport system**, having as basic elements: the railway, the engines, the wagons, the stations and the traffic control facilities, as well as the electric installations for the electric traction;
- **The road transport system**, having as main elements: the road vehicles and the road;
- **The transport system of inland navigation**, which has as components: the water path (water channels, rivers, streams etc.), the ships and river ports;
- **The transport system of maritime navigation**, having as elements: the ships and the seaports;
- **The air transport system**, with the main components: the planes and the airports.
- **The pipeline transport system**, having as elements the pipes and the pumping stations.

Each country of the European Union is free to develop its own infrastructure and transport networks. The EU intervenes if a common action is required to defend the four fundamental liberties or if the lack of coordination of the national policies will have as a result discriminations between transport operators of certain member states.

From its beginnings, the Union wanted to enforce a common policy within transports. This responsibility is expressed in the Treaty of Rome from 1957. But it was only materialized in 1985 - a year marked by an intensification of efforts to accomplish the Single Market and by an historical decision of the European Communities' Court of Justice⁷ - because only then the EU member states began to actually take this aspect into consideration. After the passing of the Treaty of Maastricht, in 1992, the EU had real competences to be able to take measures in the transport field.

Beginning with 1992, the European Union enforced the common policy in the transport field, with some success, especially by opening the road transport and air transport to competition.

3.The Union's policy in the transport field

The common policy in transport has been included in the category of common policies, together with the common Agricultural Policy and the common Commercial Policy, again through the Treaty on ECC⁸ (Rome 1957), but it was limited to the railway transport policy.

This common policy aims the creation and development of a single transport market within the EU, which would guarantee the freedom to perform services in this field, on equal terms, between the European transporters.

For quite a long time, the European Communities were not aware of, or did not want to enforce the common policy in transports stipulated in the Treaty on the European Economic

⁶ For this I have also studied Gheorghe, Piperea, *Dreptul transporturilor ed. a-2-a*, (Bucharest, Ed. All Beck, 2005), Gheorghe, Caraiani, *Tratat de Transporturi* vol.I și II, Ed. Lumina Lex, București 2001, Octavian, Căpățână, *Dreptul Transporturilor, Transporturi rutiere interne și internaționale*, (Bucharest, Ed. Lumina Lex, 1997).

⁷ The CJCE decision of May, 22nd, 1995, the European Parliament, the Communities Council

⁸ The Treaty on the European Economic Community (TEEC).

Community⁹. Title VI – Transports, articles 90-100 of the Treaty on the functioning of the European Union¹⁰ established basic rules to be applied to international transport within member states.

Looking back, we notice that, for about 25 years, the Council of ministers has been unable to turn the Commission's proposals into real actions. This relative failure was not only owed to a specific carelessness of the member states regarding the development of some common actions in the transport field, but, at the same time, to a specific indecision of the Treaty as far as the states' obligations is concerned, as well as the lack of some guiding lines of this policy¹¹. The result of this situation is the 1985 Decision¹² of the Court of Justice regarding the lacks in the Council's activity in this field.

By the application lodged at the Court's secretariat on the 24th of January 1983, the European Parliament has filed, according to article 175, paragraph 1 of the ECC Treaty, an appeal regarding the establishment of the following fact: the Council, by refraining from the introduction of a common policy in the transport field and more especially, from establishing, as a compulsory measure, the frame of this policy, it violates the Treaty, especially articles 3, 61, 74, 75 and 84 and therefore the Council has refrained, violating the Treaty, to comment on the 16 proposals that have been made by the Commission concerning transports.

We can state that this decision of the Court is more than an observation of the Council's shortcomings and an obligation of the member states to accept promulgation in the transport field by the Community. It represents the moment that boosted an increasingly obvious concern of everyone involved in finding real and efficient solutions to start some sound projects and the adjustment of regulations in the field.

Doctrine¹³ has underlined the fact that, as far as transports is concerned, there is no question concerning the development of an autonomous branch of European law, derogating from the common law, it is only necessary to consider, within the Treaty, "the special aspects of transports". However, the Treaty's stipulations generally remain so vague that they reflect very well the "frame-treaty" nature of the Treaty of Rome¹⁴. They generally emphasize the guiding lines of the transports' regime as a whole.

The accomplishment of the single market in this field has already been concluded, the accent now being on adopting some measures which would ensure a sustainable mobility by organizing the transport system, so that it can provide the improvement of energy and time consumption, of transport routes and conditions.

The Commission's First White Charter regarding "the future development of the transports' common policy" was published in December 1992 and it basically dealt with the opening of transport's market. This has been mostly accomplished in the years that followed, the results varying from one sector of transport to another. Road trade¹⁵ became a reality. Air traffic has been

⁹ The EEC Treaty signed at Rome in 1957 entered into force in 1958. The European Economic Community became The European Community, beginning with 1993, through the stipulations of the Treaty of Maastricht (art.G, let.A, point 1)

¹⁰ The former title V of the Treaty on the European Economic Community

¹¹ Louis Dubouis, Claude Blumann, *Droit matériel de l'Union Européenne, avec le Traité de Lisbonne*, ed. a 5-a, Ed. Montchrestien, 2009, p. 690.

¹² Hotărârea CJCE, *Parlamentul european contra Consiliului Comunităților Europene*, C-13/83 din 22 mai 1985.

¹³ Luis Dubouis, Claude Blumann, op.cit. p.691.

¹⁴ The Treaty of Lisbon – articles 90-100 of the Treaty on the Functioning of the European Union (from now on the TFEU) keeps almost unchanged the current provisions.

¹⁵ **Costal trade** - is a shipping term used that means maritime transport performed along coasts over a distance of maximum 100 miles out to sea. Legally, it is defined as sailing under the long stroke limits. In terms of customs, the costal trade is defined as the transport of indigenous goods transport from one port to another, belonging to the same state, to a confederation of states or to certain different states, connected by a customs union, using for this

opened to competition in a way that can not be criticized, especially because it is doubled by the employment of a highest quality security system.

One first significant result of the transports' common policy has been the important falling of prices for consumers, combined with an increased quality of services and a multiplication of movement possibilities, which caused major lifestyle and consumption changes of the European citizens.

The second result of this policy has been the development of one of the most modern techniques in the European system of inter-operability, as a result of the effects of research frame-programmes. Programmes from the end of the '80s are showing their results, a cross-European high speed train network is made and the satellite navigation programme Galileo is launched. The technical and infrastructural modernization did not happen at the same time with the modernization of companies' management, especially of the railway ones.

- The Commission's Communication: The Common Policy of Transport – action programme for the 1985-2000 period, with extensions until 2005; on three main fields:

- quality improvement by introducing the integrated systems which exploit the new non-polluting strategies and have a high security level
- the improvement of internal market functioning by favouring competition together with social protection
- the development of external development by increasing the quality in the relation with third states and favouring the access of European transport companies on the external markets.

- In 2007, the Commission released a White Charter on transport, where this sector's objectives have been outlined until 2010. *The programmes objectives "The White Charter – European Policy in transports – horizon 2010: the decision time"* are the following¹⁶:

- 1) Promoting *maritime and river transport*

- re-launching the short-distance maritime and river transport,
- improving port services and the connections with other means of transport within cross-European networks,
- adopting new regulations concerning maritime security, minimal social rules and a European traffic management system and so on.

- 2) Increasing *air traffic* and environmental protection

- adopting regulations for the air traffic at the European level and
- organizing the *European sky*, within which the extension of airport capacities should be strictly coordinated and so on.

- 3) Accomplishing *the cross-European transport network*

- revising strategic orientations,
- concentrating and updating them in order to eliminate railway traffic jam, priority routes and access to peripheral regions,
- a maximal European participation to more expensive and more important cross-border projects;

- 4) Improving *road safety*, (reducing traffic jam, introducing the digital tachograph, speed management)

- 5) Establishing a more efficient *tariff policy* by:

- adjusting taxation on fuels, especially for road transport;
- close tariff principles in using infrastructures;
- extending the usage of less aggressive means of transportation towards the environment;

purpose an international maritime road or with access to such a road. We can also talk about costal trade in the international merchandise road transport. This designates a road transport operator made between two points on the territory of the same country, by a foreign road transport operator. The travel without charge is not considered costal trade.

¹⁶ Marin, Voicu, *Politicile comune ale Uniunii Europene - cadrul Constituțional* -, Ed. Lumina Lex, București, 2005, p.89-90.

- providing equal treatment for operators and the means of transport
 - making tax payment from the vehicle by means of electronic money and other possibilities of electronic payment. The European Commission proposed the adoption of a European legislation to guarantee interoperability of toll systems within the cross-European road network¹⁷.

6) Developing some quality *urban transports*

7) Using research and technology for *clean and competitive transports*

8) The control over transport globalisation

9) Developing the medium and long-term environmental objectives, with the purpose of making a *sustainable transport system*.

The White Charter – the time of decision in the perspective of the year 2010, underlines which are the priority policies for the period had in view, in the transport field:

- *Rebalancing the means of transport* and regulating competition between them.
- Promoting measures that would *provide transport services quality* and the rights of users
- Complex projects and measures regarding *traffic safety* – essential requirement of cross-European system functioning

- Creating the European single sky in air transport and developing the sea's highways, as a real competitive alternative to land transports.

- Increasing shipping's (maritime and river transport) reliability, efficiency and availability, as well as of the ports' services

- Promoting the inter-modal operations and achieving the PACT programme – December 2001 and of the new Marco Polo programme, including measures to improve the European fleet's competitiveness

- The satellite radio-navigation programme Galileo allows the identification of transported merchandise, the ships' exact location, the efficient functioning of emergency, intervention and social protection services.

- The EU policy and the new technological research frame-programme for the 2002-2006 period has facilitated the introduction of measures in transports for:

- integrating the means of transport,

- improving performances,

- changing the European transport system into a system compatible with the sustainable development,

- Euro-Mediterranean cooperation based on the partnership of Barcelona – 1995, with the purpose of making a big area of free trade

- Adjusting the institutional, legislative-normative framework,

- Providing the norms' convergence (social, technical, environmental, traffic safety etc.)

- Improving transport services as compared to the customs, banking and administrative ones,

- Promoting a cross-Mediterranean network of multimodal transport etc.

In December 2000, it has been decided that in 2008 the market's complete opening of rail tariffs takes place. The Treaty of Maastricht has introduced the concept of "cross-European network", which allowed the development of transport infrastructure at the European level and which benefits from European financial support.

The lack of a harmonious development of common policy in transport field explains why nowadays the European transport system is facing some major difficulties¹⁸.

¹⁷ Doina, Banciu, Mihail, Alexandrescu, Rodica, Hrin, Adrian, Eșanu, George, Mihai, Lucian, Anghel, *Sisteme inteligente de Transport, ghid pentru utilizatori și dezvoltatori*, Ed. Tehnică, București, 2003, cap. Politica Uniunii Europene privind ITS (Sisteme Inteligente de Transport), p.71-74.

¹⁸ Gheorghe, Caraiani - coordonator, Ambrozie, Duma, Gh. Alexa, Grijac, Andrei Horia, Georgescu, Alexandru, Ionescu, Adrian, Georăp, Eugen, Olteanu, Adina, Puișor, *Aquis-ul comunitar și politica sectoiaă domeniul transporturilor în Uniunea Europeană – studiu*, Ed. Pinguin Book, București, 2006, p.11.

- The unequal development of different means of transport. The road transport is 44% of the merchandise transport, as against 41% for the short-distance shipping, 8% for the railways and 4% for inland waterways. The domination of roadways is even more obvious for passengers transport, the road transport being 79% of the market, while the air sector is about to exceed by 5% the railway transport, which is capped at 6%.

- Congestions on certain road and railway lines, inside towns or in airports;

- The damages brought to the environment or peoples' health, without forgetting the alarming situation of insecurity on the roads.

At the revision of transport policy of June 2006, the European Commission stated that short-term attention should focus on turning the railways into a competitive transport system, on the introduction of a policy for ports, on developing intelligent transport systems, on introducing taxes for infrastructure usage, on manufacturing non-pollutant fuels and finding ways to decongest urban traffic.

The general objective of the European transport policy is to establish a balance between economic development, on one hand, and the society's quality and safety requirements, on the other hand, in order to develop a modern, sustainable transport system for 2010. The European Commission proposed almost 60 measures for the development of a transport system capable of changing the percentage of the means of transport, to revitalize the railway transport, to promote the maritime and river transport and to control the increase of air transport.

Road transport: Improving quality, applying more efficiently the existing regulations through a more severe control and punishment.

Railway transport: Revitalizing the railways by creating an integrated, efficient, competitive and secure railway area and establishing a network for merchandise transport services.

Air transport: The control of increasing the air transport, maintaining the safety and environmental protection standards.

Maritime and river transport: Developing infrastructure, simplifying the regulatory and integrating the social legislation in order to be able to create real "maritime highways".

Multimodal transport: The community has encouraged, in a very active way, the multimodal transport which combines railways and roads for merchandise transport. This system allows reducing road traffic and protecting the environment¹⁹, changing the percentage of the means of transport through a pro-active promotion policy of inter-modal transport and of railway, maritime and river transport. In this respect, one of the major initiatives is the "Marco Polo" programme, which replaces the programme Pilot Actions for Combined Transport.

3.1 Cross-European networks and the elimination of interlocks:

Building the infrastructure objectives proposed within the cross-European network programme, identified in 1996 in a set of guiding lines, as well as of the priority projects selected in 1994 by the European Council.

Users: Positioning users into the core of transport policy, respectively reducing the number of accidents, improving punishment and developing some technologies safer and cleaner.

Transport liberalization must also take into consideration a number of constraints:

Social constraints: for example, the freedom to provide services leads to the failure of observing the most exigent national rules. Thus, the liberalization to provide services is followed by an adjustment of social conditions and rules to exercise the activity on the basis of the acquired qualification.

Economic constraints: for example, the situation in which infrastructure investments should also be exploited by the transporters which do not take part to their financing. This mainly refers to land transport. Therefore, the organization of railway transport that maintains a high fragmentation

¹⁹ A se vedea Directiva nr.92/106 din 7 decembrie 1992, precum și Rezoluția Consiliului din 14 februarie 2000, JOCE C56, 29 februarie 2000.

of transports should be avoided.

Constraints related to the security of connections: for example, the introduction of new competition factors endangers certain areas destined to transport, more exactly, it endangers the continuity of transport connections between peripheral island areas and central continental areas.

In November 2007, a corporation led by the National Technical University of Athens (E3MLab)²⁰, supported by some more specialized models, has created a basic scenario for the EU, as well as for each of the 27 states – member through a programme which stimulates the current tendencies and the applied policies, as they have been applied in the member states until the end of 2006.

This stimulation model offers an updating of the previous tendencies. “Tendencies in 2030” was published in 2003 for the first time and has been updated in 2005. The new scenario, updated in 2007 takes into consideration the high request for energy and the medium price of import from the last years, which has supported the economic growth and also considers some policies and measures adopted in the member states. This study was conducted so that, by taking into consideration both the objectives established by the Union for balancing the percentage that the different means of transport have, and the real possibilities of the member states to achieve these objectives, an evaluation of the situation of transport policy within the Union until 2030 can be performed.

4. Types of competencies and their distribution between the EU and the member states

The European treaties most openly stipulate themselves the type of competence within a certain field. On the other hand however, “the member states are the masters of the Treaties on the European Communities”²¹.

Member states have not lost, through the establishment of the European Communities, the competence to decide the modification, completion or the termination of these Treaties according to the rules of public international Law. The question, of course, arises, due to the ampleness that these treaties have, as well as due to the circumstances that have determined the European states to make common efforts for the accomplishment of those organizations, whether and to what extent the member states would want to change or give them up.

The collaboration relation between the states and Communities is emphasized, on one hand, by art.7 of the Treaty on the European Community²² which shows how the Council works, which represents the interests of the member states within this organization. On the other hand, the member states have the loyalty obligation²³ and the obligation to fulfil in good faith the obligations from the treaties. The new stipulations of art.4, paragraph 3 of the TEU²⁴ concern a positive responsibility of the member states towards the Union to obey and make everything according to the European legislation and to support this legislation. We can, therefore, state that the loyalty principle has to be equally respected by the member states and by the Communities.

The European construction has developed over time various aspects of the European institutions, of the relations between institutions and the member states, has led, along with the Treaty of Maastricht to the creation of a new entity. According to the Treaty, the EU is formed of

²⁰ http://ec.europa.eu/transport/white_paper/mid_term_revision/asses. Programul "UE Energie și Transport tendințe în 2030" din cadrul Direcției Generale pentru Energie și Transport.

²¹ Everling, U., *Zur Stellung der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“*, volulmul omagial Bernhardt, Ed.Springer, Berlin, 1995, p. 1161, citat de Gornig, Gilbert, și Rusu, Ioana Eleonora, în *Dreptul Uniunii Europene*, ediția 2, Ed. C.H.Beck, București, 2007, p.41.

²² The former art.7 of the Treaty on the European Union

²³ CJCE in the reference of art.10 talks about „the obligation of solidarity” C-11/69, *Comisia c. France*, „the principle of loyal cooperation” C-14/88 *Italy c. Comission*.

²⁴ Article 10 the Treaty on the European Community has been repealed. The provisions regarding the principle of loyal cooperation can be found in art.4, paragraph 3 of the Treaty on the European Union as it has been amended through the Treaty of Lisbon.

three “pillars”. The European Communities, the External Policy and Common Security (EPCS) and the police cooperation in criminal matters²⁵.

According to the principle of attributing competencies, stipulated in the current art.5 of the TEU²⁶, the Union may act only in the fields where competences have been specifically assigned through the Treaty. The principle of subsidiarity mentioned by paragraph 3 of this article subscribes to the fields that are not of the Community’s exclusive competence, this one being able to intervene “only if and to the extent to which the objectives of the actions foreseen can not be accomplished in a satisfactory way by the member states ...”.

The Treaty on the Functioning of the European Union, in the first Part (Principles), Title I – Categories and competence fields of the Union very clearly regulate these aspects. Article 2, first paragraph, explains the meaning given by the treaty to the notion of “exclusive competence”²⁷, and the second paragraph explains under what circumstances we can talk about a “divided competence”²⁸.

We therefore have **exclusive competences** of the Union, fields where member states no longer have the right to intervene through regulations at the national level, the decision being taken only at the level of the EU. The areas covered by this type of competence are: customs union, the establishing of the competition rules necessary for the functioning of the internal market, monetary policy for the Member States whose currency is the euro, the conservation of marine biological resources under the common fisheries policy, common commercial policy.

These fields are of maximum importance to the Union and they require a unitary regulation, at the supranational level, where there is the possibility to use coordination and control mechanisms superior to those that are at the disposal of member states in particular.

Article 3 of the Treaty on the European Union expressly enumerates the areas where the Union’s competence is exclusive in the first paragraph. The second paragraph makes a statement on the Union’s exclusive competence to conclude international agreements if, “this agreement is stipulated by a legislative act of the Union or the Union is required to allow the Union to exercise the internal competence or if it brings prejudice to the common rules or if it might change their field of application”.

The Union’s **divided competences** can be encountered in areas where decisions are taken and/or at the European, supranational and/or national, internal level²⁹. Article 4 of the TFEU shows in paragraph 1: „The Union’s competence is divided with the member states if treaties give them a competence which does not refer to articles 3 and 6”. The areas where the divided competence between the Union and the member states basically applies are, according to art.4, paragraph 2: the internal market, the social policy, for the aspects described in this treaty, the economic, social and territorial cohesion, the agriculture and fishing, except the sea’s biological resources conservation, the environment, the consumer’s protection, transports, the cross-European networks, energy, the freedom, security and justice space, the common security objectives in matters of public health, for the aspects described in this treaty.

²⁵ Augustin, Fuerea, *Manualul Uniunii Europene*, ed. A III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul juridic, București, 2006, p.271.

²⁶ The former art.5, paragraph 1 from the EU Treaty.

²⁷ Art.2 (1) „If the treaties give the Union **exclusive competence** in a determined field, only the Union may legislate and adopt legally binding acts, the member states being able to do this only if they are entitled by the Union or to put into practice the Union’s acts”.

²⁸ Art.2 (2) „If the treaties give the Union a **divided competence** with the member states in a determined field, the Union and the member states may legislate and adopt legally binding acts in this field. The member states exercise their competence to the extent in which the Union has not practiced its competence. Member states exercise again the competence to the extent in which the Union has decided to stop to exercise it”.

²⁹ Roxana Maria, Popescu, Mihaela Augustina, Dumitrașcu, coordonator Augustin, Fuerea, *Drept comunitar european, caiet de seminar*, ediția a IV-a revăzută, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p.93.

In the same article, a series of other fields where the Union is competent to develop activities “without having as an effect the prevention of member states to express their own competence” are also mentioned. These actions, undertaken in areas such as: protection and human health care, industry, culture, tourism, education, professional training, youth and sports, civil protection, administrative cooperation, attract the support of the Union by “their European purposes”

The Treaty of Lisbon introduces article 13³⁰ in the TFEU which mainly refers to the implementation of the Union’s policy in agriculture, fishing, transports, internal markets, research and technological development and space.

The “issue” of the relation between the Union’s law and the national law has been settled by establishing some principles which govern the implementation of the European law. The immediate, direct and priority implementation of the European Union’s law into the internal law of the member states represents the fundamental principle of the Union’s judicial order³¹.

The European Union law is applied immediately, because, from the moment it is enforced, it becomes part of the internal law of the member states, any special introduction formula to introduce it within the national legal order being unnecessary.

The EU legal documents are applied immediately, no legislative measures adopted at a national level are required in order to enforce them and most of them even have direct effect.

Priority applicability of European law means that, in case of conflict between European norm and an internal one the European norm will have priority, regardless of the legal force and the moment the internal norm has been adopted.

With regard to the European policy in transports, it enters the field of divided competence of the union and it is regulated in Title VI art.90-100 of the Treaty on the European Union.

This field has been regulated, like agriculture, since the original draft of the Treaty on the European Economic Community, until that date transports having been regulated by each individual state differently. Since this field has always been considered a key factor in the accomplishment of some common interests of the states, it entered the area of EU’s exclusive competences.

The stipulations of art.90-100 of the TFEU apply to the railway, road and inland river transport networks. The European Parliament and Council, acting unanimously with the ordinary legislative procedure, can establish the appropriate provisions regarding maritime and air transports³².

The main objective of this policy is to achieve a long-term mobility, by considering the interests of all parties involved, of the entrepreneurs in this field as well as of the environmental protection requirements.

Competition at the level of national participants in traffic and of those belonging to tertiary states must benefit from the states’ contribution, these ones being forbidden to change conditions regarding competition to the disadvantage of any of the participants³³.

The ways to achieve a common policy in road transport at the level of the demands of a sustainable development mostly depend on finding some viable solutions for certain problems, such as:

- Sufficient funding of the infrastructures necessary for the elimination of congestion junctions and for making the connections between the Union’s peripheral and central regions.

³⁰ At the elaboration and implementation of the Union’s policy in the mentioned fields „the Union and the member states take into account all requirements of the animal welfare as sensitive beings and they respect the legally binding acts and the administrative norms, as well as the member states’ customs regarding religious rites, cultural traditions and religious patrimonies”.

³¹ Stelian, Scăunaș, *Uniunea Europeană. Construcție. Instituții. Drept*, Ed. All Beck, București, 2005, p.152

³² Art.100, paragraph 2 TFEU.

³³ Art.92, 95 și 96 TFEU.

- Political determination to adopt the measures suggested in the White Charter. The European Union will not be able to avoid the traffic jam situations unless it monitors the competition conditions, especially in railway merchandise transport;
- The new organization of urban transport, taking into consideration the modernization of public service and the rationalization of individual car use. This will contribute significantly to reducing CO₂ emissions, respecting the obligations assumed by the EU within the international commitments.
- Meeting users' needs that, due to the increasingly higher travel cost, have the right to ask for a quality service and respect the rights they are entitled, regardless of who the service provider is, a public service or a private company.
- The measures that need to be taken are ambitious but it becomes very clear the fact that, within this process of adopting the decisions which most often imply the co decision of the European Parliament and Council, following step by step the aims stipulated in the "White Charter – European policy in transports – horizon 2010: decision time" will finally lead to the objectives' achievement.

Conclusions

In the transport policy review of June, 2006, the European Commission considered that short-term attention should focus on changing the railways into a competitive transport system, on the introduction of ports' policy, on the development of intelligent transport systems, on the introduction of fees for infrastructure, on the manufacturing of non-pollutant fuels and on finding ways to clear the urban traffic.

Transport industry represents over 6% of the European Union's (EU) national gross product (NGP), over 6% of the labour force, 40% of the Member States' investments and 30% of the EU's energy consumption. This sector has met a constant increase during the last decades, of 2,3% per year for the transport of goods and 3,1% for passengers transport. At the same time, the pressure from the transport sector on the environment and society has increased.

The correlation between road traffic increase and health risks is impossible to be changed. However, the problem can not be solved through a single political measure, but an integrated approach is required to reduce the negative effects both of the emissions, and of the noise. The municipalities, for example, might adopt management transport strategies to promote alternatives for car usage – reducing the number of cars in traffic and thus using the town means of transport, riding the bicycle or going on foot will dramatically reduce pollution and noise levels.

Based on the principle "the one who pollutes pays", all transport users (transport companies, drivers, passengers) should be financially responsible for the travels' costs, including the damages caused by their actions on the natural and built environment, on the society and the economy.

Charges for infrastructure, environmental charges or traffic congestion charges would determine the decrease of traffic and thus the impact of transports on health and the environment; investment funds would be therefore available for this purpose. Studies show that the transport policies that start from the premises of the lowest impact on the environment, not only will they improve the quality of life and the population's health, but they will lead to an increased employment rate. Simple strategies can help reduce the damages caused by transport to human health: even the rigorous implementation of speed limits and provisions concerning parking may lead to emission reduction, increasing safety and public transport usage in many towns.

Until 2030, the road transport activity is supposed to have 79,7% of the total activity, as compared to 84.0% in 2005. The road merchandise transport seems to offer an important flexibility level which compensates the most part of road transport's costs, as compared to the railway transport.

The percentage of the merchandize railway transport is estimated to increase only in long-term, as a result of the infrastructure's improvement. The prognosis of an increase of the

merchandise railway transport percentage is based on the existing congestions and blockings in road traffic. Moreover, an increase of costs and of the driving conditions' proliferation regarding heavy vehicles on roads is also expected. This change in percentage of the means of merchandise transport is facilitated by the infrastructure's adequate development to allow intermodal transport and increase of productivity.

For the river navigation, a slight decrease is foreseen until 2030 (+0,4% per year), based on a continuation of the tendency that this means of transportation basically relies on the transport of low value.

Until 2030, the market share owned by the passengers air transport is assumed to reach 12,2% until 2030, from 8,1% in 2005.

The prognosis made in the field of transports' common policy at the level of the European Union, divided on the means of transport, we consider useful to be corroborated to the study regarding the evaluation of the implications of the results obtained after achieving the targeted aims within this policy, on each individual means of transport. It is interesting to see which the impact is in time of these prognoses, according to the level of their accomplishment, their correction or re-evaluation, if possible.

References:

- Banciu, Doina, Alexandrescu, Mihail, Hrin, Rodica, Eșanu, Adrian, Mihai, George, Anghel, Lucian, *Sisteme inteligente de Transport, ghid pentru utilizatori și dezvoltatori*, (Bucharest, Ed. Tehnică, , 2003), cap. Politica Uniunii Europene privind ITS (Sisteme Inteligente de Transport).
- Caraiani, Gheorghe, *Tratat de Transporturi vol.I și II*, (Bucharest, Ed. Lumina Lex, 2001)
- Caraiani, Gheorghe - coordonator, Duma Ambrozie, Grijac Gh. Alexa, Georgescu Andrei Horia, Ionescu Alexandru, Georâp Adrian, Olteanu Eugen, Puișor Adina, *Aquis-ul comunitar și politica sectorială, domeniul transporturilor în Uniunea Europeană – studiu*, (Bucharest, Ed. Penguin Book, 2006)
- Căpățână, Octavian, *Dreptul Transporturilor, Transporturi rutiere interne și internaționale*, (Bucharest, Ed. Lumina Lex, 1997)
- Dubouis, Louis, Blumann, Claude, *Droit matériel de l'Union Européenne, avec le Traité de Lisbonne*, ed. a 5-a, Ed. Montchrestien, 2009.
- Fuerea, Augustin, *Manualul Uniunii Europene, ed. A III-a revăzută și adăugită*, (Bucharest, Ed. Universul juridic, 2006).
- Gornig, Gilbert și Rusu, Ioana Eleonora, *Dreptul Uniunii Europene, ediția 2*, (Bucharest, Ed. C.H.Beck, 2007).
- Piperea, Gheorghe, *Dreptul transporturilor ed. A 2-a*, (Bucharest, Ed. All Beck, 2005)
- Popescu, Roxana Maria, Dumitrașcu, Mihaela Augustina, coordonator Fuerea Augustin, *Drept comunitar european, caiet de seminar*, ediția a IV-a revăzută, Ed. Universul Juridic, București, 2009.
- Putz, Ecaterina, Bîzoi, Gabriel, *Sisteme logistice de transport*, (Timișoara, Ed. Mirton, 2006).
- Scăunaș, Stelian, *Uniunea Europeană. Construcție. Instituții. Drept*, (Bucharest, Ed. All Beck, 2005).
- Tudor, Georgiana, Călin, Dragoș, *Jurisprudența CJCE vol I și II*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, pentru celelalte hotărâri ale Curții de Justiție a Uniunii Europene menționate pe parcursul lucrării.
- Voicu, Marin, *Politicile comune ale Uniunii Europene - cadrul Constituțional*, (Bucharest, Ed. Lumina Lex, 2005).

- Hotărârea CJCE, *Parlamentul european contra Consiliului Comunităților Europene*, C-13/83 din 22 mai 1985.
- Hotărârea CJCE din 22 mai 1995, *Parlamentul european c. Consiliul Comunităților Europene*, C-13/83 (61983J0013)
- Tratatul instituind Comunitatea Economică Europeană semnat la Roma în anul 1957 intrat în vigoare în 1958.
- Versiunea consolidată a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene (2008/C 115/01).
- Directiva nr.92/106 din 7 decembrie 1992.
- Rezoluția Consiliului din 14 februarie 2000, JOCE C56, 29 februarie 2000.
- www.europa.eu/pol/trans
- http://ec.europa.eu/transport/white_paper/
- <http://www.mt.ro/>.

ASPECTE PRIVIND POLITICA COMUNĂ A TRANSPORTURILOR ÎN TRATATUL DE LA LISABONA

LIVIA VISEA*

Abstract

Dezvoltarea și evoluția raporturilor dintre statele membre ale Uniunii Europene, precum și a celor dintre Uniunea Europeană și statele terțe, au condus la necesitatea unei mai bune coordonări la nivelul politicilor comunitare. Modalitatea în care sunt definite și structurate politicile comunitare la nivelul instituțiilor, în a căror responsabilitate se află acestea, se reflectă în reacția pe care o declanșează la nivelul statelor membre. O politică comună insuficient de bine definită va duce la acțiuni neperformante și chiar la blocaje ale încercărilor de transpunere în concret a acestora.

Cu toate diferențele existente între condițiile geografice, economice, sociale și culturale ale statelor membre ale Uniunii Europene, realitatea existenței unui scop comun pentru aceste state, a condus la dezvoltarea unei piețe unice, având la bază cele patru libertăți, la înlăturarea controlului de la frontiere a persoanelor și a mărfurilor provenind sau având ca destinație un stat membru al UE.

Statele membre sunt pregătite să își ia angajamente și să contribuie efectiv la realizarea concretă a dezideratelor ce stau la baza Uniunii. După mai multe runde de negocieri, discuții și tratative la cel mai înalt nivel, la 13 decembrie 2007 a fost semnat, Tratatul de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene, Tratat care a intrat în vigoare la data de 1 decembrie 2009. Conform acestui tratat, „Tratatul privind Uniunea Europeană” își va păstra denumirea iar „Tratatul instituind Comunitate Europeană” va purta denumirea „Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene”.

Schimbările pe care le aduce acest Tratat sunt numeroase și de esență atât la nivel instituțional cât și la nivelul politicilor comune ale Uniunii. Demersul nostru are drept scop o privire focalizată asupra prevederilor Tratatului de la Lisabona referitoare la Politica comună în domeniul transportului, în special cea a transportului rutier.

Key words: *Uniunea Europeană, politica comună, transporturi, moduri de transport, Tratatul de la Lisabona,*

Introducere

Dezvoltarea și evoluția raporturilor dintre statele membre ale Uniunii Europene, precum și a celor dintre UE și statele terțe, au condus la necesitatea unei mai bune coordonări la nivelul politicilor Uniunii. Modalitatea în care sunt definite și structurate aceste politici la nivelul instituțiilor în a căror responsabilitate se află, se reflectă în reacția pe care o declanșează la nivelul statelor membre. O politică comună insuficient de bine definită va duce la acțiuni neperformante și chiar la blocaje ale încercărilor de transpunere în concret a acestora.

Rapiditatea cu care a evoluat dezvoltarea Uniunii Europene, extinderea acesteia¹, trebuie să implice o tot mai bună și mai eficientă coordonare și conlucrare între statele membre. Se are în vedere, deopotrivă, găsirea de soluții eficiente, care să nu se îndepărteze de „idealul” care a stat la baza Uniunii Europene „Unitate în diversitate”, dar care, în același timp, să răspundă necesităților concrete ale unei Uniuni cu 27 de membri și posibilități de extindere.

Uniunea Europeană a contribuit prin deschiderea piețelor naționale către competiție și prin înlăturarea barierelor fizice și tehnice în calea liberei circulații la dezvoltarea transporturilor, însă, tiparele de transport actuale și ratele de creștere nu sunt sustenabile.

* Doctorand al Universității „Nicolae Titulescu” București (liviavisea@yahoo.es, lector Universitatea Româno-Germană Sibiu, (livia.visea@roger-univ.ro))

¹ 1951 – 6 state, 1973 – 9 state, 1981 – 10 state, 1986 – 12 state, 1995 – 15 state, 2004 – 25 state, 2007 – 27 state.

Posibilitatea de a transporta oameni și bunuri rapid, eficient și ieftin este o temă centrală a obiectivului Uniunii Europene de realizarea a unei economii dinamice și a unei societăți coezive. Sectorul de transport generează 10% din bogăția Uniunii, măsurată prin intermediul produsului intern brut, reprezentând aproximativ 1000 de miliarde euro pe an. De asemenea, oferă aproximativ 10 milioane locuri de muncă². Înlăturarea barierelor în comerțul și transportul trans-frontalier a crescut volumul transportului de bunuri și persoane pe distanțe lungi. Acest fenomen a devenit și mai reprezentativ odată cu extinderile din 2004 și 2007 prin creșterea semnificativă a transportului, în special cel rutier de marfă, între noile statele membre și restul Uniunii.

Politica comună în domeniul transporturilor, datorită implicațiilor pe care le are atât asupra UE, din punctul de vedere al relațiilor economice, sociale și politice, cât și asupra fiecărui stat membru în parte, datorită măsurilor de politică internă pe care statele sunt nevoite să le ia, este un domeniu deosebit de complex. Măsurile luate la nivelul Uniunii în ceea ce privește infrastructura, poluarea, eficientizarea unor moduri de transport și reducerea costurilor trebuie să corelate în permanență cu găsirea celor mai optime soluții în domeniu, pe plan intern, pentru fiecare stat membru.

Lucrarea este astfel concepută încât face referiri la literatura română și străină existente în domeniu, la doctrină și la jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, dar, în egală măsură, abordează și aspectele noi pe care Tratatul de la Lisabona le aduce referitor la politica comună a transporturilor.

1. Transporturile în Uniunea Europeană

Cu toate diferențele existente între condițiile geografice, economice, sociale și culturale ale statelor membre ale Uniunii Europene, realitatea existenței unui scop comun pentru aceste state, a condus la dezvoltarea unei piețe unice, care are la bază cele patru libertăți³, la înlăturarea controlului de la frontiere a persoanelor și a mărfurilor provenind sau având ca destinație un stat membru al UE.

Statele membre sunt pregătite să își ia angajamente și să contribuie efectiv la realizarea concretă a dezideratelor ce stau la baza Uniunii. După eșecul Tratatului instituind o Constituție pentru Europa din 2004, s-a recurs la o perioadă de reflecție în care au fost analizate posibilitățile de soluționare a situației. Toate părțile implicate au depus eforturi considerabile pentru găsirea unei soluții eficiente care să fie agreată de către toți cei implicați.

După mai multe runde de negocieri, discuții și tratative la cel mai înalt nivel, la 13 decembrie 2007 a fost semnat, Tratatul de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene. Conform acestui tratat, „Tratatul privind Uniunea Europeană” își va păstra denumirea iar „Tratatul instituind Comunitatea Europeană” va purta denumirea „Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene”. În timp ce o parte din modificările aduse de tratatul de la Lisabona, tratatelor existente ale UE țin de însăși esența acesteia (UE are personalitate juridică, numărul instituțiilor a crescut la 7, UE are un președinte și un înalt reprezentant pentru politică externă și de securitate), o altă parte a tratatelor nu a fost modificată *expressis verbis*, ci doar se constată o modificare a „atitudinii” față de anumite sectoare, menționată în textul Tratatului sau în protocoalele anexate Tratatului.

Element esențial în funcționarea unor economii moderne, transporturile se confruntă cu o contradicție permanentă între o societate aflată mereu în căutarea unei mobilități crescute și o opinie publică cu o atitudine clar defavorabilă față de întârzierile repetate și calitatea mediocră a prestațiilor oferite în anumite servicii. Confruntându-se cu o cerere de transport în continuă creștere, Comunitatea poate să răspundă acestora doar prin construirea de noi infrastructuri și deschiderea unor noi piețe de desfacere.

² După datele furnizate de http://www.europa.eu/pol/trans/index_en.htm și <http://www.mt.ro/>

³ Libera circulație a mărfurilor, libera circulație a persoanelor, libera circulație a serviciilor, libera circulație a capitalurilor.

Imperativele reprezentate de lărgirea și dezvoltarea durabilă, așa cum au fost stabilite în Consiliul european de la Göteborg⁴, impune o optimizare clară a sectorului transporturilor. Pentru existența unui sistem de transport modern trebuie să existe o armonizare între coordonatele acestui sistem, în mod necesar durabil, atât din punct de vedere economic cât și din punct de vedere social și al protecției mediului natural. Consiliul European de la Göteborg a subliniat importanța crucială a capacității țărilor candidate de a implementa și aplica acquis-ul și a adăugat că „țările candidate trebuie să depună eforturi substanțiale pentru consolidarea și reformarea structurilor lor administrative și juridice”. Pe baza progresului înregistrat până la acea dată, Consiliul European a reafirmat rolul „foii de parcurs” ca un cadru de lucru pentru finalizarea cu succes a negocierilor de extindere. Începând cu primăvara anului 2003, Comisia include țările candidate și politicile lor naționale în raportul său anual de sinteză.

Deschiderea frontierelor și existența unor modalități de transport diverse asigură cetățenilor europeni un nivel înalt de mobilitate, iar bunurile sunt transportate rapid și eficient de la producător la consumator. Uniunea Europeană a sprijinit acest lucru prin deschiderea piețelor naționale către competiție și prin înlăturarea barierelor fizice și tehnice în calea liberei circulații. Însă, structurile actuale de transport nu sunt pe deplin competitive iar creșterea economică prevăzută nu are întreaga susținere financiară necesară.

Principalele caracteristici ale activității de transport⁵, care o deosebesc de alte domenii de activitate sunt:

- în procesul de transport nu se utilizează materii prime, obiectul muncii în transporturi nu suferă modificări de formă și structură, acțiunea omului nefiind exercitată asupra obiectului muncii ci asupra mijloacelor de transport;

- în procesul de transport nu se pot forma stocuri. Transportul în sine nu se poate stoca, se stochează însă nevoile de transport. Trebuie să existe o rezervă a capacității de transport pentru a rezolva neconcordanțele care pot să apară la un moment dat între cererea și oferta de transport;

- delimitările principale pe care le putem face în transporturi sunt între transport de călători și transport de mărfuri;

- transporturile de călători și transporturile de mărfuri se deosebesc între ele: primele sunt caracterizate prin sensul dus-întors al curenților de călători, reprezentând o activitate în general echilibrată, în timp ce în transporturile de mărfuri nu există în aceeași măsură o egalitate;

- activitatea de transport este, în general, continuă în timp, care de cele mai multe ori înseamnă activitate zi și noapte, atât în zilele de lucru cât și în cele de sărbători, variind doar intensitatea cu care se desfășoară transporturile.

2. Căile și modurile de transport

Așa cum am arătat deja, o primă clasificare a transporturilor se poate face după obiectul transportului, după acest criteriu există:

- transport de persoane
- transport de bunuri

În funcție de itinerariul parcurs avem:

- transport intern, efectuat în limitele unui anumit teritoriu, delimitat din punct de vedere administrativ

- transport internațional, efectuat pe teritoriul mai multor țări.

Există clasificări în funcție de numărul mijloacelor care concură la efectuarea unui transport, având:

- transporturi simple – efectuate cu un singur tip de mijloc de transport care asigură transportul „din poartă în poartă”

⁴ iunie 2001

⁵ Ecaterina Putz, Gabriel Bîzoi, *Sisteme logistice de transport*, (Timișoara, Ed. Mirton, 2006), 5

- transporturi combinate, efectuate cu mai multe mijloace de transport.

Cea mai des folosită clasificare este cea în funcție de mijlocul de transport, clasificare pe care o vom avea și noi în vedere, cu precădere, în acest studiu:

- transport feroviar
- transport rutier
- transport naval
- transport aerian
- transport prin conducte

Mai există și alte criterii de clasificare⁶, dar cel mai important criteriu este cel „după felul mijloacelor de transport”, având în considerare faptul că mijlocul de transport împreună cu instalațiile și construcțiile aferente, la care se adaugă și o anumită tehnică de efectuare și organizare a deplasării, constituie ceea ce se numește sistem de transport.

Raportat la această concepție, sistemele de transport mai importante la momentul actual sunt:

- **sistemul de transport feroviar**, având drept componente principale: calea ferată, locomotivele, vagoanele, stațiile și instalațiile de dirijare a traficului, precum și instalațiile de electrificare în cazul tracțiunii electrice;
- **sistemul de transport rutier** având drept componente principale: vehiculele rutiere și drumul;
- **sistemul de transport de navigație fluvială**, care are drept componente: calea de apă (șenal navigabil, râuri, fluvii etc), nave și porturi fluviale;
- **sistemul de transport de navigație maritimă**, având drept componente: navele și porturile maritime;
- **sistemul de transport aerian**, cu elemente principale aeronavele și aeroporturile;
- **sistemul de transport prin conducte**, având ca elemente componente conductele și stațiile de pompare.

Fiecare țară a Uniunii Europene este liberă să-și dezvolte propria infrastructură și rețele de transport. UE intervine în cazul în care o acțiune comună este necesară pentru a apăra cele patru libertăți fundamentale sau în cazul în care lipsa de coordonare a politicilor naționale poate avea ca rezultat discriminări între operatorii de transport ai anumitor state membre.

De la începuturile sale, Uniunea a dorit să pună în aplicare o politică comună în domeniul transporturilor. Această responsabilitate este consacrată în Tratatul de la Roma din 1957. Dar ea s-a concretizat doar în anul 1985 – an marcat printr-o intensificare a eforturilor de realizare a Pieței Unice și de o decizie istorică a Curții de Justiție a Comunităților Europene⁷ - deoarece statele membre ale UE abia atunci au început să țină cont efectiv de acest aspect. După adoptarea Tratatului de la Maastricht, în 1992, UE a dispus de reale competențe pentru a putea lua măsuri în domeniul transporturilor.

Începând cu anul 1992, Uniunea Europeană a pus în aplicare politica sa comună în domeniul transporturilor, cu un oarecare succes, mai ales prin deschiderea transportului rutier și a transportului aerian concurenței.

3. Politica Uniunii în domeniul transportului

Politica comună în domeniul transporturilor a fost inclusă în categoria politicilor comune alături de Politica Agricolă comună și Politica Comercială comună, tot prin Tratatul instituind CEE⁸ (Roma 1957), dar se limita la politica transportului pe căile ferate.

⁶ În acest sens am mai studiat Gheorghe, Piperea, *Dreptul transporturilor* ed. A 2-a, Ed. All Beck, 2005, Gheorghe, Caraiani, *Tratat de Transporturi* vol.I și II, (București, Ed. Lumina Lex, 2001), Octavian, Căpățână, *Dreptul Transporturilor, Transporturi rutiere interne și internaționale*, (București, Ed. Lumina Lex, 1997).

⁷ hotărârea CJCE din 22 mai 1995, *Parlamentul european c. Consiliul Comunităților Europene*, C- 13/83 (61983J0013)

⁸ Tratatul instituind Comunitatea Economică Europeană (TCEE).

Această politică comună urmărește crearea și dezvoltarea în cadrul UE a unei piețe unice a transportului, care să garanteze libertatea de a presta servicii în acest domeniu în condiții de egalitate între transportatorii europeni.

Pentru destul de mult timp Comunitățile Europene nu au știut, sau nu au dorit aplicarea politicii comune în domeniul transporturilor prevăzută în Tratatul instituind Comunitatea Economică Europeană⁹. Titlul VI – Transporturile, articolele 90-100 din Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene¹⁰ stabilește regulile de bază aplicabile transportului internațional în cadrul statelor membre.

Privind în urmă, remarcăm că, timp de aproape 25 de ani Consiliul de miniștrii nu a fost capabil să transforme în acțiuni concrete propunerile Comisiei. Acest relativ insucces nu s-a datorat numai unui anumit dezinteres al statelor membre cu privire la dezvoltarea unor acțiuni comune în domeniul transporturilor, ci, în egală măsură, unei anumite indecizii a Tratatului în ceea ce privește obligațiile statelor, precum și absenței unor linii directoare ale acestei politici¹¹. Rezultat al acestei situații o reprezintă Hotărârea¹² Curții de Justiție în anul 1985 cu privire la lipsurile din activitatea Consiliului în acest domeniu.

Prin cererea depusă la Secretariatul Curții la 24 ianuarie 1983, Parlamentul European a introdus, în conformitate cu articolul 175, alineatul 1 din Tratatul CEE, un recurs vizând constatarea următorului fapt: Consiliul, prin abținerea sa pentru introducerea unei politici comune în domeniul transportului și, în special, de a fixa într-o manieră obligatorie, cadrul acestei politici, încalcă Tratatul, în special articolele 3, 61, 74, 75 și 84, și prin urmare, Consiliul s-a abținut, încalcând Tratatul, să se pronunțe asupra a 16 propuneri care i-au fost făcute de către Comisie, în domeniul transporturilor.

Putem spune că această decizie a Curții reprezintă mai mult decât o constatare a lipsurilor Consiliului și o obligare a statelor membre de a accepta legiferarea în domeniul transporturilor de către Comunitate. Ea reprezintă momentul care a impulsionat o tot mai pregnantă preocupare a tuturor celor implicați în găsirea de soluții reale și eficiente pentru demararea unor proiecte fiabile și armonizarea reglementărilor în domeniu.

Doctrina¹³ a subliniat faptul că, în ceea ce privește transporturile, nu se pune problema dezvoltării unei ramuri autonome a dreptului comunitar, derogând de la dreptul comun, este doar necesar să fie luate în considerare, în cadrul Tratatului, „aspectele speciale ale transporturilor”. Dispozițiile Tratatului rămân cu toate acestea, în general, atât de vagi încât reflectă foarte bine natura de „tratat-cadru” a Tratatului de la Roma¹⁴. Ele marchează la modul general, liniile directoare ale regimului de ansamblu al transporturilor.

Realizarea pieței unice în acest sector a fost deja încheiată, accentul punându-se în prezent pe adoptarea unor măsuri care să asigure o mobilitate durabilă prin organizarea sistemului de transport, astfel încât să se asigure optimizarea consumului de energie și timp, a parcursurilor și condițiilor de transport.

Prima Carte Albă a Comisiei, privind „dezvoltarea viitoare a politicii comune a transporturilor” a fost publicată în decembrie 1992 și se ocupa în principal de deschiderea pieței transporturilor. Acest lucru a fost realizat în mare măsură în anii ce au urmat, rezultatele variind de

⁹ Tratatul CEE semnat la Roma în anul 1957 intrat în vigoare în 1958. Comunitatea Economică Europeană a devenit Comunitatea Europeană, începând cu anul 1993, prin prevederile Tratatului de la Maastricht (art.G, lit.A, pct.1)

¹⁰ Fostul titlu V din Tratatul instituind Comunitatea Economică Europeană.

¹¹ Louis Dubouis, Claude Blumann, *Droit matériel de l'Union Européenne, avec le Tratat de Lisabona*, ed. a 5-a, Ed. Montchrestien, 2009, p. 690.

¹² Hotărârea CJCE, *Parlamentul european contra Consiliului Comunităților Europene*, C-13/83 din 22 mai 1985.

¹³ Luis Dubouis, Claude Blumann, op.cit. 691.

¹⁴ Tratatul de la Lisabona – articolele 90-100 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene (în continuare TFUE) păstrează aproape neschimbate dispozițiile actuale.

la un sector la altul de transport. Cabotajul¹⁵ rutier a devenit o realitate. Traficul aerian a fost deschis concurenței într-o manieră ce nu poate fi criticată, mai ales pentru că este dublată de aplicarea unui sistem de securitate la cel mai înalt nivel.

Un prim rezultat semnificativ al politicii comune a transporturilor a fost scăderea sensibilă a prețurilor pentru consumatori, combinată cu o calitate sporită a serviciilor și o multiplicare a posibilităților de deplasare, care au produs schimbări majore în modul de viață și de consum al cetățenilor europeni.

Un al doilea rezultat al acestei politici, a fost dezvoltarea unei tehnici dintre cele mai moderne în sistemul european de interoperabilitate, urmare a efectelor programelor-cadru de cercetare. Programele de la sfârșitul anilor '80 își arată rezultatele, este realizată o rețea transeuropeană de trenuri de mare viteză și se lansează programul de navigație prin satelit Galileo. Modernizarea tehnicii și a infrastructurilor nu a avut loc în același timp cu modernizarea gestiunilor companiilor, mai ales a celor feroviare.

- Comunicarea Comisiei: Politica Comună de Transport – program de acțiuni pentru perioada 1985-2000 cu extensii până în 2005; pe trei domenii principale:

- îmbunătățirea calității prin introducerea sistemelor integrate care exploatează noile strategii nepoluante și prezintă un grad ridicat de securitate

- ameliorarea funcționării pieței interne prin favorizarea concurenței în paralel cu protecția socială

- dezvoltarea dimensiunilor externe prin creșterea calității legăturilor cu state terțe și favorizarea accesului companiilor comunitare de transport pe piețele externe.

- În 2001 Comisia a lansat o Carte Albă privind transportul, în care au fost trasate obiectivele acestui sector până în 2010. *Obiectivele programului „Carta Albă -Politica europeană în domeniul transporturilor – orizont 2010: timpul deciziei”* sunt următoarele¹⁶:

- 1) Promovarea *transportului maritim și fluvial*

- relansarea transportului maritim și fluvial pe distanță scurtă,

- îmbunătățirea serviciilor portuare și a conexiunilor cu alte moduri de transport în cadrul rețelelor transeuropene,

- adoptarea de noi reglementări privind securitatea maritimă, de reguli sociale minimale și a unui sistem european de gestiune a traficului maritim ș.a.

- 2) Creșterea *traficului aerian* și conservarea mediului

- adoptarea de reglementări pentru traficul aerian la nivel comunitar și

- organizarea *cerului european*, în cadrul căruia extinderea capacităților aeroportuare să fie strict coordonată ș.a.

- 3) Realizarea *rețelei transeuropene de transport*

- revizuirea orientărilor strategice,

- concentrarea și actualizarea lor spre înlăturarea congestiunii traficului feroviar, trasee prioritare și acces în regiunile periferice,

- o participare comunitară maximală pentru proiecte transfrontaliere mai costisitoare și de mare importanță;

¹⁵ **Cabotaj** - este un termen naval prin care se înțelege transportul maritim care se execută de-a lungul coastelor până la o distanță maximă de 100 mile spre larg. Juridic este definit ca *navigație efectuată sub limitele cursei lungi*. Din punct de vedere vamal, cabotajul este definit ca transport de bunuri indigene de la un port la altul, aparținând aceluiași stat, unei confederații de state sau unor state diferite, legate printr-o uniune vamală, folosindu-se în acest scop un drum maritim internațional sau cu acces la un astfel de drum.

Putem vorbi de **cabotaj** și în transportul rutier internațional de mărfuri. Acesta desemnează o operațiune de transport rutier efectuată între două puncte aflate pe teritoriul aceleiași țări, de către un operator de transport rutier străin. Deplasarea fără încărcătură nu este considerată cabotaj.

¹⁶ Marin, Voicu, *Politicile comune ale Uniunii Europene - cadrul Constituțional* -, Ed. Lumina Lex, București, 2005, p.89-90.

4) Îmbunătățirea *siguranței rutiere*, (reducerea congestionării traficului, introducerea tahografului digital, managementul vitezei)

5) Stabilirea unei *politici de tarifare* mai eficace prin:

- armonizarea fiscalității la carburanți, în special în transportul rutier;
 - principii tarifare apropiate în folosirea infrastructurilor;
 - extinderea utilizării modurilor de transport mai puțin agresive față de mediul înconjurător;
 - asigurarea egalității de tratament aplicat operatorilor și modurilor de transport.
- efectuarea plății taxelor din vehicul prin intermediul banilor electronici și prin alte posibilități de taxare electronică. Comisia Europeană și-a propus adoptarea unei legislații comunitare pentru a garanta interoperabilitatea sistemelor de taxare în rețeaua rutieră transeuropeană¹⁷.

6) Dezvoltarea unor *transporturi urbane* de calitate

7) Utilizarea cercetării și tehnologiei pentru *transporturi curate și performante*,

8) Controlul exercitat asupra globalizării transporturilor

9) Dezvoltarea obiectivelor de mediu pe termen mediu și lung, în scopul realizării unui *sistem de transport durabil*.

Cartea Albă timpul deciziei în perspectiva anului 2010, subliniază care sunt politicile prioritare, pentru perioada avută în vedere, în domeniul transporturilor:

- *Reechilibrarea modurilor de transport* și reglementarea concurenței între acestea.
- Promovarea de măsuri pentru *asigurarea calității serviciilor de transport* și drepturile utilizatorilor
 - Proiecte și măsuri complexe privind *siguranța traficului* – exigență esențială a funcționării sistemului transeuropean
 - Crearea *cerului unic* european în transportul aerian și dezvoltarea *autostrăzilor mării*, ca o veritabilă alternativă competitivă pentru transporturile terestre
 - Creșterea fiabilității, eficacității și disponibilității transporturilor navale (maritime și fluviale), precum și a serviciilor din porturi
 - Promovarea operațiunilor inter-modale și realizarea Programului PACT – decembrie 2001 și a noului program Marco Polo, însoțit de măsuri pentru întărirea competitivității flotei comunitare
 - Programul Galileo de radionavigație prin satelit permite identificarea mărfurilor transportate, localizarea precisă a navelor, funcționarea eficientă a serviciilor de urgență, de intervenție și protecție socială
 - Politica UE și noul Program-cadru de cercetare tehnologică pentru perioada 2002-2006 a facilitat aplicarea măsurilor în transporturi pentru
 - integrarea modurilor de transport,
 - optimizarea performanțelor,
 - transformarea sistemului european de transport într-un sistem compatibil cu dezvoltarea durabilă,
 - Cooperarea euro-mediteraneană pe baza parteneriatului de la Barcelona – 1995, în perspectiva realizării unei mari zone de liber schimb
- Adecvarea cadrului instituțional, legislativ-normativ,
- Asigurarea convergenței normelor (sociale, tehnice, de mediu, siguranța traficului ș.a.),
- Ameliorarea serviciilor de transport în raport cu cel vamal, bancar și administrativ,
- Promovarea unei rețele transmediteraneene de transport multimodal ș.a.

¹⁷ Doina, Banciu, Mihail, Alexandrescu, Rodica, Hrin, Adrian, Eșanu, George, Mihai, Lucian, Anghel, *Sisteme inteligente de Transport, ghid pentru utilizatori și dezvoltatori*, Ed. Tehnică, București, 2003, cap. Politica Uniunii Europene privind ITS (Sisteme Inteligente de Transport), p.71-74.

În decembrie 2000, s-a luat decizia că în 2008 să aibă loc deschiderea completă a pieței tarifelor feroviare. Tratatul de la Maastricht a introdus conceptul de „rețea transeuropeană”, care a permis dezvoltarea unui plan al infrastructurii de transport la nivel european și care beneficiază de susținere financiară comunitară.

Absența unei dezvoltări armonioase a politicii comune în domeniul transporturilor explică de ce în prezent sistemul de transport european se confruntă cu un anumit număr de dificultăți majore¹⁸:

- Dezvoltarea inegală a diferitelor mijloace de transport. Transportul rutier reprezintă 44% din transportul de mărfuri, față de 41% pentru navigația pe distanțe scurte, 8% pentru căile ferate și 4% pentru căile navigabile. Dominația căilor rutiere este și mai evidentă în cazul transportului de persoane, transportul rutier reprezentând 79% din piață, în timp ce sectorul aerian cu 5% este pe cale să depășească transportul pe căile ferate, care este plafonat la 6%.

- Aglomerațiile pe anumite magistrale rutiere și feroviare, în interiorul orașelor sau din cadrul aeroporturilor;

- Prejudiciile aduse mediului sau sănătății oamenilor, fără a uita situația alarmantă a insecurității pe șosele.

În revizuirea politicii de transport din iunie 2006, Comisia Europeană consideră că atenția pe termen scurt ar trebui să fie focalizată pe transformarea căilor ferate într-un sistem de transport competitiv, introducerea unei politici a porturilor, dezvoltarea de sisteme inteligente de transport, introducerea de taxe pentru folosirea infrastructurii, producerea de combustibili nepoluantși și găsierea de modalități prin care să se descongeseze traficul urban.

Obiectivul general al politicii europene de transport este stabilirea unui echilibru între dezvoltarea economică pe de o parte și cerințele de calitate și siguranță ale societății pe de cealaltă parte, pentru a dezvolta un sistem de transport modern, durabil pentru 2010. Comisia Europeană a propus circa 60 de măsuri pentru dezvoltarea unui sistem de transport capabil să modifice ponderea modurilor de transport, să revitalizeze transportul feroviar, să promoveze transportul maritim și fluvial și să controleze creșterea transportului aerian.

Transport rutier: Îmbunătățirea calității, aplicarea în mod mai eficient a reglementărilor existente printr-un control și sancțiuni mai aspre.

Transport feroviar: Revitalizarea căilor ferate prin crearea unei zone feroviare integrate, eficiente, competitive și sigure și înființarea unei rețele destinate serviciilor de transport de bunuri.

Transport aerian: Controlul creșterii transportului aerian, menținerea standardelor de siguranță și protecția mediului.

Transport maritim și fluvial: Dezvoltarea infrastructurii, simplificarea cadrului de reglementare și integrarea legislației sociale pentru a putea crea veritabile „autostrăzi maritime”.

Transport multimodal: Comunitatea a încurajat, într-o manieră foarte activă, transportul multimodal care combină calea ferată și șoseaua pentru transportul mărfurilor. Acest sistem permite reducerea traficului rutier și protejarea mediului¹⁹. Modificarea ponderii modurilor de transport prin intermediul unei politici pro-actieve de promovare a transportului inter-modal și a transportului feroviar, maritim și fluvial. În acest sens, una din inițiativele majore este programul „Marco Polo”, ce înlocuiește programul Acțiuni Pilot pentru Transport Combinat.

¹⁸ Gheorghe, Caraiani - coordonator, Ambrozie, Duma, Gh. Alexa, Grijac, Andrei Horia, Georgescu, Alexandru, Ionescu, Adrian, Georăp, Eugen, Olteanu, Adina, Puișor, *Aquis-ul comunitar și politica sectoiaă domeniul transporturilor în Uniunea Europeană – studiu*, Ed. Pinguin Book, București, 2006, p.11.

¹⁹ A se vedea Directiva nr.92/106 din 7 decembrie 1992, precum și Rezoluția Consiliului din 14 februarie 2000, JOCE C56, 29 februarie 2000.

3.1 Rețelele transeuropene și eliminarea blocajelor:

Construirea obiectivelor de infrastructură propuse în programul de rețele trans-europene identificate în 1996 într-un set de linii directe, precum și a proiectelor prioritare selectate în 1994 de către Consiliul European.

Utilizatorii: Poziționarea utilizatorilor în centrul politicii de transport, respectiv reducerea numărului de accidente, armonizarea sancțiunilor și dezvoltarea unor tehnologii mai sigure și mai curate.

Liberalizarea transportului trebuie să țină cont și de o serie de constrângeri:

Constrângeri sociale: spre exemplu, libera prestare a serviciilor duce la nerespectarea regulilor naționale cele mai exigente. De aceea, liberalizarea prestărilor de servicii este însoțită de o armonizare a condițiilor sociale și a regulilor de exercitare a activității în temeiul calificării dobândite.

Constrângeri de natură economică: de exemplu, situația în care investițiile în infrastructură să fie exploatate și de transportatorii care nu participă la finanțarea lor. Aici, se face trimitere cu precădere la transporturile terestre. De aceea, trebuie evitată organizarea transporturilor feroviare care menține o fragmentare ridicată a transporturilor.

Constrângeri care țin de securitatea legăturilor: spre exemplu, introducerea noilor factori de concurență pune în pericol unele zone destinate transportului, mai exact, pune în pericol continuitatea relațiilor de transport între zonele periferice insulare și zonele centrale continentale.

În noiembrie 2007, un consorțiu condus de către Universitatea Tehnică Națională din Atena (E3MLab)²⁰, susținut de către unele modele mai specializate a creat un scenariu de bază pentru UE, cât și în fiecare din cele 27 de state - Membre printr-un program care simulează tendințele actuale și a politicilor puse în aplicare, astfel cum au fost aplicate, în statele-membre, până la sfârșitul anului 2006.

Acest model de simulare oferă o actualizare a precedentelor tendințe. "Tendințe în 2030" s-a publicat în 2003 pentru prima dată și s-a actualizat în 2005. Noul scenariu actualizat în 2007 ia în considerare cerința mare de energie și prețul mediu de import din ultimii ani, care a susținut creșterea economică și a unor noi politici și măsuri adoptate în statele membre. Acest studiu a fost realizat pentru ca, luând în considerare atât obiectivele stabilite de către Uniune pentru echilibrarea ponderii pe care o au diferitele moduri de transport, cât și posibilitățile reale ale statelor membre de realizare a acestor obiective, să se poată face o evaluare a situației politicii transporturilor din Uniune până în anul 2030.

4. Categoriile de competențe și repartizarea acestora între UE și statele membre

Tratatele comunitare prevăd, cel mai adesea, ele însele tipul de competență într-un anumit domeniu. Pe de altă parte însă, „statele membre sunt stăpânii Tratatelor de instituire a Comunităților Europene”²¹.

Statele membre, nu au pierdut, prin constituirea Comunităților Europene, competența de a hotărî modificarea completarea sau încetarea acestor Tratatate conform regulilor de Drept internațional public. Se pune, bineînțeles problema, datorită amplitudinii pe care aceste tratate o au, precum și a circumstanțelor care au determinat statele europene să depună eforturi comune pentru realizarea acestor organizații, dacă și în ce măsură statele membre ar dori modificarea sau părăsirea acestora.

²⁰ http://ec.europa.eu/transport/white_paper/mid_term_revision/asses. Programul "UE Energie și Transport tendințe în 2030" din cadrul Direcției Generale pentru Energie și Transport.

²¹ Everling, U., *Zur Stellung der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge”*, volulmul omagial Bernhardt, Ed. Springer, Berlin, 1995, p. 1161, citat de Gornig, Gilbert, și Rusu, Ioana Eleonora, în *Dreptul Uniunii Europene*, ediția 2, (București, Ed. C.H.Beck, 2007), p.41.

Relația de colaborare dintre state și Comunități este reliefată pe de o parte de art. 7 al Tratatului privind Uniunea Europeană²² care arată modul de funcționare al Consiliului, care reprezintă interesele statelor membre în această organizație. Pe de altă parte, statele membre, au obligația de loialitate²³ și de îndeplinire cu bună credință a obligațiilor ce reies din tratate. Noile prevederi ale art.4, alin.3 din TUE²⁴ privesc un angajament pozitiv al statelor membre față de Comunitate de a respecta și a face totul conform legislației comunitare și pentru sprijinirea acesteia. Putem spune așadar că principiul loialității trebuie respectat în egală măsură de către statele membre și de către Comunități.

Construcția comunitară a dezvoltat de-a lungul timpului mai multe aspecte ale instituțiilor comunitare, ale relațiilor dintre instituții și statele membre, a condus odată cu Tratatul de la Maastrich la crearea unei noi entități. Potrivit Tratatului, UE este formată din trei „pilieri”: Comunitățile Europene, Politica externă și securitate comună (PESC) și Cooperarea poliției și judiciară în materie penală²⁵.

Porivit principiului atribuirii de competențe, statuat în actualul art.5 al TUE²⁶ Uniunea poate acționa doar în domeniile în care i-au fost atribuite în mod expres competențe prin Tratat. Principiul subsidiarității pe care îl enunță alineatul 3 al acestui articol se circumscrie domeniilor care nu sunt de competența exclusivă a Comunității, aceasta putând interveni, „doar în cazul și în măsura în care obiectivele acțiunii preconizate nu pot să fie realizate într-un mod satisfăcător de statele membre...”.

Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, în Partea întâi (Principiile), Titlul I – Categoriile și domenii de competențe ale Uniunii reglementează foarte clar aceste aspecte. Articolul 2 în primul alineat arată care este înțelesul pe care tratatul îl dă noțiunii de „competență exclusivă”²⁷, iar alineatul al 2-lea explică în ce situații se poate vorbi despre o „competență partajată”²⁸.

Avem astfel **competențe exclusive** ale Uniunii, domenii în care statele membre nu mai au dreptul să intervină prin reglementări la nivel național, decizia fiind luată numai la nivelul UE. Domeniile reglementate prin acest fel de competență sunt: politica comercială comună, politica monetară pentru statele a căror monedă este euro, stabilirea normelor privind concurența necesare funcționării pieței interne, măsurile pentru conservarea resurselor biologice ale mării în cadrul politicii comune privind pescuitul, uniunea vamală. Aceste domenii sunt de maximă importanță pentru Uniune și necesită o reglementare unitară, la nivel supranațional, unde există posibilitatea de a folosi mecanisme de coordonare și control superioare celor care sunt la dispoziția statelor membre în particular.

²² Fostul art.7 al Tratatului privind Uniunea Europeană.

²³ CJCE în referirile la art.10 vorbește despre „obligația de solidaritate” C-11/69, *Comisia c. Franța*, „principiul cooperării loiale” C-14/88 *Italia c. Comisia*.

²⁴ Articolul 10 Tratatul instituind Comunitatea Europeană a fost abrogat. Prevederile referitoare la *principiul cooperării loiale* se regăsesc în art.4 alin.3 din Tratatul privind Uniunea Europeană așa cum a fost modificat prin Tratatul de la Lisabona.

²⁵ Augustin, Fuerea, *Manualul Uniunii Europene*, ed. A III-a revăzută și adăugită, (București, Ed. Universul juridic, 2006), p.271.

²⁶ Fostul art. 5, alin.1 din Tratatul CE.

²⁷ Art.2 (1) „În cazul în care tratatele atribuie Uniunii **competență exclusivă** într-un domeniu determinat, numai Uniunea poate legifera și adopta acte cu forță juridică obligatorie, statele membre putând să facă acest lucru numai în cazul în care sunt abilitate de Uniune sau pentru punerea în aplicare a actelor Uniunii”.

²⁸ Art.2 (2) „În cazul în care tratatele atribuie Uniunii o **competență partajată** cu statele membre într-un domeniu determinat, Uniunea și statele membre pot legifera și adopta acte obligatorii din punct de vedere juridic în acest domeniu. Statele membre își exercită competența în măsura în care Uniunea nu și-a exercitat competența. Statele membre își exercită din nou competența în măsura în care Uniunea a hotărât să înceteze să și-o mai exercite”.

Articolul 3 al Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene enumeră în mod expres domeniile în care competența Uniunii este exclusivă în primul alineat. Cel de al doilea alineat face o precizare referitoare la competența exclusivă a Uniunii pentru încheierea acordurilor internaționale dacă, „această încheiere este prevăzută de un act legislativ al Uniunii ori este necesară Uniunii pentru a permite Uniunii să își exercite competența internă sau în măsura în care aceasta ar putea aduce atingere normelor comune sau ar putea modifica domeniul de aplicare al acestora”.

Competențele partajate ale Uniunii, se întâlnesc în domeniile în care, deciziile se iau și/sau la nivel comunitar, supranațional și/sau la nivel național, intern²⁹. Articolul 4 al TFUE arată în alineatul 1: „Competența Uniunii este partajată cu statele membre în cazul în care tratatele îi atribuie o competență care nu se referă la articolele 3 și 6.” Domeniile în care se aplică, în principal, competența partajată între Uniune și statele membre sunt, așa cum le enunță art.4, alin.2: piața internă, politica socială, pentru aspectele definite în prezentul tratat, coeziunea economică, socială și teritorială, agricultura și pescuitul, cu excepția conservării resurselor biologice ale mării, mediul, protecția consumatorului, transporturile, rețelele transeuropene, energia, spațiul de libertate, securitate și justiție, obiectivele comune de securitate în materie de sănătate publică, pentru aspectele definite în acest tratat.

În același articol sunt precizate o serie de alte domenii în care Uniunea dispune de competență de a desfășura acțiuni „fără ca aceasta să aibă drept efect împiedicarea statelor membre de a-și exercita propria competență”.

Articolul 6 TFUE arată că Uniunea „este competentă să desfășoare acțiuni de sprijinire, coordonare sau completare a acțiunii statelor membre”. Aceste acțiuni desfășurate în domenii cum ar fi: protecția și îngrijirea sănătății umane, industria, cultura, turismul, educația, formarea profesională, tineretul și sportul, protecția civilă, cooperarea administrativă atrag sprijinul Uniunii prin „finalitatea lor europeană”.

Tratatul de la Lisabona introduce un articol 13³⁰ în TFUE care se referă în special la punerea în aplicare a politicii Uniunii în domeniul agriculturii, pescuitului, transporturilor, pieței interne, cercetării și dezvoltării tehnologice și a spațiului.

„Problema” raportului dintre dreptul Uniunii și dreptul național s-a rezolvat prin stabilirea unor principii care guvernează aplicarea dreptului european. Aplicarea imediată, directă și prioritară a dreptului Uniunii Europene în dreptul intern al statelor membre reprezintă principiul fundamental al ordinii juridice a Uniunii³¹.

Dreptul Uniunii Europene se aplică imediat, deoarece el, din momentul intrării sale în vigoare, face parte din dreptul intern al statelor membre, nefiind necesară nici o formulă specială de introducere a acestuia în ordinea juridică națională.

Acele juridice ale UE se aplică direct, nu sunt necesare măsuri legislative adoptate la nivel național pentru executarea acestora iar majoritatea beneficiază și de efect direct.

Aplicabilitatea prioritară a dreptului european înseamnă că, în caz de conflict între o normă europeană și una internă, va avea prioritate norma europeană, indiferent de forța juridică și de momentul adoptării normei interne.

În ceea ce privește politica comunitară în domeniul transporturilor, ea ce intră în domeniul competenței partajate a Uniunii și este reglementată în Titlul VI art.90-100 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

²⁹ Roxana Maria, Popescu, Mihaela Augustina, Dumitrașcu, coordonator Augustin, Fuerea, *Drept comunitar european, caiet de seminar*, ediția a IV-a revăzută, (București, Ed. Universul Juridic, 2009), p.93.

³⁰ La elaborarea și punerea în aplicare a politicii Uniunii în domeniile menționate „Uniunea și statele membre țin seama de toate cerințele bunăstării animalelor ca ființe sensibile și respectă actele cu putere de lege și normele administrative, precum și obiceiurile statelor membre în privința riturilor religioase, a tradițiilor culturale și a patrimoniilor religioase”.

³¹ Stelian, Scăunaș, *Uniunea Europeană. Construcție. Instituții. Drept* (București, Ed. All Beck, 2005), p.152

Acest domeniu a fost reglementat, la fel ca și agricultura, încă din formularea inițială a Tratatului instituind Comunitatea Economică Europeană, până acea dată transporturile fiind reglementate de fiecare stat în parte în mod diferit. Deoarece încă de la început acest domeniu a fost socotit ca unul cheie pentru realizarea unor interese comune ale statelor, el a intrat în aria competențelor exclusive ale UE.

Prevederile art.90 – 100 TFUE se aplică rețelelor de transport feroviar, rutier și rețelelor de transport fluvial intern. Parlamentul European și Consiliul, hotărând în conformitate cu procedura legislativă ordinară, pot stabilidispozițiile corespunzătoare privind transporturile maritime și aeriene³².

Obiectivul major al acestei politici este realizarea unei mobilități de durată, prin aprecierea intereselor tuturor părților implicate, a întreprinzătorilor din acest domeniu precum și a cerințelor protecției mediului.

Concurența la nivelul participanților naționali la trafic și a celor aparținând statelor terțe trebuie să beneficieze de aportul statelor, acestora fiindu-le interzis să modifice condițiile privind concurența în detrimentul vreunui dintre participanți³³.

Modalitățile de realizare a politicii comune în domeniul transportului rutier la nivelul exigențelor unei dezvoltări durabile depind în mare măsură de găsirea rapidă a unor soluții viabile pentru anumite probleme cum ar fi:

- Finanțarea suficientă a infrastructurilor necesare eliminării nodurilor de aglomerație și pentru realizarea legăturilor între regiunile periferice și cele centrale ale Uniunii. Realizarea rețelei transeuropene rămâne una din condițiile reechilibrării modurilor de transport. Acesta este motivul pentru care problema internalizării costurilor externe, în special a costurilor de mediu, în cadrul taxelor pe care toți utilizatorii infrastructurii le vor plăti, deține o importanță fundamentală.

- determinare politică de a adopta măsurile propuse în cadrul Cartei Albe. Uniunea Europeană nu va putea evita situațiile de blocaje în circulație decât dacă va supraveghea condițiile de concurență, cu deosebire în cazul transporturilor de mărfuri pe calea ferată;

- nouă organizare a transportului urban, având în vedere modernizarea serviciului public și raționalizarea utilizării mașinii individuale. În acest fel se va aduce o contribuție sensibilă la reducerea emisiilor poluante de CO₂, respectându-se obligațiile asumate de UE în cadrul angajamentelor internaționale;

- Satisfacerea nevoilor utilizatorilor care, datorită costului din ce în ce mai ridicat al deplasării, au dreptul de a cere un serviciu de calitate și respectarea drepturilor ce li se cuvin, indiferent de cine este prestatorul acestor servicii, un serviciu public sau o firmă privată.

- Măsurile necesare a fi luate sunt ambițioase dar devine foarte clar faptul că, în cadrul acestui proces de adoptare a deciziilor care de cele mai multe ori implică codecizia Parlamentului European și a Consiliului, urmărirea pas cu pas a finalităților stipulate în „Carta Albă - Politica europeană în domeniul transporturilor – orizont 2010: timpul deciziei” va conduce în final la realizarea obiectivelor.

Concluzii

În revizuirea politicii de transport din iunie 2006, Comisia Europeană consideră că atenția pe termen scurt ar trebui să fie focalizată pe transformarea căilor ferate într-un sistem de transport competitiv, introducerea unei politici a porturilor, dezvoltarea de sisteme inteligente de transport, introducerea de taxe pentru folosirea infrastructurii, producerea de combustibili nepoluanți și găsirea de modalități prin care să se descongeseze traficul urban.

Industria de transport reprezintă peste 6% din produsul intern brut (PIB) al Uniunii Europene (UE), peste 6% din forța de muncă, 40% din investițiile Statelor Membre și 30% din consumul de

³² Art.100, alin.2 TFUE.

³³ Art.92, 95 și 96 TFUE.

energie din UE. Acest sector a înregistrat o creștere constantă în ultimele două decenii, de 2,3% pe an la transportul de bunuri și 3,1% la cel de pasageri. În același timp, a crescut presiunea exercitată de sectorul transport asupra mediului și societății.

Corelația dintre creșterea traficului rutier și a riscurilor de sănătate nu este imposibil de schimbat. Problema nu poate fi însă rezolvată printr-o singură măsură sau politică, ci este necesară o abordare integrată pentru a reduce efectele negative atât ale emisiilor, cât și ale zgomotului. Municipalitățile, de exemplu, pot adopta strategii de management în transport care să promoveze alternative la utilizarea autoturismelor – reducerea numărului de autoturisme din trafic, și respectiv utilizarea mijloacelor de transport în comun, mersul pe bicicletă sau pe jos vor reduce dramatic poluarea și nivelul de zgomot.

Pe baza principiului „poluatorul plătește”, toți utilizatorii de transport (firmele de transport, conducătorii auto, călătorii) trebuie să fie responsabili financiar de costurile călătoriilor, inclusiv pentru daunele rezultate din acțiunile lor asupra mediului natural și cel construit, societății și economiei.

Taxarea pentru utilizarea infrastructurii, taxele de mediu sau pentru congestiile de trafic ar determina reducerea traficului și respectiv impactul transporturilor asupra sănătății și mediului; ar fi disponibile astfel și fondurile de investiții în acest sens. Studiile arată că politicile de transport ce pornesc de la premisele unui impact cât mai redus asupra mediului nu numai că vor îmbunătăți calitatea vieții și starea de sănătate a populației ci vor duce și la o rată mai mare de angajare. Strategii simple pot ajuta în reducerea daunelor cauzate de transport sănătății umane: chiar și implementarea riguroasă a unor limitări de viteză și unor reglementări privind parcare pot duce în multe orașe la limitarea emisiilor, creșterea siguranței și a utilizării transportului public.

Până în 2030 activitatea de transport rutier este proiectat pentru deține 79.7% din totalul de activitate față de 84.0% în 2005. Transportul rutier de mărfuri pare a oferi un grad semnificativ de flexibilitate care compensează cea mai mare a costurilor transportului rutier, în comparație cu transportul feroviar.

Cota de transportul feroviar de marfă se estimează că va crește doar pe termen lung, ca urmare a îmbunătățirii infrastructurii. Prognoza unei creșteri a ponderii transportului feroviar de marfă se bazează pe congestia și blocajele existente în traficul rutier. De asemenea este de așteptat, o creștere a costurilor și a proliferării restricțiilor de conducere privind autovehiculele de mare tonaj pe șosele. Această schimbare a ponderii modurilor pentru transport de marfă este facilitată de dezvoltarea adecvată a infrastructurii pentru a permite transportul intermodal și o creștere a productivității.

Pentru sectorul navigației fluviale este proiectat un ușor declin până în 2030 (+0,4% pe an), acest lucru având la bază o continuare a tendinței că acest mod de transport se axează în principal pe transportul de valoare mai mică.

Până în 2030 cota de piață deținută de activitatea de transport aerian de pasageri este proiectată pentru a ajunge la 12,2% până în 2030, de la 8,1% în 2005.

Prognozele făcute în domeniul politicii comune a transporturilor la nivelul Uniunii Europene, defalcate pe modurile de transport, credem că este util a fi coroborate cu studiul privind evaluarea implicațiilor rezultatelor obținute în urma realizării obiectivelor țintă din cadrul acestei politici, pe fiecare mod de transport în parte. Este interesant de urmărit, care este impactul în timp al prognozelor făcute și, în funcție de gradul de realizare a acestora, corijarea sau reevaluarea, în măsura în care este posibil.

References:

• Banciu, Doina, Alexandrescu, Mihail, Hrin, Rodica, Eșanu, Adrian, Mihai, George, Anghel, Lucian, *Sisteme inteligente de Transport, ghid pentru utilizatori și dezvoltatori*, Ed. Tehnică, București, 2003, cap. Politica Uniunii Europene privind ITS (Sisteme Inteligente de

Transport).

- Caraiani, Gheorghe, *Tratat de Transporturi vol.I și II*, (București, Ed. Lumina Lex, 2001)
- Caraiani, Gheorghe - coordonator, Duma Ambrozie, Grijac Gh. Alexa, Georgescu Andrei Horia, Ionescu Alexandru, Georâp Adrian, Olteanu Eugen, Puișor Adina, *Aquis-ul comunitar și politica sectorială, domeniul transporturilor în Uniunea Europeană – studiu*, (București, Ed. Penguin Book, 2006)
- Căpățână, Octavian, *Dreptul Transporturilor, Transporturi rutiere interne și internaționale*, (București, Ed. Lumina Lex, 1997).
- Dubouis, Louis, Blumann, Claude, *Droit matériel de l'Union Européenne, avec le Tratate de Lisbonne*, ed. a 5-a, Ed. Montchrestien, 2009.
- Fuerea, Augustin, *Manualul Uniunii Europene, ed. A III-a revăzută și adăugită*, (București, Ed. Universul juridic, 2006).
- Gornig, Gilbert și Rusu, Ioana Eleonora, *Dreptul Uniunii Europene, ediția 2*, Ed. (București, C.H.Beck, 2007).
- Piperea, Gheorghe, *Dreptul transporturilor ed. a-2-a*, (București, Ed. All Beck, 2005).
- Popescu, Roxana Maria, Dumitrașcu, Mihaela Augustina, coordonator Fuerea Augustin, *Drept comunitar european, caiet de seminar, ediția a IV-a revăzută*, (București, Ed. Universul Juridic, 2009).
- Putz, Ecaterina, Bîzoi, Gabriel, *Sisteme logistice de transport*, (Timișoara, Ed. Mirton, 2006).
- Scăunaș, Stelian, *Uniunea Europeană. Construcție. Instituții. Drept*, (București, Ed. All Beck, 2005).
- Tudor, Georgiana, Călin, Dragoș, *Jurisprudența CJCE vol I și II*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, pentru celelalte hotărâri ale Curții de Justiție a Uniunii Europene menționate pe parcursul lucrării.
- Voicu, Marin, *Politicile comune ale Uniunii Europene - cadrul Constituțional*, (București, Ed. Lumina Lex, 2005).
- Hotărârea CJCE, *Parlamentul european contra Consiliului Comunităților Europene*, C-13/83 din 22 mai 1985.
- Hotărârea CJCE din 22 mai 1995, *Parlamentul european c. Consiliul Comunităților Europene*, C-13/83 (61983J0013)
- Tratatul instituind Comunitatea Economică Europeană semnat la Roma în anul 1957 intrat în vigoare în 1958.
- Versiunea consolidată a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene (2008/C 115/01).
- Directiva nr.92/106 din 7 decembrie 1992.
- Rezoluția Consiliului din 14 februarie 2000, JOCE C56, 29 februarie 2000.
- www.europa.eu/pol/trans
- http://ec.europa.eu/transport/white_paper/
- <http://www.mt.ro/>.

PRESS DEONTOLOGY, PUBLIC INTEREST AND RIGHT FOR A GOOD ADMINISTRATION

MARIUS VACARELU*

Abstract

In one book who appeared before 1989 a Romanian geopolitical specialist predicted that computers would change our life in such a way that we could not imagined. More important it was the fact that politics made possible computer's penetration in our closed society.

Computers mean also communication and internet. But this magnificent instrument became a strong professional weapon in one of the most dynamic industry: press. So, as logic consequence, starting with 1990 Romanian press grew as number, and deontological press problems started from the same moment.

After 1990 few concepts strongly reappeared in Romanian law system: from the commercial law (as branch of legal system) to the administrative contentious (we can accept this re-appearance because their shadow was very dark during communist times). This process was joined also by new law concept entrance, few of them belonging to European Union, others being an expression of Romanian democratization, which made in less then 20 years that our country to enter in European Union.

One of these new concepts was the right for a good administration. Its contain speaks about democratization, citizen's socio-political activism and public interest. But relation between the right for a good administration and press create in last few years an explosive equation: our text will try to fix the limits of press actions in relation with public administration, using two important concepts: the right for a good administration and deontology.

Key words: *good administration, public interest, press, deontology.*

Introduction

Computer represents today probably the most important invention of human intelligence. Its role is huge, because computer is not only technology used to create better products, but also communication and internet. In this direction, it became a strong professional weapon in one of the most dynamic industry: press.

After 1990 Romania starts a new way: a state re-creation, re-invention started. In this process, the press had been asked to give its contribution. It was a logical consequence, but 1990 was not a peaceful moment: inside a confused society, the press has contributed to this feeling. In this way, two important notions were sacrificed: deontology (first), and public interest (almost in the same time).

European integration was understood as main factor of civilization. In this case, few juridical concepts were adopted in legislation, but not by real exercise of rights. In this direction, we must say that one of these rights is the right to good administration. This right is more or less present in our legislation, in relation with administrative procedures. This right is very important also because it speaks about public interest.

The press during the least 20 years spent many days analyzing and presenting the activity of public administration. In this case, journalist presented themselves as a defender of "public interest". A good part of these defenders don't respect the deontology, but they tried to improve public administration's activity, using few concepts, as transparency, public interest, which represent right to good administration substantial contain.

* Assistant, Ph.D Candidate, SNSPA National School of Political and Administrative Studies, Bucharest (marius123vacarelu@gmail.com).

Relation between the press, public interest and transparency was studied in political sciences, but not in juridical ones. In our opinion, now is time to analyze this relation, because in the last year the press – watching dog of democracy – lost the most important positions as public image, and a re-definition of relation between press deontology, public interest and the contain of right to good administration seems today as compulsory; there is a lot of confusion in the Romanian society, and our text will try to stabilize this field of research.

The author will analyze the concept of public interest, will present right to good administration and relation between these law institutions and pres deontology. For this we'll use the result of researches made by him and his colleagues during a research project about right to good administration and its impact to public administration's procedures. It was used contemporary Romanian and foreign bibliography, until 2010.

PAPER CONTENT

1. In the last years of 1980'ies, Gheorghii Bolshakof, Mikhail Gorbachev's counselor for foreign relations said that the most important problem of western democracies after 1990 (it was said preparing the great meeting from Malta) it will be the miss of great enemy¹.

So, the ideological confusion² felt in Western Europe was provoked especially by a strategic retire imagined in Moscow political laboratory³, but with many consequences on internal policy of former communist states, son after the official moment of collapse. In this case, their politicians was in impossibility to find the main and the correct direction, because it was a lack of former masters, and an hesitant policy in this direction of former western democracies.

In this case, the European Union was the perfect umbrella to cover this attitude: for everyone it was only the economic miracle and its documents with a high level of democracy in its regulations. Somehow, it was presented as panacea, and for both parts (East and West of Europe) European Union represents something who can cover the expectances of eastern states to a better level of economy and the possibility for western states to not intervене in all internal affaires of "new Europe⁴".

2. European Union was presented first by the journalists in the eastern space: their role was in the first years of democracy not only to present the quotidian facts, but also to educate whole population to new changes, structural ones, in fact. For this, the press benefited by its work during last years of communism, when few brave journalists had spoken the truth, who had been created many problems to communist confused governments.

Journalist was the beneficiary of freedom for expression in the first years after communism: their words valuate much, especially on the elections time, and it was almost an official politics of the governments to create new journal, new channels on national televisions, etc. This job (of journalist) becomes much respected and many new faculties of journalism educate new generations of young journalists.

Journalism makes everything in the name of public interest. This believe is assumed by whole pres, and it is add to the most famous definition of writing an article / creating a newspaper: Savoir; Faire; Savoir faire; Faire savoir. All of these must be fulfilled for the name of the public interest. All of this must be fulfilled respecting press deontology, which is not a simple fact on the societies who must be re-created on democratic basis.

Journalists helped European Union in its process of extension on the eastern par of continent, and it also helped to introduction of few political concepts, as good governance, transparency,

¹ A.M. Stoenescu: *Istoria loviturilor de stat in Romania*, vol. IV, part. I, (Bucharest, ed. Rao), 42

² J. Sevilla: *Corectitudinea istorica: sa punem capat trecutului unic*, (Bucharest, ed. Humanitas, 2005), 162

³ A. M. Stoenescu, *ibidem*.

⁴ The concept of New Europe was promoted by American right wing administration of president G. W. Bush Jr. However, first person who pronounce this words (defining former communist countries) was the vice-president Dick Cheney.

access to own administrative files, ombudsman, good administration, etc. these political concepts has not only a scientifically definition, but also a strong existence on the documents of European Union.

3. Journalists played a great role on Eastern Europe, but for them it was impossible to create, with their daily articles, a conscience of a single people, continental, European, representing the identity between member states and its citizens: a European demos, as English political scientist defines it⁵.

Although the European project aspires to a European *demos*, this has not been achieved and, in its absence, there can be no democracy. The legitimacy of the EU remains rooted in the Member States so that activities at EU level are valid only in so far as they receive the approbation of the citizenry of the Member States. The functioning of the “administrative state” through the administrative bodies that devise and implement Community law has come under increasing pressure⁶.

The press followed its specific purposes, European Union become more and more present in Eastern Europe, and in a few years all former communist countries entered inside this alliance – after less than 20 years, The Community for Mutual Economic Help (COMECOM – CAER) was totally replace by another style of economic alliance, but more integrative (with its one currency and with an official government in capital of the most instable state of Europe⁷), with many consequences on the public administration.

The nature of the administrative authorities and the function they are required to perform is dependent on the nature of the EU they serve. The EU has a multiplicity of identities: an internal market, a union of citizens, and an international bloc. These identities require respectively an easily accessible administration with minimal barriers to commercial activity, a promoter of citizen’s rights that respects the sensibilities of the member states and a highly politicized, astute and defensive administration able to negotiate the best possible outcome for its members and citizens.

These administrative positions request also a different attitude from the citizens, and, inside of them, the press receive an important position too: to be active, to cooperate with public administration for improve of public services: it is in fact the essential paradigm change, from the citizen who expect administrative actions to fulfill public tasks to a citizen who is part of administrative actions.

In this case, European regulations try to create a different public administration, from one who belong to a paternal state, where citizens accept almost everything and for only few decision they complain to court of justice, to another one, when the pyramid of power become less raised, and when the citizens are seen as partners to a new post-modern society⁸.

4. One of the most important rights to create an active administration is right to good administration. It is defined by The European Chart of Human Rights, in the article 41. This Chart is now part of Lisbon actions to create a constitutional system for European Union, because this political entity wants to create a real state, at continental level.

The contain of right to good administration is this:

Article 41 – Right to good administration

1. Every person has the right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions and bodies of the Union.

2. This right includes:

- the right of every person to be heard, before any individual measure which would affect him or her adversely is taken;

⁵ J. Weiller: *Construction of Europe*, ed. Cambridge University Press, 1999,. 186

⁶ J. Wakefield: *Right to good administration*, ed. Aspen Pub., London, 2007, 8 – 9.

⁷ Instable state is presented here a state without a clear identity, Belgium being separated almost officially between Flemish and Walloon communities.

⁸ R. Cooper: *Destramarea natiumilor*, ed. Univers Enciclopedic, Bucharest, 2006,.137

- the right of every person to have access to his or her file, while respecting the legitimate interests of confidentiality and of professional and business secrecy;
- the obligation of the administration to give reasons for its decisions.

3. Every person has the right to have the Community make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States

4. Every person may write to the institutions of the Union in one of the languages of the Treaties and must have an answer in the same language.

The beneficiary of right to good administration is only the citizens. The right to good administration appears under the title of “Citizens rights” indicating that the rights guaranteed in this section will be personal rights attaching to the individual by virtue of citizenship of the EU⁹. Indeed, some rights, the right to vote and stand as a candidate in European Parliamentary or municipal elections, the right of freedom of movement and of residence and the entitlement to diplomatic and consular protection, are reserved to the citizen.

The duty of good administration has been considered on occasion by the Courts, particularly in the competition and employment contexts. The duty of the administrator includes the obligation to examine carefully and impartially all the relevant aspects of the individual case. The obligation on the adopting authority is, in all circumstances, to ensure that the findings of fact underpinning a measure adopted are properly supported by evidence¹⁰.

The first right provided under Article 41 (1) of the Charter is that of the individual to have his affairs handled impartially and fairly, by those exercising powers. Impartial and fair treatment may be seen as aspects of the principle of legal certainty, which assures predictability and enables reliance to be placed on the law but even the constitutionalisation of this right would not necessarily give rise to justifiable right¹¹.

Fair treatment is a requirement permeating every aspect of administrative activity. Fairness is the basis of other rights. In the application of the law, the administrator may or may not have discretion. Where discretion lies with the administrator, it is to be exercised in a fair manner, which would uphold the general principles of law, so acting in accordance with the requirements of proportionality, equality, legitimate expectations¹².

The first paragraph of Article 41 of the Charter also includes the right of every person to have his affairs handled within a reasonable time. Sometimes, the legal process includes a timetable for execution of a task or process. If a timetable is mandatory, its breach may, but not necessarily, constitute illegality. Where discretion is to be exercised, the authority may need to ignore the constraints of timetable and this is particularly so in the legislative process. The obligation to act within a reasonable time is imposed where no obligation on time is set by legislative instrument¹³.

The first specific component of the right to good administration is specified in paragraph 2 of Article 41, the right to be heard in an administrative process. The right to be heard and make one's views known where a decision is to be adopted which will affect that person's rights (*audietur et alteram partem*) was established in many cases.

The right to be heard under Article 41 is the administrative right to be consulted in the adoption of legally – binding measures. The right to be heard has not been recognized where legislative acts in the exercise of wide discretionary choices in economic policy having normative reach are adopted¹⁴.

⁹ M. Vacarelu: *Dreptul la o buna administrare vs. bunul simt*, in E. Balan and colab: *Dreptul la o buna administrare. Intre dezbaterile doctrinara si consacrarea normative*, ed. Comunicare.ro, Bucharest, 2010., 407

¹⁰ E. Balan: *Institutiile administrative*, ed. CH Beck, Bucharest, 2008., 41

¹¹ E. Balan, *ibidem*.

¹² J. Wakefield: *Right to good administration*, *op.cit.*, 71

¹³ J. Wakefield: *Right to good administration*, *op.cit.*, 72

¹⁴ E. Bălan: *Instituții administrative*, *op.cit.*, 42

The right to be heard had been explained by the Council of Europe as conferring on the individual the opportunity to put forward facts and arguments and call evidence where appropriate. Its use would be necessary only where an administrative act was likely to adversely affect the individual; participating in the procedure concerning the administrative act, the individual is enabled to defend his rights, interests and legitimate expectations. To be effective, the individual is to be notified of the right to state his case. However, this right to be heard is subject to the requirements of good and efficient administration which may exclude its operation, for example in the case of emergency¹⁵.

The second right specifically conferred under the umbrella of the right to good administration is the right to one's file. While national legislation may have given individuals the right to see their personal files held by administrative authorities, no such right was available at EU law.

The right to the file referred to in Article 41 has a much wider compass beyond personal data covering all materials contained in the file. Access to one's file is a right that has been used mainly in staff cases where the entitlement is to have access to all information held and all matters that have been taken into consideration or should have been taken into consideration in the treatment of the employee. The obligation to give access is imposed on the administrator, but the official is constrained by other responsibilities set out in Article 41, making the exercise of the right subject to the legitimate interests of confidentiality and of professional and business secrecy. Sections of a personal file could be rendered inaccessible by reason of any of these principles if information contained in the file had been supplied by anyone other than the subject¹⁶.

The third specific right contained in the second paragraph of Article 41 of the right good administration is the right to a reasoned decision. The Charter extends the obligation to give reasons to the administrator. While the Council of Europe provides that an individual whose interests will be adversely affected by any administrative act is to be informed of the reasons on which it is based, the Charter right does not require an adverse effect and neither does it appear to be linked to an individualized decision. Thus, where the administration makes a decision, whatever its nature, it is obliged to state its reasons¹⁷.

Article 41 does set out in paragraph 3 the right to have damage caused by the European Institutions or its servants in the performance of their duties made good. Where injury has been occasioned as a result of Community activity, compensation is to be paid providing a remedy, not to the aggrieved, but to those able to demonstrate damage.

In its case law, the Court of Justice has made the proof of illegality a condition before any liability may be engaged. As the requirement to compensate is linked to administrative activity it may mean that illegality is not a prerequisite of responsibility so that maladministration causing damage could engage responsibility. However, this would be in conflict with very stringent standards imposed by the Court for the award of compensation and to date there has been no indication that the Court is inclined to relax these conditions. Although the possibility of recovering compensation is drawn to the attention of the individual, linking it to the right to good administration may be misleading¹⁸.

The right to correspond with the institutions and bodies of the EU in one of the languages of the Treaty, set out in the fourth paragraph of Article 41 of the Charter, was conferred on citizens by the Treaty of Amsterdam. The right provides the possibility to "address" rather than the Charter entitlement to "write" to the European institutions and advisory bodies in one of the languages of the treaties and to receive a reply in the same language.

¹⁵ J. Wakefield: Right to good administration, *op.cit.*, 73

¹⁶ J. Wakefield: Right to good administration, *op.cit.*, 76

¹⁷ E. Bălan: Instituții administrative, *op.cit.*, 43

¹⁸ J. Wakefield: Right to good administration, *op.cit.*, 80

Underpinning the language right is the legal necessity that those affected by the law should be able to apprise themselves of its provisions. Legal certainty is not served if decisions are not notified to the individual concerned in a language not intelligible to that person. For parties who are outside the EU, the choice of official language in which the decision is addressed to that party must take account of the relations it has within the EU, whether with a Member State or the Community itself. Where documentation arises as a matter of administrative or judicial procedures this documentation must be sent to the parties in the language of the case. However, annexes to documentation not derived from the institution itself, are treated as supporting documentation and whilst they are to be brought to the attention of the parties, need not be translated¹⁹.

5. The press role in this equation – created by the right to good administration – is to create a correct framework for citizens, to know their rights in relation with public administration. However, the press must respect the internal and external limits of right to good administration, because a too active position of citizens in the relations with administrative institutions can create a disadvantage for all citizens: to solve the administrative request of a few, it blocks the activity for a whole institution.

In this case, we must argue with the Law no. 544 / 2001, providing the access to public information. In this case, many journalists did not respect their deontology, and their actions create in the Romanian society a perception of the power belonging to this law, which is the best way to improve the activity of the public administration.

In fact, this law is only one expression of administrative transparency, because constitutional dispositions speak in the same direction. But the press, who forgot the “savoir” word from its definition; their lack of knowledge – representing a violation of deontology create much more problems than an impartial presentation of few laws.

In fact, as all power, the press wanted to create an image of competence in every subject; this image is impossible to be based on reality. Right to good administration offers the possibility for journalists and the public administration to create a correct relation between new paradigm of post-modern public administration and citizens, according with transformation brought by the internet and technology on human life.

Conclusions

Right to good administration is created as a right of citizens in the relation with European administrative institutions. However, its dimension is created especially for the public administration. The administrative institutions must have a pro-active behavior in their relations with the citizens.

The press can be a power on the state, but for a correct position, they must help citizens not only to turn account their rights, but to help them to create another attitude in their relation with state and state administration: from a beneficiary to a partner for a better administrative action. And for that, journalists must respect deontology, they can play a good role, but in the same time they must note that their credibility is always under the Damocles sword of differences between the reality and the image presenting on their articles.

This research area are not too used on the public law doctrine, but the subject press – deontology – right to good administration – citizen will represent in our opinion in the next year, in the context of press transformation (with the internet pressure) an important field of research for public law doctrine.

¹⁹ J. Wakefield: Right to good administration, op.cit., 82

References

- E. Bălan: *Instituții administrative*, (Bucharest, CH Beck Publishing House, 2008)
- E. Bălan, C. Iftene, D. Troanta, G. Varia, M. Vacarelu (coordinators): *Dreptul la o bună administrare. Între dezbaterile doctrinară și consacrarea normativă*, (Bucharest, ed. Comunicare.ro, 2010)
- R. Cooper: *Destamarea natiunilor*, (Bucharest, Univers Enciclopedic Publishing House, 2006)
- J. Sevilla: *Corectitudinea istorica: sa punem capat trecutului unic*, (Bucharest, Humanitas Publishing House, 2005)
- A.M. Stoenescu: *Istoria loviturilor de stat in Romania, vol. IV, part. I*, (Bucharest, Rao Publishing House)
- J. Weiller: *Construction of Europe*, (Ed. Cambridge University Press, 1999)
- J. Wakefield: *Right to good administration*, (London, Ed. Aspen Pub., 2007)

INTERESTING LEGAL ASPECTS REGARDING CHINESE LAW

LAURA - CRISTIANA NEGURĂ*

Abstract

This epithet aptly summarizes the traditional role of Chinese women. Many would argue it also describes the position of women in contemporary Chinese society. Yet the Chinese government has expended great energy since 1949 to improve the lot of women. The provisions of the 1982 Constitution of the People's Republic of China (hereinafter the "PRC") reflects those efforts. Particularly when present-day China is viewed from the perspective of the traditional plight of Chinese women, it cannot be asserted that gender equality has been ignored by the PRC government. However, the battle for equality is by no means over. In light of the continuing struggle for gender equality, the PRC's ratification of the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women¹ (hereinafter the "Convention" or "CEDAW") is significant evidence of continued doctrinal commitment to the policy of equality for women.

The Convention has only the weakest of enforcement mechanisms: self-reporting by the states parties themselves. It is important that the enforcement mechanism be supplemented through the involvement of non-governmental international agencies. They can monitor the extent to which assertions in states parties' reports are supported by action within the country. More importantly, perhaps, they can initiate a dialogue with the governments and interest groups of the states parties to assist the development of concrete norms consistent with the principles of the Convention. In order to determine the situation of women in China, it is mandatory to analyze the principal areas: the constitutional and legal status, the marriage and family, the political and public life, the education, the employment, the health care and family planning, as well as the social and cultural stereotyping.

Key words: *Chinese, China, PRC, women, discrimination, equality, enforcement.*

Introduction

This paper focuses on the reality of Chinese legal reforms and the rights of Chinese women according to the Chinese legislation and to the Convention (*i.e. socio-economic and political and civil rights*). What is arguably different about socio-economic rights, in contrast to political and civil rights, is that while political and civil rights are rights to be asserted against the state, socio-economic rights and most importantly equal access to socio-economic rights require the state for their guarantee. Socio-economic and political and civil rights are therefore in tension with each other at times, as civil and political rights demand a limited state while socio-economic rights seek the enlargement of state powers. And so, while much attention is paid to political and civil rights, equal attention must be paid to socio-economic rights. In the specific area of Chinese women's rights, socio-economic rights are an important area of focus. The impact of the private economy and the market approach has been especially detrimental to Chinese women and the family unit.

My own work has been to critically examine how the complex interaction of markets, law, and development has added or subtracted to the well-being of ordinary Chinese citizens. Today's global governance takes the form of standardized language bringing in the vocabulary of rights, including women's rights. Both a body of substantive rights protection as well as a structure of procedural guarantees are established in China along with a transmission of the language of rights. But abstract rights and the implementation of legal codes do not always mean rights adoption, and neither does formal equality always translate into substantive equality. Rights on the book require private individuals to assert and enforce those rights.

* Assistant, Faculty of Law, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest (e-mail: [negura_laura@yahoo.com](mailto:negur_laura@yahoo.com));

¹ Adopted by the United Nations General Assembly in 1979;

I have attempted to examine how Chinese legal reforms have been adapted in Chinese legal culture and, more importantly, how the language of rights either has or has not helped women to transform themselves from social objects to social subjects, while at the same time contributing to the institutionalization of China's legal processes. How are women, historically one of the most marginalized groups in Chinese society, navigating between the state's policy of reform and tradition?

1.China, International Law and International Human Rights Law

1.1.China and International Law

Since 1949, the PRC has expressed considerable mistrust of customary international law, and reluctance to participate in many areas of conventional international law. In the 1950s, Chinese views of international law as a whole were informed largely by Marxist doctrine governing domestic law. Thus, international law was perceived as being an instrument of the state's foreign policy. Within that framework, law stood as an expression of policy goals rather than of legal norms *per se*.

Under this analysis, the behaviour of the international community suggested that international law is the construct of the ruling classes. For that reason, and no doubt because of the United Nations² refusal to grant recognition of the PRC until 1971, the PRC remained sceptical about international law. Thus far, however, definitions of international law have been surprisingly devoid of Marxist dogma. The PRC continues to reject the extreme monist conception of the international legal order, founded on natural law. The new Chinese pragmatism toward international law is reflected in *three specific areas*.

The first is the International Court of Justice (hereinafter the "ICJ"). China has traditionally expressed a distrust of the impartiality of the ICJ, partly born of its rejection domestically of the notion of an independent judiciary and partly reflecting its belief in the Western character of the ICJ. In 1981, the Chinese attitude began to soften. In that year, a Chinese legal scholar was accepted into the International Law Commission. Four years later, he joined the ICJ itself.

The second area reflecting recent PRC pragmatism towards international law is the UN. Starting in the 1960s, China was hostile to the notion that UN General Assembly resolutions are legally binding. Increasingly, however, PRC pronouncements suggest it considers certain UN resolutions to encapsulate existing international law norms. Meanwhile, Chinese legal scholars accept resolutions with certain characteristics as being sources of international law. China's participation in a number of multilateral treaty regimes, governing commercial and diplomatic relations, reflects this change. There seems to be a trend towards accepting the authority of international law at the expense of national sovereignty.

The third area reflecting gradual acceptance between international law is the PRC's perception of the relationship between international law and municipal law. The relationship between municipal and international law has been recognized. The enactment by a state of legislation contrary to international law is illegal under international law and thus entails international responsibility under international law. An issue more significant to the implementation of the Convention is the status of international law as a source of municipal law. Chinese academics cannot agree whether, as a general rule, international legal principles automatically take precedence over inconsistent municipal law, or whether the principles must first be adopted by domestic legislation. Few suggest that international custom is prior to municipal law. Still, some posit that international treaty commitments have priority over a contradictory municipal law provision even in the absence of an explicit provision adopting international legal rules into municipal law. Only in a number of discrete areas is it clear that treaty obligations are given supremacy over the inconsistent municipal law.

² Hereinafter the "UN";

1.2.China and International Human Rights Law

Given the above trends, one can no longer say international law is anathema to the PRC. Increasingly, both academic writings and government policy recognize the importance of a viable international legal order. However, the PRC is less accepting of that area of international law that addresses the individual. In general, the position of the socialist bloc has been that the concern for individual human rights is misinformed, and that the right to self-determination and development, and socio-economic rights to basic needs, are more important. Perhaps the most fundamental argument is that the concept of human rights currently argued for in international law reflects a Western conception of man and society not readily applicable to non-Western polities. The theory that human rights doctrine reflects a peculiarly Western vision of human nature is widely debated. Its supporters, the “*cultural relativists*”, posit that the nature of one’s civil and political rights depend on historical context and local cultural traditions. Thus, one cannot impose those standards developed in western political theory and jurisprudence on cultures with vastly different origins. The contending argument is that of natural law: those human rights standards derive from the dignity of the individual, which is universal in nature.

As with Marxism, the traditional Chinese polity is not fertile ground for the notion that a legal structure, least of all a legal structure imposed by the international community, should arbitrate between the interests of the Chinese government and those of its citizens.

What then of the Convention, or more generally of international human rights in China? Regarding the Convention, the simple answer is that the PRC signed and ratified it, and is therefore governed by it. Still the interpretation by international law of the substance of those commitments may be resisted as being interference in a domestic matter. Moreover, the Chinese and Marxist traditions serve as impediments to the popular understanding of rights among Chinese.

Concentrating for the moment on enforcement through international law of international human rights norms, the PRC’s rejection of the ICJ’s jurisdiction with respect to the Convention suggests that ensuring China’s compliance with its obligations may be a challenge. Therefore, we emphasize that its ratification of the Convention does not so simply establish women’s rights in the PRC. In fact the PRC signed this convention because it specifically recognized discrimination against women as an international problem.

2.Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women

When examining the Convention in the light of the PRC’s Marxist and Chinese traditions, *two aspects* are particularly apparent. *The first* is that the Convention adopts an activist strategy to eliminate gender discrimination. *The second* is that, in its definition of the standards required by the norm of gender non-discrimination, the Convention is open to interpretation: the obligation to institute “*appropriate measures*” leaves considerable room for argument about what concrete measures are needed to eliminate *de facto* discrimination.

2.1.Political Activism

The first element of the Convention’s activism is its insistence that the right to sexual equality transcends the political and civil realm. The Convention requires sexual equality in the provision of certain social and economic benefits. The preamble underlines a concern for social and economic issues central to the socialist bloc’s perspective on human rights. That concern is addressed in detail in the various provisions of the Convention. Activism is also apparent in the Convention’s requirement that governments institute affirmative programmes to encourage gender equality.

Governments are obliged not only to abolish laws or government policies which treat women in a discriminatory fashion, but also to implement according to the provisions of Article 3 “*in all*

fields, in particular in the political, social, economic and cultural fields, all appropriate measures, including legislation, to ensure the full development and advancement of women, for the purpose of guaranteeing them the exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms on a basis of equality with men". States, among other things, must modify social and cultural patterns of conduct, ensure family education that promotes the equality of women and provide equal rights to access to education. The scope of these obligations is potentially vast, limited only by the meaning of "all appropriate measures" appearing throughout the Convention.

Activism is apparent in the Convention's recognition of the special needs of women transcending equality rights. These needs reflect women's child-bearing role and vulnerability to sexual exploitation. In this regard, the provisions dealing with the protection of maternity (*i.e. Article 4*) and the elimination of prostitution (*i.e. Article 6*) are most obvious³. However, insofar as this activism dispenses with the public-private distinction, the Convention might be more acceptable to China than to a Western democracy adhering to the notion that certain realms are beyond the legitimate purview of government influence. For example, the Convention dictates standards of family education. The Chinese and other socialist governments insist on a public role in family education, while many western governments would shy away from the government intrusion in family life enforcing that standard would entail. At least from this perspective there may be fewer obstacles to achieving effective government action against gender discrimination in socialist China than in western democracies where ideas of privacy prevent similar government involvement.

2.2. Interpretation

The lack of definition of many of the Convention's norms stands as a more difficult stumbling block to its effective application to China. To a degree the passage of time is required in order to determine the meaning of the provisions. Still, *two fundamental interpretive issues* stand out. *The first* is the determination of the limits to a country's obligations with respect to continuing discrimination. To what degree does continuing discrimination, in the face of government efforts to eliminate it, evidence violation of the Convention? *The second* issue is delineating what differential treatment of women violates the Convention as being discrimination, and what differential treatment simply recognizes the special needs and attributes of women. Recognizing that the more tenacious forms of discrimination against women cannot be eliminated overnight, the Convention obliges states parties to take appropriate measures to eliminate all forms of discrimination. Does the Convention impose an obligation of ends (the elimination of discrimination) or merely of means (the institution of appropriate measures)? If only the latter, the existence of discrimination in Chinese society is not proof of violation of the Convention, but only evidences its existence. The issue then becomes what measures are appropriate in the elimination of discrimination against women. I consider that states cannot simply refer to formal measures in their legal and administrative systems to establish compliance with the Covenant if, as a practical matter, remedies are not available. A constitution which "guarantees" universal freedom of speech is irrelevant if its meaning is nullified by police practice. In assessing China's compliance with the Convention, we need to look behind the government's references to legal equality. The Convention does not expect the immediate elimination of all discrimination; we must nonetheless insure that states parties institute appropriate measures which are effective in eliminating discrimination. The Convention clearly imposes *obligations of result*. *The second* issue involves

³ **Article 4**

2. Adoption by States Parties of special measures, including those measures contained in the present Convention, aimed at protecting maternity shall not be considered discriminatory.

Article 6

States Parties shall take all appropriate measures, including legislation, to suppress all forms of traffic in women and exploitation of prostitution of women;

the determination of which distinctions made in the treatment of men and women constitute discrimination, and which are valid, and perhaps required by the Convention in recognition of the unique needs and capacities of women. The fact that a distinction is based on biological differences between men and women is not sufficient. A concrete example arises in reconciling the Chinese Marriage Law⁴ of minimum marriage ages with the requirements of the Convention. The Marriage Law specifies 20 years old for women and 22 years old for men⁵. Several authors in the doctrine correctly point out that Articles 16 and 5 of the Convention together seem to require the elimination of any such differential, as being based on “*the idea of inferiority*” of women and as a kind of sexual stereotyping. However, a Chinese official has insisted that the age differential is justifiable as reflecting the more rapid maturity of women. The Convention requires suspicion of any gender-based distinction; only where differential treatment is required to effectuate equality should it be tolerated. Maternity leave is an example. Although based on the child-bearing role unique to women, it is necessary to allow women to compete in the workplace on an equal footing with men. A second conceptual concern arises out of biological differences. To what degree can women’s exclusion from certain activities be justified because of gender-based qualifications? If a woman is not hired for a job requiring heavy physical labour, the immediate contention is that women lack the physical capacity for such work. Does equality require the equal application of objective criteria? The argument that there are physical differences itself often itself reflects the operation of negative stereotypes. The task is to move beyond a “*disparate treatment*” analysis, which looks for discrimination solely with reference to intent, toward a “*disparate impact*” approach while giving appropriate recognition to the fact that there are some physical differences between men and women.

3. Women in China

3.1. Constitutional and Legal Status

In 1982, the Chinese Communist Party promulgated a new Constitution, the fourth since the founding of the PRC in 1949 and it was amended since then four times (*i.e.* 1988, 1993, 1999, 2004). Several articles of the Constitution are of direct relevance to women, addressing legal and political equality of women, social equality and equality in family relations.

“Article 48

Women in the People’s Republic of China enjoy equal rights with men in all spheres of life, in political, economic, cultural, social and family life.

The State protects the rights and interests of women, applies the principle of equal pay for equal work to men and women alike and trains and selects cadres from among women.

Article 49

Marriage, the family and mother and child are protected by the State.

Both husband and wife have the duty to practice family planning.

Parents have the duty to rear and educate their children who are minors, and children who have come of age have the duty to support and assist their parents.

Violation of the freedom of marriage is prohibited. Maltreatment of old people, women and children is prohibited. “⁶

These notions have been incorporated into a variety of subsidiary legislation in China, including the PRC’s civil code, which stipulates equal civil rights and equality within the family.

⁴ Marriage Law of the People’s Republic of China adopted at the Third Session of the Fifth National People’s Congress on September 10, 1980, http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/13/content_1384064.htm;

⁵ **Article 6**

No marriage may be contracted before the man has reached 22 years of age and the woman 20 years of age;

⁶ Constitution of the People’s Republic of China (Full text after amendment on March 14, 2004), http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/2007-1/15/content_1372964.htm;

These are far-reaching provisions. However, the more fundamental issue from the point of view of the rights of women is the meaning of constitutional rights under Chinese law.

Appearances notwithstanding, a constitution lacking independent enforceability cannot create women's rights which in any sense fulfill the obligations of the Convention. In fact, Article 2 of the Convention specifically requires enforceable women's rights.

Three concerns raise questions as to the effectiveness of the 1982 Constitution.

The first is the apparent absence of an effective enforcement mechanism. Rights are not significant if they lack a forum for vindication when they are being infringed.

The second concern entails the absence of a judiciary sufficiently independent to enforce rights in a principled manner. In the past, the Chinese judicial system has been susceptible to the political pressures of the day.

The third involves the absence of "*rights consciousness*" among the Chinese population. The absence of a tradition whereby individuals place themselves in a position adversarial to the government to demand basic rights renders even an enforceable set of rights norms less than significant. The 1982 Constitution currently in force provides for a somewhat more complete enforcement mechanism than the one foreseen in the 1978 Constitution. Article 41⁷ provides citizens with the right to compensation for losses suffered through infringement of their "*civic rights*" by a state organ. However that right is seriously curtailed through Article 51: "*The exercise by citizens of the People's Republic of China of their freedoms and rights may not infringe upon the interests of the state, of society and of the collective, or upon the lawful freedoms and rights of other citizens*".

The legislation's future efficacy must be scrutinized. Its relevance to women's rights has yet to be discussed or even recognized by those in China concerned with the legal rights of women and the implementation of the Convention. As will be discussed below, the Constitution may not entirely lack value as a rights document; however, the absence of strict legal enforceability requires a more sophisticated understanding of the status and importance of the Constitution in Chinese politics.

As regards the degree of judicial independence, we argue that this issue must be understood in light of the theoretical basis upon which the role of the judiciary has developed.

Nonetheless, there is at bottom a tenuous foundation for asserting the existence of rights independent of those benefits which the government at a given time is prepared to confer.

Another problem involves the absence of "*rights consciousness*" among the Chinese people, which transcends the issue of whether there exists at present a legal mechanism for the enforcement of rights. The PRC instituted a program of education, beginning in the early 1980s, to make people aware of the legal system and their rights under Chinese law. The China Women's Federation has also begun to promote an understanding of legal rights among women. The continuation of such programmes is instrumental to the success of Chinese constitutionalism and the rule of law, at least in the Western sense.

In the light of the above-mentioned, the Constitution's significance may seem to be more as a statement of policy than a fundamental legal document upon which citizens can found claims against the government. However, the Constitution is not rendered entirely meaningless as a rights document. Like in other countries, *one mode* of rights enforcement which a strictly legal perspective overlooks is the media, which can be used to bring an issue beyond the purview of simply legal authorities to the attention of senior officials. *Another mode* can be the checks and balances within the bureaucratic apparatus and the Party. For example, the Labour Bureau has a responsibility to regulate employers' treatment of female workers. The question remains whether an individual can seek an injunction through legal process to guarantee fulfilment of that responsibility.

⁷ **Article 41**

(3) *Citizens who have suffered losses as a result of infringement of their civic rights by any State organ or functionary have the right to compensation in accordance with the provisions of law;*

3.2. Marriage and Family

The Marriage Law, more than the Constitution, is cited by the PRC when the status of women is raised. The Marriage Law endeavours to promote the equality of women in domestic affairs. Gender equality is reflected in the emphasis on freedom in the choice of partners, the right of either spouse to become part of the household of the other, equal status in the home (which includes mutual responsibilities for the education and rearing of children, and for family planning), joint ownership of household property and freedom of divorce where an affectionate relationship is irreparably broken. In addition, in a number of provinces and self-governing regions, regional regulations reiterate the norms in the Marriage Law.

The achievements made by the PRC with respect to the domestic role of Chinese women, and the difficulties still experienced by women, can only be understood in the context of an understanding of the traditional role of women. To an extent, that role is best encapsulated in the traditional saying “*Women should, as children, obey their fathers; while married, obey their husbands; and, on the death of their husbands, obey their eldest sons*”⁸. In that power hierarchy, the woman came to serve a domestic role subservient to the father, husband or son; the scope for independent pursuits was limited. Such a situation runs counter to the norms enunciated in Article 5 of the Convention, which deals with eliminating cultural stereotypes of the appropriate social roles for men and women.

Quite apart from the role of women *per se* in traditional Chinese society were the social practices governing marriage. These denied both the man and the woman freedom to choose their spouse. A restrictive interpretation of Article 16 of the Convention might suggest that these practices do not entail discrimination. State Parties are to ensure that men and women have “*the same right freely to choose a spouse and to enter into marriage only with their free and full consent*”. A more expansive reading of the Article would suggest that the Convention gives substance to the right *and* requires the right to be exercisable equally by men and women. In any case, women in traditional China inevitably bore the brunt of traditional marriage practices; thus, they fall within the legitimate purview of the Convention regardless of one’s interpretation. The first report of the PRC government to the Convention alludes to such practices when it discusses “*arranged or mercenary marriages*”. In fact, there are several distinct forms of arranged marriage, including bride sale by the woman’s family, “*adoption*” of female children into a family with a boy whom the girl would eventually marry and “*dower*” marriages, with the exchange between the bride’s and groom’s family of gifts sufficiently elaborate that the marriage amounts to bride sale. Once married, the woman could expect, at least initially, to be firmly under the command of her mother-in-law, with very little scope for free choice in the running of the household. Only subsequently, with the birth of the woman’s own children and the establishment of her own matriarchy, did she wrest a degree of control from the mother-in-law. Even then, as one Chinese sociologist points out, the influence of the wife only went as far as matters within the household. The role of women in the traditional household falls squarely within the concern of Article 5 of the Convention as a “*social and cultural pattern based on stereotyped roles for men and women*”. Worse still for a woman than her traditional role in a functional family dynamic was her plight in a dysfunctional one.

Divorce was not readily available for either men or women, but the impact of this fact was felt more acutely by the woman. Likely she had no say in the selection of her marriage partner to begin with; and while her husband had the option of taking a compatible concubine, the wife’s purely domestic role denied her any similar social freedom. Article 16 of the Convention once again addresses this social pattern, in stressing the “*same rights and responsibilities during marriage and at its dissolution*”.

In fact, from certain perspectives, the success of the Chinese government’s reforms is visible. One is the rise in the divorce rate, a phenomenon which in itself would not be welcome but for the

⁸ Known as the “*three obediences*” it governs women’s behaviour in traditional China;

implication that there is increased legal and social freedom to divorce. Another is the apparent growth in marriage freedom. At least in the cities, relations “*based on affection*” appear to be becoming the norm⁹. A number of concerns remain with respect to the regulation of marriage, however. The *first* is the apparent gender discrimination already noted in the minimum marriage ages in the Marriage Law. Chinese officials defend the differential as being based on biological differences, differences which are not a justification for violation of the norm in Article 15 of gender equality before the law or of the norm in Article 16 of equality rights in marriage. A *second* concern is the vulnerability of legal rights under the Marriage Law to the influence of the contemporary doctrinal line. Present accessibility of divorce notwithstanding, past experience suggests women’s rights in this regard may remain contingent upon other social goals.

A *third* concern is the persistence of traditional forms of marriage which deny women the rights of free choice envisioned by the Convention. The government candidly admits that such practices as arranged and “*mercenary*” marriages persist in some places in China. To some extent, the elimination of traditional marriage practices will be a consequence of reforms in other areas, including the improved opportunities for women in education and employment, and the elimination of traditional ideas about the role of women. The legal provisions with respect to equality in the home would also seem to address some of the more basic problems faced by women. In the traditional Chinese household, the overwhelming majority of domestic tasks were performed by women, leaving them little freedom for outside activities. The Marriage Law specifies that both husband and wife have the freedom to participate in outside activities (Article 11), and that husband and wife have the duty to support and to assist each other (Article 14). The problem with legislating such behavioural norms is the difficulty in enforcing them. In fact, it is apparent that women continue to bear the primary responsibility for domestic work. As will be discussed below under social and cultural stereotyping, the government has implemented an educational campaign in tandem with its legislative reform discouraging traditional forms of behaviour detrimental to the raising of women’s position in Chinese society. This may be the only answer to the problem of persistent traditions with respect to the family.

3.3. Political and Public Life

Article 7 of the Convention¹⁰ stipulates that States Parties take appropriate measures to eliminate discrimination against women in political and public life and to ensure women have the equal right with men, among other things, to vote and be eligible for election to publicly elected bodies, to participate in the formulation of government policy and to participate in non-governmental organizations concerning public and political life. The small number of women participating in the public life of China suggests the persistence of gender-based discrimination.

Statistics suggest that the situation is not as bad as might be expected from looking at traditional patterns. According to those statistics, 95% of women participate in the election of political leaders. At the elections of March 2008, from 2,987 seats in the Chinese Parliament, the women hold 637 seats, that number being 21.3% of the total number of representatives¹¹. As regards the Chinese women in ministerial positions, in a world wide chart of appointments up to January 1, 2008, China was on the 73 position with just 3 women ministers from a total of 35, that

⁹ The All China Women’s Federation indicates that while only 20% of contemporary marriages are founded on relationships begun by the two spouses themselves, 60% of couples are founded on mutual affection despite having commenced through the introduction of third parties;

¹⁰ *States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the political and public life of the country and, in particular, shall ensure to women, on equal terms with men, the right:*

(a) *To vote in all elections and public referenda and to be eligible for election to all publicly elected bodies;*

(b) *To participate in the formulation of government policy and the implementation thereof and to hold public office and perform all public functions at all levels of government;*

(c) *To participate in non-governmental organizations and associations concerned with the public and political life of the country;*

¹¹ <http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm>;

number being 8.6% of the total number of ministers¹².

Six hundred and thirty four women representatives took part in the recent Session of the National People's Congress, that number being 21.3% of the total number of representatives. At the various levels of the party nationally, there are 8.7 million women cadres, 22.8% of all cadres.

A disconcerting fact not visible in the figures, however, is that the percentage of women in top political posts dropped recently. Some official debate about the need for quotas for women in government can be inferred from media discussion of the issue. However, in the longer term, as with other aspects of women's status, the issue will need to be resolved through improved educational opportunities for women, the elimination of underlying stereotypes, and affirmative action with respect to the recruitment of women into public life.

3.4. Education

Article 10¹³ of the Convention addresses the need for equal rights to education. From a legal point of view, men and women, girls and boys, have equal access to educational opportunities. As noted, Article 46 of the Constitution provides for a universal right to receive education. The Compulsory Education Act specifies a compulsory period of education, regardless of gender. All government levels are required to act to enforce the norm (Article 9). Tuition is free, and scholarships are available to impoverished students (Article 10). Any parent wishing to excuse his or her child from attendance at school must receive the approval of the local government authority (Article 11). The problem, however, is the enforcement of that norm. Despite the compulsory nature of primary education, not all girls attend primary school. Statistics indicate that 45% of primary school students nationally are girls. This suggests a considerable number of girls are not attending even the most basic schooling. For higher education, the statistics are even less encouraging: only 40% of secondary school students and 33% of university students are female. The situation involves a number of related problems. The first and most direct problem implied by female non-attendance at school relates to the requirements of Article 10 of the Convention relative to equal access to education. A real problem consists in the persistence of traditional attitudes among parents that the education of girls is unnecessary, the effect being that families prevent their female children from attending school. The view is that, since a girl's future entails being married into another family's household and doing housework, there is little point to sending her to school. Recent economic reforms reinforce traditional values excluding women from education. The daughter is useful labour until she marries, and

¹² http://www.ipu.org/pdf/publications/wmmmap08_en.pdf;

¹³ **Article 10**

States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in order to ensure to them equal rights with men in the field of education and in particular to ensure, on a basis of equality of men and women:

(a) The same conditions for career and vocational guidance, for access to studies and for the achievement of diplomas in educational establishments of all categories in rural as well as in urban areas; this equality shall be ensured in pre-school, general, technical, professional and higher technical education, as well as in all types of vocational training;

(b) Access to the same curricula, the same examinations, teaching staff with qualifications of the same standard and school premises and equipment of the same quality;

(c) The elimination of any stereotyped concept of the roles of men and women at all levels and in all forms of education by encouraging coeducation and other types of education which will help to achieve this aim and, in particular, by the revision of textbooks and school programmes and the adaptation of teaching methods;

(d) The same opportunities to benefit from scholarships and other study grants;

(e) The same opportunities for access to programmes of continuing education, including adult and functional literacy programmes, particularly those aimed at reducing, at the earliest possible time, any gap in education existing between men and women;

(f) The reduction of female student drop-out rates and the organization of programmes for girls and women who have left school prematurely;

(g) The same Opportunities to participate actively in sports and physical education;

(h) Access to specific educational information to help to ensure the health and well-being of families, including information and advice on family planning;

once married is no longer part of her parents' household. The future value of an educated daughter is seen as minimal, while the present costs of not having an additional labourer are high. A further problem is that the economic impetus for a woman to attend school is less than it is for a man. As will be discussed below, the employment market is structured in such a way that it is more difficult for women to find employment. It makes less sense for a family to put its daughter through university, or for a woman to struggle to put herself through university, when job opportunities for her, once graduated, are few.

A final problem is perhaps the most intractable. It is the view held by some that women have *less intellectual capacity* than men, a view that aggravates the lack of employment prospects for women. Meanwhile, from the perspective of the Convention, the improvement of educational opportunities for women is important in more than one respect. The *first* is the value of equal access to education as an end in itself, required by Article 10 of the Convention. The *second* is the importance of education to the achievement by women of greater equality in other social and economic spheres. Education is a tool in the achievement of greater influence and respect in family matters, employment and cultural and political life. The PRC recognizes the problem, and has initiated a number of educational programmes in addition to conventional schooling to remedy it. Women's colleges providing technical training have been established in rural areas.

Correspondence universities, television universities and night schools make education available to those who cannot attend school full-time or who would otherwise be isolated from higher education. The key to raising the educational levels of women lies, in part, in expanding those programmes. More fundamentally, it involves greater efforts both to eliminate stereotypes that suggest education for women is unnecessary and to enhance the kind of access to employment which would make education more attractive.

3.5. Employment

Article 11 of the Convention¹⁴ specifies the necessity of measures to ensure, among other things, equal access to employment opportunities and remuneration in employment, equality in the

¹⁴ Article 11

1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of employment in order to ensure, on a basis of equality of men and women, the same rights, in particular:

- (a) The right to work as an inalienable right of all human beings;
- (b) The right to the same employment opportunities, including the application of the same criteria for selection in matters of employment;
- (c) The right to free choice of profession and employment, the right to promotion, job security and all benefits and conditions of service and the right to receive vocational training and retraining, including apprenticeships, advanced vocational training and recurrent training;
- (d) The right to equal remuneration, including benefits, and to equal treatment in respect of work of equal value, as well as equality of treatment in the evaluation of the quality of work;
- (e) The right to social security, particularly in cases of retirement, unemployment, sickness, invalidity and old age and other incapacity to work, as well as the right to paid leave;
- (f) The right to protection of health and to safety in working conditions, including the safeguarding of the function of reproduction.

2. In order to prevent discrimination against women on the grounds of marriage or maternity and to ensure their effective right to work, States Parties shall take appropriate measures:

- (a) To prohibit, subject to the imposition of sanctions, dismissal on the grounds of pregnancy or of maternity leave and discrimination in dismissals on the basis of marital status;
- (b) To introduce maternity leave with pay or with comparable social benefits without loss of former employment, seniority or social allowances;
- (c) To encourage the provision of the necessary supporting social services to enable parents to combine family obligations with work responsibilities and participation in public life, in particular through promoting the establishment and development of a network of child-care facilities;
- (d) To provide special protection to women during pregnancy in types of work proved to be harmful to them.

3. Protective legislation relating to matters covered in this article shall be reviewed periodically in the light of scientific and technological knowledge and shall be revised, repealed or extended as necessary;

provision of social benefits to working parents and the right to maternity leave. Chinese law has gone a great distance toward codifying the Convention's norms; still, as in other areas of women's equality, the social reality suggests there is great room for improvement by way of implementing these norms. The Constitution stipulates the right and duty of all Chinese citizens to work (Article 42) and the principle of equal pay for equal work for men and women (Article 48). A number of legislative acts attempt to implement those concepts through the protection of women's rights in the workplace. An elaborate regime has been put in place which recognizes the special vulnerabilities of women and protects them from workplace hazards. Women are also provided with extensive kinds of protection and benefits during child-bearing. A number of problems exist nonetheless.

Entitlement to these protections can only be described as a contingent right. This kind of "tied right" is all the more troublesome since the tie is with China's controversial family planning regime. The more fundamental concern is the failure of the reality to live up to the situation suggested by the legislative infrastructure. In the workplace as elsewhere, economic reforms in both agriculture and industry emphasising the profit motive undermine the cause of equality for women. In the industrial sector, the PRC is moving away from a pure quota system in the allocation of workers to enterprises, allowing individual work units greater say in what personnel they hire. In the competitive, more *laissez-faire* environment created, enterprises are unwilling to hire women. Partly responsible for the inability of Chinese women to succeed in a competitive job market is the already discussed persistence of cultural stereotypes about women's capacities. Also responsible are the costs associated with female employees, including costs imposed on enterprises by regulations intended to protect women, such as maternity leave rights. This fact suggests that such provisions are *discriminatory in effect* if not also *discriminatory in intent*. In agriculture, the dismantling of the majority of the communal sector has rendered a market-driven employment sector where women fare little better. In addition, the collective-run welfare services possible only through a communal sector are no longer feasible. Within this factual context, assessment of the implementation of the Convention is hampered by the difficulty in assessing what is required by non-discrimination in the hiring of workers.

Assistance is given to women in competing in the new employment environment, including technical training of both rural and urban women. However, little regard is given to the tension between women's competitiveness and the increased costs to an employer of providing the benefits to which women are entitled under Chinese law.

The need for society to assume those costs more broadly is only slowly being recognized. In the meantime, women are caught between government largesse in demanding that enterprises make special provisions for women, and the enterprises' avoidance of the cost of those provisions by not hiring women.

3.6. Health Care and Family Planning

Article 12 of the Convention¹⁵ provides for equality between men and women in access to health care, and for the provision to women of medical services relevant to pregnancy and reproduction. Apart from the protection of women's health in the workplace discussed above, there are a number of policies reflecting the broader right to health care. The PRC, in both its first report to the CEDAW and in other information circulars, claims the existence of universal, free medical

¹⁵ *Article 12*

1. *States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of health care in order to ensure, on a basis of equality of men and women, access to health care services, including those related to family planning.*

2. *Notwithstanding the provisions of paragraph 1 of this article, States Parties shall ensure to women appropriate services in connection with pregnancy, confinement and the post-natal period, granting free services where necessary, as well as adequate nutrition during pregnancy and lactation;*

care. It also points to a network of health care facilities addressing the special needs of women and children. More controversial is the government's family planning program and its impact on women.

Each family is to have no more than one child. That policy is promoted through a number of incentives and sanctions, which include free medical care to the first child, and priority in housing allocation, university enrolment and employment. The PRC representative appearing in front of the CEDAW suggested that the government "*had to rely on the willingness of couples to have only one child since they could not be forced to do so.*" The fact that any such willingness is coerced, and that in many cases there is no element of free will poses some difficulties. In a society where wages are low and citizens look to the government to provide most essentials, the restriction of the above-mentioned "*incentives*" to the first child amounts to sanctions against two or more children. The question then arises as to whether state coercion against having more than one child amounts to a violation of the Convention. Article 16 provides for: "*The same rights [for men and women] to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children and to have access to the information, education and means to enable them to exercise these rights*".

However, a secret experiment allowing families in a rural Chinese county to have two children could herald the beginning of a social revolution after years of the notorious one-child-only rule. It has emerged that, 25 years ago, Beijing secretly authorized a pilot project in Yicheng County, 900 km southwest of the capital, in which families would be allowed to have a maximum of two children if they adhered to certain conditions¹⁶. That the Constitution stipulates equal responsibility for birth control (Article 49) would seem to reinforce the gender-neutral nature of population control. Still, a more expansive interpretation is supported by the fact that the primary burden of childbirth falls on women. Moreover, the language of the provision suggests some substantive content beyond simple equality. In any case, the more extreme practices developing under Chinese restrictive family planning are more easily recognized as violations of women's rights in this regard. It is a fact that in China intra-uterine devices (IUDs) were forced upon women, often implanted in the delivery room *without the woman's knowledge or consent*. Also noted are instances where one partner of couples with two or more children has been forced to undergo sterilization. Finally, examples of government "*persuasion*" to have abortions, including threatened fines, loss of job and loss of economic benefits, are recorded. In those circumstances, it becomes difficult to argue that the state is in accordance with the Convention in its administration of family planning. Female infanticide is a further disconcerting side effect of the population control policy. Traditionally, baby boys have always been preferred, for cultural and economic reasons discussed elsewhere in this paper. Daughters are seen as a transitory resource; boys, who remain with their parents after marriage, are a valuable form of social security. A family only having one child tends to care very strongly that this child be a boy. The result, in some areas of the Chinese countryside, is the surreptitious killing of female infants. Although no statistics are available, the phenomenon is recognized in the Chinese press and its effect is visible in the ratio of men to women. Strict population control has also aggravated domestic violence against women. Traditionally, a couple's continued inability to produce a male child was considered the failure of the wife. Under new population control policies, the wife is under greater pressure to "*get it right*" the first time, and where a daughter is born, the frustrated husband often turns to violence against his wife. In a variety of contexts, the strict birth control policy practiced by the PRC has had devastating effects. More than evidencing violation of women's rights to family planning and health care, female infanticide, the incidence of domestic violence and curtailed autonomy over reproduction caused by China's population policy indicates the denial of the kind of physical security necessary for the full exercise by women of social and political equality.

¹⁶ <http://www.theaustralian.com.au/news/world/chinas-days-of-one-child-only-may-be-ending/story-e6frg6so-1225842999078>;

3.7. Social and Cultural Stereotyping

At the root of discrimination against Chinese women are traditional stereotypes that persist despite revolutionary changes to Chinese society since the founding of the PRC. Not only do these suggest that work needs to be done for the PRC to be in compliance with Article 5 of the Convention, which requires states to take appropriate measures to modify social and cultural patterns; they raise doubt as to compliance with the Convention as a whole. In employment, education, politics and the family, underlying stereotypes remain the most tenacious source of gender discrimination. A variety of stereotyping is visible to the casual observer of Chinese society. Women are seen as being inferior to men - both in intellect and leadership. In school, girls are expected to, and generally do, defer to their male classmates. While seen as skilled in some "arts" disciplines like languages and literature, women are not encouraged to pursue science, math and other fields requiring pure logic. Fuelling these stereotypes are curious assumptions about the nature of womanhood. It is true that, in the early 1950s, a propaganda campaign "*The Special Characteristics of Female Intelligence*", Zhongguo Qingnian Bao (China Youth News), was undertaken to promote the norms of the then new 1950 Marriage Law. The 1960s saw the promotion in the Chinese media of the image of the "*iron girls*", tireless women who worked in heavy industry, embodiments of women's equal capability with men. Nonetheless, despite these efforts, and despite the tremendous capacity for coherent, forceful propaganda in a country where state controls of the media are so pervasive, the overall record is mixed in this regard. More specifically, the official image of women is inconsistent in its message about the importance of women's liberation. In recent years, a trend away from the dogma of "*iron women*" to that of "*builders of socialist spiritual civilization*" is noticeable. Instead of women's equality, the idea of the unique value of women to the socialist cause is encouraged. Particularly since the early 1980s, a woman's mothering role has been emphasized to the same degree as her equality outside the home. Thus, it is women who are responsible for providing family education: "*Women contribute a lot to culture and ideological advancement. In the field of education, women constitute a significant part of the teaching staff in kindergartens and primary and secondary schools. Mother too plays an important role, as she tends to have more responsibility in the family for children's education. Furthermore it is largely women who are responsible for the spreading of revolutionary ideology among those at home*".

Whatever contents the government encourages in that family education, the fact that women are the expected medium reflects continued gender bias. The message is mixed then; implicitly the status quo, wherein women are left with the burden of housework as well as the challenges of pursuing education and career, is sanctioned by the PRC through its government - controlled media. One is left with the impression that China's commitment to women's liberation is guarded at best.

4. The PRC and the Convention: Present Compliance and Future Prospects

The present status of Chinese women suggests considerable progress has been made towards the fulfilment of the objectives of the Convention. Undoubtedly, the situation of women is far better in 2010 than it was in 1949 or, for that matter, 1989. Moreover, judging from the far-reaching gender discrimination in the social structure the PRC inherited, as well as the tenacity of that social structure, the achievements of the PRC are not inconsiderable. However, some basic qualifications must be made. The *first* is that traditional attitudes persist. Marital patterns are an example. Already in the cities, "*modern*" attitudes have largely supplanted the traditional behaviour that denied marriage freedom; in the countryside, that traditional behaviour continues. Future policies must be designed to broaden women's liberation in matters relating to marriage. The *second* qualification is that in some areas the underlying stumbling blocks to gender equality have not been addressed. An example is the structural impediments to full employment equality. As already discussed, precious little examination has been made of the validity of job requirements

excluding the full participation of women. Specific examples include the elaborate demands made on employers with respect to female employees; and economic reforms that may expand potential opportunities for women, but in practice make women more vulnerable to traditional attitudes. The *third* qualification is the most fundamental. From the fact that some government policies do, as discussed above, conflict with the goal of promoting women's equality one might suspect that the PRC's commitment to the liberation of women is qualified by other concerns. Women's rights from this perspective involve their liberation from the old order in the name of becoming servants to the new. Still, in the case of the PRC, women's rights are too vulnerable to the demands of the revolution. Women's rights under family law have in the past been secondary to a leftist party line which suggests that exercising those rights is bourgeois. Women's constitutional rights as yet are still subject to a male-dominated judicial administration tied closely to party policy. Women's employment rights at present are being sacrificed in fulfilment of a domestic role.

Conclusions

Accepting the different doctrinal role of rights in a Marxist framework, it can still be argued that instrumentalism also requires rights as a realm distinct from collective interests. The Chinese experience shows that rights too directly contingent to other collective goals cease to be recognizable as rights, in which case they no longer serve their instrumental purpose. More available rights, apart from providing the kind of emancipation required by the Convention, would benefit the building of a socialist society in keeping with enunciated PRC policy. However it remains the case that considerable progress toward fulfilment of the Convention norms is feasible without having to come up against the distinction. Therein lies considerable scope for dialogue.

The government of the PRC and the Chinese Communist Party are rightfully proud of the improvements to women's lives that have occurred under their leadership. Women's feet are no longer bound, women are no longer legally purchased as slaves and concubines, women's literacy has increased dramatically, and women now participate in practically all spheres of business, industry and government. Nonetheless, there is extensive evidence presented in the Chinese press and scholarly literature that the PRC remains a patriarchal society in which inequality based on sex persists. As long as the wide chasm remains between the Chinese view and the Convention's view of women's rights, improvements in the legal status of women in China will not improve.

The present status of Chinese women suggests that there is much to be talked about in any such dialogue.

References

- Kumaralingam Amirthalingam, *Women's Rights, International Norms and Domestic Violence: Asian Perspectives*, (Human Rights Quarterly, vol. 27, Issue 2, The Johns Hopkins University Press, 2005), 683 - 708;
- *Constitution of the People's Republic of China* (Full text after amendment on March 14, 2004), http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/2007-1/15/content_1372964.htm;
- <http://heinonline.org/>;
- Ann D. Jordan, *Women's Rights in the People's Republic of China: Patriarchal Wine Poured From a Socialist Bottle*, (Journal of Chinese Law, vol. 8, Issue 1, 1994), 47-104;
- Mario G. Losano, *Great legal systems. Introduction in the European and Extra-European Law*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2005), 446 – 469;
- *Marriage Law of the People's Republic of China* adopted at the Third Session of the Fifth National People's Congress on September 10, 1980, http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/13/content_1384064.htm;
- Paul D. McKenziet, *China and the Women's Convention: Prospects for the Implementation of an International Norm*, (China Law Reporter, vol. 7, Issue 1 1991), 21 – 60;

- *The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women* adopted by the UN General Assembly in 1979;
- www.ipu.org/wmn-e/classif.htm;
- www.ipu.org/pdf/publications/wmnmap08_en.pdf;
- www.theaustralian.com.au/news/world/chinas-days-of-one-child-only-may-be-ending/story-e6f6g6so-1225842999078;
- www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/states.htm;
- Margaret Y. K. Woo, *Law, Development, and the Rights of Chinese Women: a Snapshot from the Field*, (Columbia Journal of Asian Law, vol. 19, Issue 1, 2005), 345 - 360.

TREATY OF LISBON – INNOVATIONS IN THE EU DECISION-MAKING MECHANISMS & PROCEDURAL MATTERS

Viorel TOMESCU*

Abstract

Despite the compromise reached at the European Council in Nice, in December 2000, most of the EU Member States were well aware of the very temporary meaning of their agreement. The explanation was quite obvious: the adjustments of EU instruments and procedures agreed in Nice were not enough in order to allow the Union to face with the challenges of the forthcoming EU enlargements and not the least to act efficiently in a multipolar world. There were at least four main reasons to go further with the EU institutional reform: the need for more efficient decision-making mechanisms within a Union with 25 - 27 Member States; improved tools at the EU disposal in order to enhance its profile as a global player; an increased political role for the European Parliament and national parliaments; more legitimacy for EU institutions and an increased capacity of these institutions to promote the interests of EU citizens. The right answer to these multiple challenges was not found easily, as pointed out by the failure of referenda on the Constitutional Treaty in France and Netherlands. Despite these setbacks, the final “product”, namely the Treaty of Lisbon, was unanimously considered, once completed the ratification process in all the 27 Member States, as a significant step forward for the European project. The paper “Treaty of Lisbon – Innovations in the EU Decision-Making Mechanisms & Procedural Matters” intends to point out the main innovations on the procedural matters and in decision-making mechanisms brought by the Lisbon Treaty, directly linked with its new institutional framework. At the same time, a particular attention is paid to the possible implications of these innovations from a double perspective: on one hand, the increased legitimacy of EU institutions; on the other hand, its better capacity to adapt itself and give more appropriate answers to the global challenges of the 21st century.

Keywords: *European Union – Nice Treaty - Lisbon Treaty - New Institutional Framework - Adjusted Decision-Making Mechanisms.*

Introduction

From the very beginning, it should be noted that given the complexity of this topic, the paper does not intend nor has the ambition to exhaust all the issues circumscribed to the above-mentioned topics, focusing primarily on the major innovations put forward by the Lisbon Treaty as for the EU decision-making mechanisms and procedural matters.

As far as the importance of this topic is concerned it's worth mentioning its relevance in terms of ensuring a better capacity of an enlarged Union, with 27 or even more Member States, to face with the challenges of an increasingly globalized world and consequently to assume a more significant profile and materialize its ambition to act as a global player [6].

The paper makes a brief analysis of the main innovations proposed by the Treaty of Lisbon in the decision-making mechanisms and on procedural matters advancing, at the same time, some assessments of their possible consequences for the efficiency of the EU internal dynamics and last but not the least for the EU political and institutional balance.

In this context, the paper assesses critically some possible syncopes or setbacks that might occur as a direct consequence of some new Treaty's certain provisions, with concrete reference to the Ioannina compromise and the „early warning procedure”, ie the scrutiny right at EU level offered to the national parliaments by the EU new legal framework.

In order to present a larger range of points of views on the above-mentioned issues, the paper makes concrete references to the opinions of some relevant analysts at EU level.

* Ph.D. candidate, Faculty of Law, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: vgtomescu@yahoo.fr).

Paper content

Despite the compromise reached at the European Council in Nice, in December 2000, most of the EU Member States were well aware of the very temporary meaning of their agreement. The explanation was quite obvious: the adjustments of EU instruments and procedures agreed in Nice were not enough in order to allow the Union to face with the challenges of the forthcoming EU enlargements and not the least to act efficiently in a multipolar world.

There were at least four main reasons to go further with the EU institutional reform: the need for more efficient decision-making mechanisms within a Union with 25 - 27 Member States; improved tools at the EU disposal in order to enhance its profile as a global player; an increased political role for the European Parliament and national parliaments; more legitimacy for EU institutions and an increased capacity of these institutions to promote the interests of EU citizens.

The Treaty of Lisbon entered into force on 1 December 2009, after a not very easy process of ratification, having obviously as main points of suspense the two referenda in Ireland.

As far as its formal structure is concerned, the new treaty encompasses the Treaty on European Union (that keeps the same name as it has had in the Nice Treaty) and the Treaty on the Functioning of the European Union (replacing the former Treaty establishing the European Community).

Summarizing the main institutional and procedural reforms brought by the Lisbon Treaty, it's worth mentioning:

- the “formalization of European Council, as a core EU institution” [3]; subsequently, a permanent President of the European Council have been appointed for a two and a half years mandate, renewable once;
- the establishing of a “key” function for CFSP¹/CSDP²: the High Representative for Foreign Affairs and Security Policy, merging the posts of Secretary General of the Council and EU Commissioner for External Relations; actually, the new EU function “combines at once three different jobs”[2]: on one hand, the President of the Foreign Affairs Council and Council's representative for the Common Foreign and Security Policy, and on the other hand, the Vice-President of the Commission;
 - an adjusted European Commission, diminished to 18 commissioners, as of 2014³;
 - an increased role for the European Parliament at EU level thanks to the extension of the co-decision procedure that has become an ordinary procedure in the legislative area;
 - the national parliaments will be directly involved in the EU legislative procedures, through their enhanced role and responsibilities in the monitoring and control of the implementation of subsidiarity principle;
 - despite the fact that the Charter of Fundamental Rights is not a part of the new Treaty, “the Lisbon Treaty makes a cross-reference to the Charter”[2] (including a clear definition of its range of application); as a consequence the Charter of Fundamental Rights is unanimously perceived as a real “catalogue of the rights of EU citizens”; the Charter offers “binding guarantees” to the EU citizens, having a mandatory legal nature at EU level⁴
 - the double majority for the decisions making mechanisms within the EU Council, to be applied from 2014, possibly from 2017
 - the „European Citizens Initiative”, ie the possibility to promote new EU legislation through a popular initiative backed by at least one million citizens from at least one third of the Member States.

¹ Common Foreign and Security Policy.

² Common Security and Defence Policy.

³ In accordance with the outcome of European Council in Brussels, in December 2008, the size of European Commission has been kept to 27 members.

⁴ Except of United Kingdom and Poland / Consolidated version of the Lisbon Treaty/ Protocol no. 30 on the application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom

1. Innovations in the decision-making mechanisms

a. The „double majority”.

The Lisbon Treaty establishes a new QMV rule, known as the „double majority” rule, defined as it follows:

- the new voting system by "double majority" takes into account a rather large majority of EU Member States (at least 55% or 15 members in the EU-27) and the Union demographic dimension (at least 65% of its population)⁵;

- Blocking minority must include at least 4 members of the Council; the provision on blocking minority (in terms of the necessary number of Member States able to prevent the adoption of a decision) is further completed by the TFEU with some special mentions related to the population of these Member States [7]⁶;

Article 238 of the Treaty on the Functioning of the EU (completed with the provisions laid down in the Protocol on transitional provisions [7]⁷), further specifies the content of „the double majority system”, imposing more restrictive conditions for a valid QMV when the Council does not act on a proposal from the Commission or from the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, stipulating that in such situations „the qualified majority shall be defined as at least 72 % of the members of the Council, representing Member States comprising at least 65 % of the population of the Union”.

The above-mentioned provision is also valid when not all the members of the Council are participating in voting. In line with the provisions of the Nice Treaty, the abstention is not preventing the adoption of acts which require unanimity.

b. The „IOANNINA compromise”

The Lisbon Treaty introduces a slightly modified version of the IOANNINA compromise (compared with the Nice Treaty), but in concrete terms there are not significant new consequences on these matters. The new version of IOANNINA compromise, as included in the Lisbon Treaty, stipulates that it is possible for the Member States which represent at least 75% of the EU population and share at least 75% of the number of Member States necessary to constitute a blocking minority⁸ to ask the Council, invoking a strong national interest, to delay the adoption of a decision in order to facilitate an agreement with broader support. For the period following 2017, the new Treaty applies a second threshold: at least 55% of the population or at least 55% of the Member States necessary to constitute a „blocking minority”.

Through this legal "trick", the Lisbon Treaty offers some “additional time” [4] (on a strictly temporary basis) for the Member States opposing to a certain decision to be taken in the EU Council and close enough to the blocking minority, ie to the possibility to prevent the adoption of a decision by QMV.

In our view, the meaning of "IOANNINA compromise" should be understood only as a delay, a „breathing” time, an additional possibility to find out a compromise solution closer to the specific interests of the Member States that invoke it.

⁵ The qualified majority rule stipulated in the Lisbon Treaty (Article 16/paragraph 4 of the Consolidated version of the Treaty on the European Union) states that: „as from 1 November 2014, a qualified majority shall be defined as at least 55 % of the members of the Council, comprising at least fifteen of them and representing Member States comprising at least 65 % of the population of the Union”.

⁶ [7]: „a blocking minority must include at least the minimum number of Council members representing more than 35 % of the population of the participating Member States, plus one member, failing which the qualified majority shall be deemed attained”.

⁷ [7]: Protocol (No.36) on transitional provisions /Title II, article 3.

⁸ In accordance with the Lisbon Treaty, the “blocking minority”, must include at least 4 Member States.

At the moment of negotiations within the 2007 Intergovernmental Conference, the „Ioannina compromise” was considered just an „incentive” and a „transitional vehicle” able to facilitate the acceptance by Warsaw of the „double majority” voting system.

The concrete use of the "IOANNINA compromise" implies that Member States who oppose the decision of the Council are numerically able to achieve a significant threshold. In the event of the applicability of this formula, „the other Member States undertake to seek a compromise allowing the opposition rally, reserving however, at any time, the right to vote on the draft legal text considered in its initial form” [4].

It worth mentioning that the implementation of this provision of the Lisbon Treaty gave rise to some controversial interpretations at EU level.

According to Germany, this compromise formula „does not mean a right of veto for the countries opposing to a decision” by QMV, but is „rather intended to serve as an adhoc mechanism offering more time to build broader support for a given decision” [4]. In the same logic, the „reflection time” should be limited by the existing EU decision making rules, ie it has not overcome three months.

At its turn, Poland has its own interpretation of the "IOANNINA compromise", significantly different from the German one. So, Warsaw invokes a „promise” that has been made to the Polish political leaders during the 2007 IGC, according to which a „deferral period on these matters of up to 2 years should be included as such in the new Treaty” [4]. As a direct consequence of these controversial issues, the Lisbon Treaty does not include any explicit reference⁹ to the duration of the deferral period. As a matter of consequence, the provisions related to the "IOANNINA compromise" are not placed in the „corpus” itself of the Lisbon Treaty, but in an annexed declaration¹⁰ to the Lisbon Treaty thus giving them a „diminished legal value” and pointing out the singular nature of these provisions.

c. Preliminary assessment

By accepting the "double majority" voting system in the Council, the Lisbon Treaty assumes a formula already agreed at the 2003/2004 Intergovernmental Conference, „introducing a radical shift in the EU decision-making system” [4], whose entry into force is foreseen for 2014, with a possibility of extending this date to 2017.

The new QMV criteria are unanimously perceived as reflecting in a more democratic, efficient and balanced way, compared with the Nice Treaty, the political will of majority of EU citizens and the specific weight of each individual Member State. So, different to the Nice system¹¹ (still valid), in the new voting formula the threshold is lowered, which is likely to facilitate to a certain extent the adoption of decisions.

The new voting system establishes as main criterion in shaping the qualified majority the primacy of the demographic dimension of the EU Member States. So, beyond „the natural decrease of their relative weight” [4] due of to the EU enlargement, the Lisbon Treaty „transfers to a significant extent the voting power from the small and medium-sized”. Member States and even from rather big countries such as Spain and Poland (that have previously benefited from

⁹ Protocol (no 9) on the decision of the Council relating to the implementation of article 16(4) of the Treaty on European Union and Article 238(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union for the period between 1 November 2014 and 31 March 2017 on the one hand, and as from 1 April 2017 on the other.

¹⁰ Declaration on Article 16(4) of the Treaty on European Union and Article 238(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union: "The Council shall, in the course of these discussions, do all in its power to reach, within a reasonable time and without prejudicing obligatory time limits laid down by Union law, a satisfactory solution to address concerns raised by the members of the Council ...".

¹¹ The new provisions of the Lisbon Treaty related to the qualified majority in the European Council and EU Council shall take effect on 1 November 2014 or possibly on 31 March 2017.

some favourable provisions of the Nice Treaty) to the greatest¹² EU „players”. The average growth - after 2014 - in the „voting weight” of "the big 4" is estimated at more than 3.5% [4].

Amongst „the 4”, Germany is unanimously perceived as „the main beneficiary of the new voting system” [4], the full effects in terms of power balance within the Union being still difficult to estimate. It is also expected that the new voting system „will significantly alter the existing balance of power” [4] in the German-French "tandem", given that Germany will have about one third more weight in the decision-making mechanisms compared with its French traditional partner.

Amongst the smaller countries, „Latvia, Slovenia and Estonia seem to be the most affected” [4] in terms of „voting power” compared with Nice system.

As far as Romania is concerned, the first assessments point out that Bucharest is not disadvantaged by the new voting system taking into account that under the rules of Nice Treaty, it didn't benefit from an „excessive” voting weight in relation to its demographic dimension.

Another significant factor to be taken into consideration is the influence of the new voting system for „the ability of EU member states to interact” [4] between them, to establish „alliances” or agreements on specific issues to be discussed and decided in the EU Council of Ministers within an enlarged Union of 27 or more Member States.

Amongst the new areas (with a certain "sensitivity" for the EU public opinion) that will benefit from the new qualified majority voting rule, may be mentioned: the external borders control, common immigration policy, asylum, visa control, judicial cooperation in criminal sphere.

One more remark: unanimity is maintained for all decisions with tax implications, in the sphere of social security, and last but not the least in the field of CFSP/CSDP¹³.

It is worth noting that compared to the Nice system, the progress made by Lisbon Treaty in the decision-making mechanisms is „quite irrelevant” [1] on CFSP matters. Unanimity remains the basic rule, thus maintaining the intergovernmental nature of this area, having a high political charge. Qualified majority in Council may be used, in exceptional cases, only when the High Representative for Foreign Affairs and Security Policy submits a proposal, at the specific request of the European Council, or EU Council.

Despite the disappointments of supporters of a deeper integration on CFSP matters, the Treaty of Lisbon does make an important step ahead by introducing - for the first time on such matters - the so-called „enhanced cooperation” and even more through the new mechanism of „permanent structured cooperation”.

2. Innovations on procedural matters

a. Co-decision and the „ordinary legislative procedure”

The Lisbon Treaty significantly “changes the relevant terminology” [5] in this area. So, the procedure of co-decision between the European Parliament and EU Council becomes the „ordinary legislative procedure”¹⁴ and all the other procedures are grouped together under the generic appellation „special legislative procedures”¹⁵. As far as the “cooperation procedure” is concerned, this procedure was removed from the Lisbon Treaty.

¹² Germany, France, United Kingdom, Italy.

¹³ Situations where the qualified majority voting procedure in the CFSP is applied: decision establishing a Union action or position based on a European Council decision; decisions based on the EU HR proposal (on its own initiative or at the request of European Council); decision to implement another decision which, at its turn, defines a EU action or position; the appointment of a EU Special Representative.

¹⁴ Article 289(1) Lisbon Treaty/ TFEU: “the ordinary legislative procedure shall consist in the joint adoption by the European Parliament and the Council of a regulation, directive or decision on a proposal from the Commission”.

¹⁵ The „special legislative procedure” applies not only to „consultation procedure” and „assent procedure” but also to budgetary procedures.

It's worth mentioning that the European Council may decide - by a decision taken unanimously and after the approval of the European Parliament - to submit to the ordinary legislative procedure a certain topic having relevance only for a special legislative procedure. Such a provision „leaves the door open” to further extension of the ordinary legislative procedure and, as a consequence, „enhance the legislative role” [1] held by the European Parliament.

The field of application of „co-decision” was extended to 40 areas. A special remark for the area of “judicial and police cooperation on criminal matters” which has become almost entirely subject of the ordinary legislative procedure.

In accordance with the Lisbon Treaty, in the ordinary legislative procedure, the "right of initiative" exclusively¹⁶ belongs to the European Commission, except where the EU Treaty stipulates otherwise¹⁷. The Commission “may alter its proposal at any time during the procedures leading to the adoption of a Union act”¹⁸ provided that the Council did not react to its initiative.

Another significant innovation on procedural matters introduced by the new Treaty takes into account the so-called „non-legislative acts”¹⁹.

In concrete terms, the Lisbon Treaty has formalized the possibility for the EU legislative authority (the European Parliament or the EU Council) to decide (by the majority of its members, respectively by a qualified majority) a “delegation of power” [5] to the Commission by which the Commission may “adopt non-legislative acts of general application to supplement or amend certain non-essential elements of a legislative act”. Even if it's not always very easy to distinguish between an essential and an accessory aspect of a legislative act, the provisions of this article are perceived as an important step towards the recognition of the so-called “legislative delegation”[1].

Article 294 (15) / TFEU adapts the ordinary legislative procedure to some particular cases where the European Commission is not the originator of an initiative²⁰; this adaptation may be regarded as “a consequence of the removal of EU pillars”²¹, leading to the elimination of certain procedures, including the obligation of the Council to act unanimously on the amendments on which the Commission has delivered a negative opinion.

As a last remark, it's worth remarking that “the distinction between the legislative domain and the non legislative one is quite innovative” and “leads to a new hierarchy within the EU secondary law” [5].

b. Enhanced role for the national parliaments in the EU legislative process

The Lisbon Treaty introduces an important innovation by stipulating the direct involvement of the national Parliaments in the EU legislative process through the “early warning” mechanism. So, the national Parliaments are supposed to act as genuine "watchdogs" [8] of the principle of subsidiarity “at an early stage of the decision-making procedure”.

In this respect, all proposals or initiatives from the Member States, European Commission, European Parliament, requests from the Court of Justice, recommendations from the European Central Bank or European Investment Bank are sent for opinion to the national parliaments. The national parliaments have an eight-week period to formulate their assessments, in accordance with the principle of subsidiarity.

¹⁶ Except where the Treaty provides otherwise, as it's the case for judicial and police cooperation on criminal matters.

¹⁷ [7]:[Article 289\(4\) Lisbon Treaty/ TFEU](#): “In the specific cases provided for by the Treaties, legislative acts may be adopted on the initiative of a group of Member States or of the European Parliament, on a recommendation from the European Central Bank or at the request of the Court of Justice or the European Investment Bank”.

¹⁸ [7]:[Article 293\(2\) Lisbon Treaty/ TFEU](#).

¹⁹ C 115/172 EN Official Journal of the European Union 9.5.2008 /Lisbon Treaty/ TFEU/ [Article 290](#).

²⁰ [7]:[Art. 294 \(15\)Lisbon Treaty /TFEU](#): „Where, in the cases provided for in the Treaties, a legislative act is submitted to the ordinary legislative procedure on the initiative of a group of Member States, on a recommendation by the European Central Bank, or at the request of the Court of Justice.....”.

²¹ Idem.

If (at least) one third of the national parliaments²² contest the compliance of a draft legislative act with the principle of subsidiarity - the so-called “yellow card” - the European Commission is compelled to review its proposal and subsequently may maintain, amend or withdraw the initial proposal, motivating its decision.

The necessary threshold for the activation of this “early warning” [8] mechanism is diminished to a quarter in the case of a legislative initiative in the area of freedom, security and justice²³.

If the draft legislative act is contested by a simple majority of the national Parliaments - “orange card” [8], the Commission has the obligation to re-examine the proposal. If the Commission doesn't change its proposal, it has to present the reasons of its position.

At his turn, the co-legislator (the European Parliament in the ordinary legislative procedure) verifies the compatibility with the principle of subsidiarity of the legislative proposal, taking into account the observations of the national parliaments.

In case that at least one of the two “co-legislators” (the EU Council or the the European Parliament) decides²⁴ that a legislative project promoted by the European Commission is not entirely compatible with the principle of subsidiarity, the legislative initiative is no more taken into consideration.

3. Conclusions

Despite some inherent criticism, the Lisbon Treaty represents a significant progress in the evolution of European project in terms of coherence and efficiency, democratic legitimacy and improved decision-making mechanisms and procedures.

The new legal and institutional framework provided by the Lisbon Treaty equips the EU with more democratic decision-making mechanisms and improved legislative procedures able to significantly contribute to enhancing the efficiency and coherence of EU action.

To reach these goals the way in which the Lisbon Treaty will be implemented is at least as important as the outstanding efforts made over the last 10 years by the EU political leaders, the European institutions, the Member States, the civil society at European level in order to promote the Union political and institutional reform.

The „double majority” voting system is not only more democratic but also more effective compared with the previous ones since it facilitates and equally accelerates the decision-making processes, issue of particular importance in an enlarged Union with 27 or more Member States.

At the same time, the extension of co-decision procedure has unanimously been considered as a major step ahead for the Community method, significantly enhancing the co-legislator role of the European Parliament and, as a direct consequence, the EU democratic legitimacy.

The entry into force of the Nice Treaty and of its new decision-making mechanisms and procedures will significantly improve the Union's ability to adopt decisions, even compared with with EU-12. In this respect, the reliability and flexibility of the new EU decision-making mechanisms is widely acknowledged at European level and should not produce large disturbances even in the case of EU accession of a candidate state having the „size” of Turkey, beyond the broader implications and the impact of such an event for the nature and objectives of European project.

The major institutional and procedural improvements brought about by the Lisbon Treaty – amongst which the establishment of a new qualified majority rule with “double majority”, extension of QMV to a significant number of new areas of EU action, strengthening the co-decision powers of the European Parliament and the increased role of national parliaments at EU

²² Allocating two votes to each bicameral national parliament.

²³ Art. 76 (2)/Lisbon Treaty / Treaty on the Functioning of the EU.

²⁴ By a majority of 55% of the Council's members, respectively by the majority of the votes in the European Parliament.

level - are unanimously considered as important assets and incentives towards further deepening of the European integration process.

References

1. Francois-Xavier Priollaude, David Siritzky: *Le Traite de Lisbonne*, La Documentation Francaise, Paris, 2008
2. Fondation Robert Schuman, *European Issues* n.69: "Understanding the Brussels Agreement on the Reform Treaty and the Intergovernmental Conference", July 2007
3. Fuerea Augustin: *Manualul Uniunii Europene*, Ediția a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2006
4. Kurpas Sebastian and Crum Ben (Vrije Universiteit Amsterdam): "The Treaty of Lisbon: Implementing the Institutional Innovations", Joint Study CEPS, EGMONT and European Policy Centre, November 2007
5. Jouno Thurian: *Questions europeennes. Le droit et les politiques de l'Union*, Presses Universitaires de France, 2009
6. Helly D., Petiteville F.: "L'Union européenne, acteur international", L'Harmattan, Paris, 2005
7. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union (2008/c 115/01)/9.5.2008/ Official Journal of the European Union C 115/1
8. http://europa.eu/institutions/decision-making/index_fr.htm.

THE EU ACQUIS REGARDING THE STATE AID

Sorina SERBAN-BARBU*
Andreea TABACU*
Amelia SINGH*

Abstract.

*The state aid system in the European Union is based on the statutory and secondary legislation as well as on the case law of the European Court of Justice. The related pieces of legislation are the integral part of the *acquis communautaire*, which the member states are required to incorporate into their legislation and legal system.*

State aid to individual undertakings in difficulties is normally assessed under Article 87(3)(c) of the TCE and the Community Guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty which articulate the Commission's understanding of Article 87(3)(c) of the Treaty for this type of aid.

In addition, under Article 87(3)(b) of the Treaty, the Commission may allow State aid "to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State". The Commission reaffirms that, in line with the case law and its decision making practice, Article 87(3)(b) necessitates a restrictive interpretation of what can be considered a serious disturbance of a Member State's economy. The objective of State aid control is to ensure that government interventions do not distort competition and trade inside the EU. In this respect, State aid is defined as an advantage in any form whatsoever conferred on a selective basis to undertakings by national public authorities. Therefore, subsidies granted to individuals or general measures open to all enterprises are not covered by Article 107 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and do not constitute State aid.

In the light of the level of seriousness that the current crisis in the financial markets has reached and of its possible impact on the overall economy of Member States, the Commission considers that Article 87(3)(b) is, in the present circumstances, available as a legal basis for aid measures undertaken to address this systemic crisis.

Key words: *European Union, *acquis*, state aid, legislation, member states.*

1. Introduction

The objective of State aid control is, as laid down in the founding Treaties of the European Communities, to ensure that government interventions do not distort competition and trade inside the EU. In this respect, State aid is defined as an advantage in any form whatsoever conferred on a selective basis to undertakings by national public authorities. Therefore, subsidies granted to individuals or general measures open to all enterprises are not covered by Article 107 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and do not constitute State aid. The EC Treaty pronounces the general prohibition of State aid. The founders, however, saw of course that in some circumstances, government interventions are necessary for a well-functioning and equitable economy. Therefore, the Treaty leaves room for a number of policy objectives for which State aid can be considered compatible. By complementing the fundamental rules through a series of legislative acts that provide for a number of exemptions, the European Commission has established a worldwide unique system of rules under which State aid is monitored and assessed in

* Asistant Ph.D. candidate, Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Pitesti, (sorinaserban26ian@yahoo.com)

* Lecturer Ph D., Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Pitesti, (andreea.tabacu@upit.ro)

* Asistant Ph.D. candidate, Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Pitesti, (singh.amelia@yahoo.com)

the European Union. This legal framework is regularly reviewed to improve its efficiency and to respond to the call of the European Councils for less but better targeted State aid in order to boost the European economy.

Following the deepening of the financial crisis in the autumn of 2008, the Commission provided guidance in the form of Communications on the design and implementation of State aid in favor of banks¹. In these Communications, the Commission recognized that the severity of the crisis justified the grant of aid on the basis of Article 87(3)(b) EC and set out a coherent framework for the provision by Member States of public guarantees, recapitalization measures and impaired asset relief, whether to individual banks or as part of a national scheme. The primary rationale of the guidance in these Communications is to ensure that emergency measures for reasons of financial stability guarantee a level playing-field between banks located in different Member States as well as between banks who receive public support and those who do not. State aid control by the Commission aims to minimize negative spillovers of public interventions between Member States, between beneficiaries of aid with different risk profiles, and between aid beneficiaries and banks that do not benefit from State aid, while facilitating the achievement of the objectives of the schemes.

2. The Treaties regulations regarding the state aid

State aid to individual undertakings in difficulties is normally assessed under Article 87(3)(c) of the Treaty and the Community Guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty²(hereinafter "R&R guidelines") which articulate the Commission's understanding of Article 87(3)(c) of the Treaty for this type of aid. The R&R guidelines are of general application, while foreseeing certain specific criteria for the financial sector. In addition, under Article 87(3)(b) of the Treaty the Commission may allow State aid "to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State". The Commission reaffirms that, in line with the case law and its decision making practice³, Article 87(3)(b) of the Treaty necessitates a restrictive interpretation of what can be considered a serious disturbance of a Member State's economy. In the light of the level of seriousness that the current crisis in the financial markets has reached and of its possible impact on the overall economy of Member States, the Commission considers that Article 87(3)(b) is, in the present circumstances, available as a legal basis for aid measures undertaken to address this systemic crisis. This applies, in particular, to aid that is granted by way of a general scheme available to several or all financial institutions in a Member State. Should the Member State's authorities responsible for financial stability declare to the Commission that there is a risk of such a serious disturbance, this shall be of particular relevance for the Commission's assessment. Ad hoc interventions by Member States are not excluded in circumstances fulfilling the criteria of Article 87(3)(b). In the case of both schemes and ad hoc interventions, while the assessment of the

¹ See also Communication from the Commission – The application of State aid rules to measures taken in relation to financial institutions in the context of the current global financial crisis, OJ C 270, 25.10.2008, p. 8 ("the Banking Communication"); Communication from the Commission – The recapitalization of financial institutions in the current financial crisis: limitation of aid to the minimum necessary and safeguards against undue distortions of competition, OJ C 10, 15.01.2009, p. 2 ("the Recapitalization Communication"); Communication from the Commission on the Treatment of Impaired assets in the Community Banking Sector, OJ 72, 26.03.2009 ("the Impaired Assets Communication").

² OJ C 244, 1.10.2004, p. 2.

³ Cf. in principle case *Joined Cases T-132/96 and T-143/96 Freistaat Sachsen and Volkswagen AG v Commission* [1999] ECR II-3663, paragraph 167. Confirmed in Commission Decision 98/490/EC in Case C 47/96 *Crédit Lyonnais* (OJ L 221, 8.8.1998, p. 28), point 10.1, Commission Decision 2005/345/EC in Case C 28/02 *Bankgesellschaft Berlin* (OJ L 116, 4.5.2005, p. 1), points 153 et seq. and Commission Decision 2008/263/EC in Case C 50/06 *BAWAG* (OJ L 83, 26.3.2008, p. 7), point 166. See Commission Decision in Case NN 70/07 *Northern Rock* (OJ C 43, 16.2.2008, p. 1), Commission Decision in Case NN 25/08 *Rescue aid to WestLB* (OJ C 189, 26.7.2008, p. 3), Commission Decision of 4 June 2008 in Case C 9/08 *SachsenLB*

aid should follow the general principles laid down in the R&R guidelines adopted pursuant to Article 87(3)(c) of the Treaty, the current circumstances may allow the approval of exceptional measures such as structural emergency interventions, protection of rights of third parties such as creditors, and rescue measures potentially going beyond 6 months⁴.

It needs to be emphasized, however, that the above considerations imply that the use of Article 87(3)(b) cannot be envisaged as a matter of principle in crisis situations in other individual sectors in the absence of a comparable risk that they have an immediate impact on the economy of a Member State as a whole. As regards the financial sector, invoking this provision is possible only in genuinely exceptional circumstances where the entire functioning of financial markets is jeopardized. Where there is a serious disturbance of a Member State's economy along the lines set out above, recourse to Article 87(3)(b) is possible not on an open-ended basis but only as long as the crisis situation justifies its application. This entails the need for all general schemes set up on this basis, e.g. in the form of a guarantee or recapitalization scheme, to be reviewed on a regular basis and terminated as soon as the economic situation of the Member State in question so permits. While acknowledging that it is currently impossible to predict the duration of the current extraordinary problems in the financial markets and that it may be indispensable in order to restore confidence to signal that a measure will be extended as long as the crisis continues, the Commission considers it a necessary element for the compatibility of any general scheme that the Member State carries out a review at least every six months and reports back to the Commission on the result of such review.

Furthermore, the Commission considers that the treatment of illiquid but otherwise fundamentally sound financial institutions in the absence of the current exceptional circumstances should be distinguished from the treatment of financial institutions characterized by endogenous problems. In the first case, viability problems are inherently exogenous and have to do with the present extreme situation in the financial market rather than with inefficiency or excessive risk-taking. As a result distortions of competition resulting from schemes supporting the viability of such institutions will normally be more limited and require less substantial restructuring. By contrast, other financial institutions, likely to be particularly affected by losses stemming for instance from inefficiencies, poor asset-liability management or risky strategies, would fit with the normal framework of rescue aid, and in particular need a far-reaching restructuring, as well as compensatory measures to limit distortions of competition. In all cases, however, in the absence of appropriate safeguards, distortions of competition may be substantial from the implementation of guarantee and recapitalization schemes, as they could unduly favor the beneficiaries to the detriment of their competitors or may aggravate the liquidity problems for financial institutions located in other Member States. Moreover, in line with the general principles underlying the State aid rules of the Treaty, which require that the aid granted does not exceed what is strictly necessary to achieve its legitimate purpose and that distortions of competition are avoided or minimized as far as possible, and taking due account of the current circumstances, all general support measures have to be:

- well-targeted in order to be able to achieve effectively the objective of remedying a serious disturbance in the economy,
- proportionate to the challenge faced, not going beyond what is required to attain this effect, and
- designed in such a way as to minimize negative spill-over effects on competitors, other sectors and other Member States.

The observance of these criteria in compliance with the State aid rules and the fundamental

⁴ See also, **Fothergill, Steve**, *EU State Aid Rules: How the European Union Is Setting the Framework for Member States' Own Regional Policies*. Conference paper. Regional Studies Association Conference, Leuven, 8 – 9 June 2006

freedoms enshrined in the Treaty, including the principle of non-discrimination, is necessary for the preservation of the proper functioning of the internal market.

The Treaty of Lisbon entered into force on 1 December 2009.

According to Article 3(1)(b) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the EU has exclusive competence in the establishing of the competition rules necessary for the functioning of the internal market (OJEU 9.5.2008 C 115/51).

The rules on state aid — former Articles 87 to 89 of the Treaty establishing the European Community (TEC) — are now located in Part Three, Title VII, Chapter 1 Rules on competition, Section 2 Aid granted by states, Articles 107 to 109 TFEU (OJEU 9.5.2008 C 115/91-93).

The substantive treaty provision is constructed as a blanket ban on state aid affecting the internal market, but with mandatory and discretionary derogations (exemptions) from the prohibition.

3. The European Commission's state aid control

The EU's regime for controlling state aid is a central pillar of the 'acquis'. It complements the Union's antitrust and merger control regimes. Its main aim is to prevent member states from protecting or promoting companies to the detriment of competitors within the EU. The term 'state aid' encompasses all forms of assistance provided by the state (or its organs) to particular businesses or industries. The European Commission encourages Member States and regions to set activities to strengthen the competitiveness of the regional economy. Assistance from the state to individual companies is an important instrument to reach this objective. However, such measures also distort competition as they discriminate between companies that receive assistance and others that do not. As such, they could present a threat to the operation of the internal market. Therefore, the European Community has set up a legal framework which defines the limits under which public assistance can be granted to companies. The basic rules on state aid are set out in articles 87-88 of the Treaty. These rules have been amplified over the years by secondary legislation and decisions of the European Court of Justice.

While the EC Treaty itself does not define state aid, it does stipulate that state aid is incompatible with the internal market. Aid can take the form of state grants, interest relief, tax relief, state guarantees or holdings, as well as the provision by the state of goods and services on preferential terms. State aid is prohibited if it affects trade and thereby distorts competition. The exemptions - which include regional development aid, aid to 'sensitive' sectors and also certain 'horizontal' aid measures - are spelled out in the Treaty. Through a rigorous system of ex ante control, the Commission must clear all forms of state aid. At the beginning of 2008 the Commission's focus in the State aid field was to continue with the implementation of the State Aid Action Plan (SAAP)⁵. However, the onset of the financial and economic crisis shifted that focus and the Commission rapidly issued three Communications on the role of State aid policy in the context of the crises and the recovery process⁶. In the context of the financial crisis, the Commission first gave initial guidance on the application of State aid rules to measures taken in relation to financial institutions⁷, which exceptionally were based on Article 87(3)(b) of the EC Treaty which allows for aid to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State. Subsequently, the Commission supplemented and refined its guidance with a new Communication on how Member States can recapitalize banks in the current financial crisis⁸ to ensure adequate levels of lending to the rest of the economy and stabilize financial markets, whilst avoiding excessive distortions of competition. In addition, the Commission adopted a new temporary

⁵ State Aid Action Plan – Less and better targeted State aid: a roadmap for State aid reform 2005-2009. COM(2005)107 final, 7.6.2005

⁶ See also, Evans, Lowri/Harold Nyssens, *Economics in State Aid: Soon as Routine as Dentistry?* Conference paper. Lisbon II Conference on Competition Law and Economics, Lisbon, 15-16 November 2007

⁷ OJ C 270, 25.10.2008, p. 8.

⁸ OJ C 10, 15.1.2009, p. 2.

framework⁹ providing Member States with additional possibilities to tackle the effects of the credit squeeze on the real economy. All measures are time-limited until the end of 2010, although the Commission, based on Member States' reports, will evaluate whether the measures should be maintained beyond 2010, depending on whether the crisis continues.

As regards the implementation of the SAAP, the Commission adopted, as announced, a General Block Exemption Regulation (GBER)¹⁰ giving automatic approval for a range of aid measures¹¹ and so allowing Member States to grant such aid without first notifying the Commission, provided that they fulfill all the requirements laid down in the Regulation. In the context of the Climate Change Package, the Commission adopted new guidelines on State aid for environmental protection which introduce a standard assessment for minor cases and a detailed assessment for cases that may involve significant distortions of competition. The Commission also prolonged the Framework on State aid rules for shipbuilding for a further three years, until 31 December 2011. A new Notice on State aid in the form of guarantees sets out clear and transparent methodologies to calculate the aid element in a guarantee and provides simplified rules for SMEs, including predefined safe-harbor premiums and single premium rates for low-amount guarantees. In addition, public consultations were launched on new rules relating to public service broadcasting, the possible extension until 2012 of the Cinema Communication, the guidance documents on the in-depth assessment of regional aid to large investment projects and on criteria for the compatibility analysis in the field of training, as well as on disadvantaged and disabled workers for State aid cases subject to individual notification. The Commission also launched in 2008 a number of public consultations on procedural issues, such as a consultation on a draft Best Practice Code (BPC) on the conduct of State aid control proceedings and the draft notice on Simplified procedure (SP) for the treatment of certain types of State aid¹². The aim of both documents is to ensure greater transparency, predictability and efficiency of State aid procedures in line with the SAAP. The discussion with the Member States and other stakeholders regarding the BPC and SP took place early 2009. The drafts were adopted in the first half of 2009. The Commission also consulted on a draft Commission Notice on the enforcement of State aid law by national courts¹³. In 2008, the Commission continued its efforts to improve the enforcement and monitoring of State aid decisions. The Commission is seeking to achieve, on the basis of the recovery notice adopted in 2007, a more effective and immediate execution of recovery decisions. Information submitted by the Member States concerned shows that good progress towards recovery was made during that period. This is also reflected in the amounts of aid recovered. Of the EUR 10.3 billion of illegal and incompatible aid to be recovered under decisions adopted since 2000, some EUR 9.3 billion had actually been recovered by the end of 2008. In addition, a further EUR 2.5 billion in recovery interest had been recovered.

As announced in the SAAP, the Commission continued to take a strict line towards Member States that failed to effectively implement recovery decisions addressed to them. In 2009 the Commission initiated legal action under either Article 88(2) EC or Article 228(2) EC for failure by Member States to comply with recovery obligations. It decided to initiate Article 88(2) EC in five cases involving Italy and Slovakia, as well as decisions to proceed with Article 228(2) EC in eight cases involving Italy and Spain.

⁹ OJ C 16, 21.1.2009, p. 1.

¹⁰ OJ L 214, 9.8.2008, p. 3.

¹¹ Aid in favor of SME, research, innovation, regional development, training, employment, risk capital, environmental protection and entrepreneurship, among others

¹² Lehmkuhl, Dirk: *On Government, Governance and Judicial Review: The Case of European Competition Policy*. In: *Journal of Public Policy* 28, 2008, p. 139

¹³ It would replace the 1995 Notice on Cooperation between national courts and the Commission in the State aid field (OJ C 312, 23.11.1995, p. 8).

The update of the State aid Scoreboard in autumn 2009 shows that Member States are increasingly making use of the possibilities offered by the recently revised EU State aid rules to better target their aid. Member States awarded on average 80% of their aid to horizontal objectives in 2007, compared with around 50% in the mid- 1990s, with increased spending on Research and Development (R&D) and environmental aid. In the face of the current financial crisis, coordinated action by Member States and the Commission has ensured that support schemes for the financial sector have been implemented promptly in compliance with State aid rules.

Over the last 25 years, the overall level of State aid has fallen from over 2% of GDP in the 1980s to around 0.5% in 2007. Whilst highlighting the continuing trend for Member States to focus their aid on horizontal objectives, the Scoreboard nevertheless showed that, following the recent financial crisis, the share of rescue and restructuring aid is likely to increase significantly for some countries in 2008.

In 2009, the Commission approved 88 notified schemes on the basis of the 2006 Community Framework for research and development and innovation; 66 of these were purely R&D schemes, nine were innovation-oriented aid schemes and 13 were mixed, pursuing both R&D and innovation objectives.

In addition, an important decision was adopted in several individual cases involving the Italian aeronautic sector, following an assessment on the basis of the Community frameworks for State aid for R&D of 1996 and 1986. The decision, adopted on 11 March, covers 17 individual R&D projects in the aeronautic sector supported by the Italian authorities during the 1990s. The decision requires the immediate reimbursement of the loans for most of the individual projects, plus interest on arrears in certain cases. The beneficiaries have reimbursed around EUR 350 million within the time limit of two months laid down by the decision.

In the area of risk capital financing for SMEs, the Commission approved 18 risk capital schemes under the Risk Capital Guidelines. Eleven schemes were assessed on the basis of Chapter 4 of the guidelines, since they complied with the safe harbor provisions allowing a light assessment; three schemes were assessed under Chapter 5, following a detailed assessment. In three cases the Commission considered that the scheme did not involve State aid. One scheme was partly considered as no aid and partly assessed under Chapter 4 of the Guidelines⁴⁹.

In the field of industrial restructuring, the Commission adopted a decision requesting Romania to recover EUR 27 million unlawful aid in relation to the privatization of Automobile Craiova¹⁴, which had been sold on conditions aiming at ensuring a certain level of production and employment, accepting in exchange a lower sales price. Furthermore, following several years of investigation, the Commission concluded that the attempts of the Polish authorities to restructure the shipyards in Gdynia and Szczecin and to return them to viability had failed¹⁵. As a result, the Commission required Poland to recover the illegal State aid from the shipyards through a controlled sale of the yards' assets and subsequent liquidation of the companies

4. State aid case-law

State aid cases are often appealed to appellate and Supreme courts, as they raise fundamental questions of law. Supreme courts are also keen to ask for support from the ECJ on these delicate questions¹⁶. Many judges facing questions on State aid therefore tend to sit at the Supreme Court level. National courts often play the role of "*juges de droit commun*" and guarantee the implementation of ECJ case law in cases that have been referred to the judges in Luxembourg. In some cases, it can be observed that this dialogue with the ECJ can be useful to avoid unhelpful consequences, in particular when Commission decisions are challenged before the CFI. The

¹⁴ Case C 46/2007 *Privatization of Automobile Craiova* (OJ C 239, 6.9.2008, p. 12).

¹⁵ Cases C 17/2005 *Restructuring aid for Stoczni Gdynia* (OJ C 220, 8.9.2005, p. 7) and C 19/2005 *Restructuring aid for Szczecin shipyard* (OJ C 220, 9.9.2005, p. 7)

¹⁶ see, *CELF, Saumon*

second *CELF* case of the Council of State is a case in point, in particular on the question of national courts' jurisdiction to stay national proceedings. The High Court of Ireland in the *Belgium v. Ryanair* case was confronted with a similar issue but applied the standard rule that application for annulment does not have suspensory effect. There are also examples showing that judges of lower instance courts play an important role in the enforcement of State aid rules, especially in public procurement cases and in the context of local public services.

Cases where the Commission intervened as *amicus curiae* in national proceedings are still quite rare. This situation is likely to change as a result of the recent *Enforcement* notice, but as of yet national courts have not made full use of the possibility to ask the Commission for its opinion or for information. One case which should be mentioned however, is the *Haren-Airport Eelde* case¹⁷, where the Dutch Council of State referred (under the 1995 Notice) eight detailed questions to the Commission in July 2007. The Legal Service of the Commission, in connection with DG TREN, responded in due course, and the Council of State delivered its final judgment in June 2008¹⁸. In other cases, the lack of communication has raised some issues, especially in cases where the Commission initiated an investigation in parallel to the national court proceedings. In the *UPC* case (NL), the court of appeal of Amsterdam refused to order the Municipality of Amsterdam to suspend an investment that was liable to constitute State aid, even though the Commission had initiated an investigation pursuant to Article 88(2) EC. Similarly, in the *AirOne v. Ryanair* case (IT), the court of first instance in Sassari held that the opening of an Article 88(2) EC procedure did not constitute an obvious breach of law, which was necessary to grant an interlocutory injunction suspending the granting of the aid, pending the outcome of the Commission investigation. In respect of the recovery procedure, national courts have recognized that a negative Commission decision constitutes an appropriate legal basis on which to grant a recovery order and that this is required under the principle of primacy of EC law over national law¹⁹.

State aid rules grant extensive powers to national judges in the event of an infringement of Article 88(3) EC. National courts' competences are not subject to discussion with the parties. The ECJ's case law has always been very clear in that respect. However, a certain line of case law in Germany seems to be at odds with the fundamental principles enshrined in the *Costa v. Enel*, *SFEI*, and *Streekgewest* cases²⁰. National courts have a duty to ensure that the *effet utile* of Article 88(3) EC is respected, especially by ensuring that State aid rules have primacy over national procedural rules²¹. On the whole, national courts' powers of inquiry remain limited as far as State aid matters are concerned. A national court has to judge a case on the basis of the facts presented before it by the parties. State aid cases are often complex and involve economic considerations (in particular for the qualification of aid in the event of an application of the market investor test or of the *Altmark* principles) for which national courts often lack the appropriate means to establish the factual that leads to the claimant being unsuccessful. Claimants are often unable to present sufficient evidence to support the view that the State aid criteria have been fulfilled. In the *Air One* case (IT), the court of first instance in Sassari rejected the applicant's request on the ground that Air One had not proved that the alleged State aid met the criteria of selectivity and that the disputed measures constituted an undue advantage. In the *PI Holding* case (NL), the district court of Maastricht held that the claimant had failed to provide sufficient evidence to prove an effect on trade between Member States²².

¹⁷ NL - grant of €18 million to the company operating this regional airport

¹⁸ the whole procedure of referral to the Commission took no more than four months

¹⁹ See *Brandt Italia* case

²⁰ See Landesgericht Potsdam, 23 November 2006; Oberlandesgericht Schleswig Holstein, 20 May 2008; Landgericht Bad Kreuznach, 16 May 2007; Oberlandesgericht Koblenz, 25 February 2009.

²¹ see *Scott* and *Mineralölsteuer* cases where the financial court of Hamburg ruled that Regulation No 659/1999 supersedes German tax law

²² see also *Thomas Svensson* case (SWE)

The *Boiron* case, however, simplified the situation for claimants, in particular in complex cases, where the question involved verifying whether the *Altmark* criteria had been fulfilled. The French Civil Supreme Court applied the ECJ's case law, according to which, the principle of effectiveness requires national courts to set aside national requirements rendering the production of evidence impossible or excessively difficult.

In that respect, national courts have found it easier to identify elements of State aid in public procurement cases, and this has led to a number of judgments in which the national court has ruled in favor of the claimants and found the existence of unlawful State aid.

National courts also have the possibility, and are often obliged, to assess *ex officio* whether the State aid rules have been infringed, even if the argument has not been brought by the parties themselves. This principle has been welcomed by the national courts concerned. In the *Residex* case (NL), the district court accepted the principle that State aid rules could be applied *ex officio*²³ and ordered recovery of unlawfully granted State aid (the court of appeal of The Hague did not rule on the *ex officio* point explicitly). In liability cases in France, courts have not taken that line, rejecting arguments based on "Article 87(1) EC" whilst, further to a Commission decision²⁴ it was obvious that the State had infringed Article 87(3) EC and not only Article 88(3) EC.

5. Conclusions

From the beginnings of the integration process, European Treaty rules have constituted a rather vague compromise between different, often conflicting views on national state aid policy and its supranational control. In balancing the general prohibition on state aid against possible exceptions, the Commission has always had to assess, at least implicitly, not only the effects that a certain state aid measure would have on competition, but also its potential contributions to other policy goals such as competitiveness or cohesion. The Commission has therefore sought to establish more general criteria for the state aid measures that it deems compatible with the common market, in order to prevent or to settle political conflict about individual state aid decisions. By codifying these criteria into a complex system of soft law and, more recently, hard law, the Commission has not only shielded itself from political pressure and reduced its workload in individual cases, but has also developed a more or less explicit model of what it considers to be "good" state aid policy.

References:

- Fothergill, Steve, *EU State Aid Rules: How the European Union Is Setting the Framework for Member States' Own Regional Policies*. (Conference paper. Regional Studies Association Conference, Leuven, 8 – 9 June 2006)
- Evans, Lowri/Harold Nyssens, *Economics in State Aid: Soon as Routine as Dentistry?* Conference paper. (Lisbon II Conference on Competition Law and Economics, Lisbon, 15-16 November 2007)
- Cini, Michelle/Francis McGowan, *Competition Policy in the European Union*, (Houndmills: MacMillan, 1998)
- Cremona, Marise: *State Aid Control: Substance and Procedure in the Europe Agreements and the Stabilisation and Association Agreements*. (In: *European Law Journal* 9, 2003), 265–287
- Lehmkuhl, Dirk: *On Government, Governance and Judicial Review: The Case of European Competition Policy*. (In: *Journal of Public Policy* 28, 2008), p. 139–159;
- State Aid Action Plan – *Less and better targeted State aid: a roadmap for State aid reform 2005-2009*. COM (2005)107 final, 7.6.2005;

²³ even if *in casu* the public authorities had raised the issue themselves

²⁴ As was the case in the *Borotra* case

▪ Report on the Application of Council Regulation (EC) No. 994/98 of 7 May 1998 Regarding the Application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to Certain Categories of Horizontal State Aid. Brussels;

▪ The EC Treaty;

▪ Lisbon Treaty;

▪ European Commission, *State Aid: Guidelines on State Aid– Frequently Asked Questions*. MEMO/08/31. (Brussels, 2008)

▪ DG Competition’s review of guarantee and recapitalisation schemes in the financial sector in the current crisis, 10.08.2009

FREE ACCESS TO JUSTICE – FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF THE RULE OF LAW

VIORICA RĂCEANU*
MĂDĂLINA POPESCU**

Abstract

The free access to justice is a fundamental principle of the democratic state, being stated both in the international documents, such as the Universal Declaration of Human Rights and the European Convention for Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), and in the domestic law, stated in the Constitution. This principle is a requirement of the social equality rule requiring a number of obligations aimed at ensuring the effective existence and respect of the human rights and freedoms.

Key words: *rule of law, the fundamental principles of the state, free access to justice, European Convention on Human Rights, Romanian Constitution.*

Introduction

The rule of law is a specific type of state, an organizational model which has emerged and was built in the historical conditions of modernity, being the result of a historical evolution, a slow and gradual conquest by which the individuals and social groups who are in front of a despotic power have searched security for persons and goods, its specter being enlarged with effective protection guarantees. One of these and also a fundamental principle is the free access to justice.

The importance of this principle lies in the fact that the rights and freedoms can only be achieved in a state of law when the subordination of the rulers to law is associated with the possibility of a legal action, in the case of their arbitrariness. This principle allows access to justice to every person to defend any right, freedom or legitimate interest, without differentiating if these are provided for by the Constitution or other laws.

The principle is settled in the domestic law by Art 21 of the Constitution, respectively, Art 6 Para 1 of the European Convention for Human Rights, Art 10 of the Universal Declaration of Human Rights as well as Art 14 Point 1 of the International Covenant on civil and political rights. In this paper, starting from the constitutional and communitarian case law we have tried to identify the main features and conditions of appliance of it in the domestic and international law.

Literature

M. Maille, *L'état de droit*, (Paris, P.U.F.,1987), p. 225., J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions publiques*, 10th Edition,(Paris, Montchrestien, 1989), p. 3., P. Avril, J. Gicquel, *Lexique, Droit constitutionnel*,(Paris, P.U.F.,1986), p. 49, J. Louis Quermonne, *Les regimes politiques occidentaux*, (Paris, Seuil Publishing house, 1968), p. 107, Ion Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale – în dreptul românesc și în dreptul comparat*, (Bucharest, C.H Beck Publishing house, 2006), p. 70, Ghe. Iancu, *Drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale în România*, (Bucharest, All Beck Publishing house, 2003), p. 101, Vincent Berger, *Jurisprudența Curții europene a Drepturilor Omului*, (Bucharest, Official Journal of Romania Publishing house, 1997), p. 1314, R. Chiriță, *Convenția Europeană a Drepturilor omului – comentarii și explicații*, (Bucharest, C.H Beck Publishing house, 2008), p. 254, C. Bârsan, *Convenția europeană a*

* Assistant PhD Candidate, University of Pitesti, Faculty of Law and Administrative Sciences, (viorica_r30@yahoo.com),

** Lawyer, Arges bar Attorney, (pmg_madi@yahoo.com)

Drepturilor omului, comentariu pe articole, vol 1. Drepturi și Libertăți, 1st Volume, Drepturi și Libertăți, (Bucharest, All Beck Publishing house, 2005), p 461, Decisions of the Constitutional Court of Romania, Decisions of The European Court of Human Rights

1. The rule of law

The rule of law – concept and way of expressing of the modern state is not a simple association of words.

It expresses a condition regarding the power, a movement of rationing and ordination of it, but also a conception regarding law, its role and functions. The conception regarding power, in the exigencies system of the rule of law develops the essential idea of limiting power by law.

Such limitation of power firstly assumes the reconsideration of the relations between individual and state in the meaning that the state power must be limited by the fundamental rights recognized for its citizens, the state being not only a constraint mean but also the guarantor of the citizens' rights and freedoms¹.

In literature, the rule of law concept is expressed from different perspectives, thus suggesting the premises and mechanisms of the state phenomena identified by this concept. Some of the given definitions are nominal, some functional, and finely, some are structural, but in any case, two elements are always present – the relationship between state and law, and the subordination of the state towards the law.

Above are some significations of the rule of law:

- The rule of law expresses the subordination of the state towards the law²;
- The state which suborders its action over the citizens to the rules that determine their rights and establishes the means by which it is authorized to use³;
- The rule of law represents the fundamental guarantee of the public freedoms and the protection of the order imposed by laws⁴.

As a conclusion, the rule of law is a global concept regarding the organization of the civil society and state, regarding their mutual relationship, as well as regarding the state and law. It cannot be minimized to just the relation between the state and law, a univocal relation of subordination.

The final document of the Copenhagen Reunion, concluded on June 29, 1990, stated that the rule of law is not only a simple formal legality, and in the Paris Charter on November 21, 1990, the rule of law is outlined not only in connection to the human rights, but also with democracy – as an unique system of governance of the Member States.

In the context in which the rule of law has as a fundamental feature the guarantee of citizen rights and freedoms, we argue that its exigencies should manifest in a double sense:

- A formal one, according to which the state and its institutions, as subjects of law must respect the laws, must subordinate strictly to the legal rules that have as object the way of forming the state's organs, their organization, attributions and functions;
- A material one which assumes the request that the state's organs, exercising their attributions to comply with the legal guarantees – starting with the constitutional ones – for equality, freedom and citizen's security⁵.

The compliance of citizen's rights and freedoms can only be achieved in a rule of law when the subordination of the rules towards the law is associated with the possibility of exercising a legal action, in the case of their arbitrariness.

¹ M. Maille, *L'etat de droit*, (Paris, P.U.F., 1987), p. 225.

² J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions publiques, 10th Edition*, (Paris, Montchrestien, 1989), p. 3.

³ P. Avril, J. Gicquel, Lexique, *Droit constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1986, p. 49.

⁴ J. Louis Quermonne, *Les regimes politiques occidentaux*, Seuil Publishing house, Paris, 1968, p. 107.

⁵ Ion Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale – în dreptul românesc și în dreptul comparat*, (Bucharest, C.H Beck Publishing house, 2006), p. 70.

Free access to justice and the organization of the judgment activity on several degrees of jurisdiction so that the illegal or unsubstantiated decisions given by a court to be revised, on the way of exercising the legal attack represents one of the mechanisms of the rule of law and one the guarantees of restoring the state of legality when it was broken⁶.

2. The principle of free access to justice from the constitutional perspective

Whether is viewed as a fundamental guarantee for the effective exercise of rights and freedoms, or is interpreted as an imperative statement called to offer a meaning to the “rule of law” concept, the principle of free access to justice was and remains the first argument invoked in his support by one who wishes to protect his legitimate interests and rights.

The legal, social and political significance of free access to justice is even more substantial as, in the context of a Constitution and international documents tending to a comprehensive regulation of the human rights and freedoms, effective guarantees their existence and enforcement to emerging as a first rank preoccupation.

In Romania, the existence of this principle cannot be subjected to any discussion, since Art 21 of the Constitution clearly states the right of every person to address to justice for protection of his rights, freedoms and legitimate interests, right that cannot be restricted by any law.

In this regard, the Constitutional Court has decided that “free access to justice is not an aspect of the right to defense but, on the contrary, the latter one is in the service of the citizen’s access to justice”⁷.

The explanation is the fact that the Constitution and laws protect and guarantee not any interests, but only those based on law, custom, generally on the sources of law. The illegitimate interests cannot and must not be protected, being contrary to legality and rule of law⁸.

This principle allows free access to justice to every person in order to protect any right, freedom or legitimate interest, without difference if it is stated by the Constitution or other laws.

“The existence of various administrative jurisdictional organs can lead only to the elimination of the courts’ intervention, in the conditions established by law”.

This consequence arises from the exigencies of the principle of separation of powers which, in regard to the relation between public administration and the judicial power, excludes the possibility that a public authority, even a jurisdictional one, to substitute itself to the judicial authority. As a result, the decision of the authority with an administrative jurisdiction is subjected to the judicial control of the administrative courts or to any other competent court according to law, and the parties cannot be limited to exercise this right stated by the Constitution⁹.

From Art 21 of the Constitution results a clear distinction between the right to a legal action and the constitutional obligation to protect the rights, freedoms and legitimate interests, free access to justice, assuming even the possibility of submitting applications to the competent courts, but also their judgment by the latter ones. The legitimate or illegitimate feature of the demands of the legal action will result only after the application is judged, and will be ascertained by a judicial decision.

Moreover, the Constitutional Court has decided that “free access to justice does not mean that the one who is using it to gain in justice”¹⁰.

⁶ Ion Deleanu, *quoted work*, p. 91.

⁷ The decision of the Constitutional Court No 64/June 2nd, 1994, published in the Collection of the Decisions and Rulings, 1994, p. 257.

⁸ Ghe. Iancu, *Drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale în România*, (Bucharest, All Beck Publishing house, 2003), p. 101.

⁹ The decision of the Constitutional Court Plenum no 1/February 8th, 1992 regarding free access to justice for persons in protecting their rights, freedoms and legitimate interests.

¹⁰ The decision of the Constitutional Court no 119/November 21st, 1995, published in the Collection of the Decisions and Rulings 1995-1996, p. 230.

The possibility of addressing to justice to the protection of the rights, freedoms and legitimate interests is achievable in different ways, either on the course of the direct action, or by any procedural mean, including the one of the objection to unconstitutionality.

According to Art 21 Para 2 of the Constitution, “no law can limit this right”. The meaning of Art 21 Para 2 of the Constitution is that it cannot be excluded from the exercise of the established procedural rights any social category or group. But the legislator can establish, considering special situations, rules, as well as ways of exercising the procedural rights, therefore free access to justice does not only mean the access in all cases, to all judicial structures and to all means of attack, because the competence and the means of attack are exclusively established by the legislator¹¹.

The necessity of insuring an effective access to justice cannot be considered as representing an obstacle for the establishment by law of several conditions for those who wish to submit their case to courts, as are the court fees.

In this regard is also the case law of the Constitutional Court which has stated that justice is a public service of the state, and its costs are supported by the state budget, to whose incomes all citizens must contribute¹².

Thus, the court fee is what was called “tax on justice”. The way of establishing the court fee, by a fixed amount or proportional with the value of the litigation, is a legal opportunity issue, and not a constitutional one. The contribution of the litigant by advancing a part of the expenses involved by the public service of justice can be retrieved from the defendant, being included in the legal charges.

At the same time, it was noticed that, according to the constitutional provisions guaranteeing free access to justice, it is not instituted any limitation regarding court fees.

However, the Romanian state has understood to help the individuals who do not have the possibility of paying court fees by implementing the judiciary legal aid, stated by the Government Injunction No 51/2008.

Moreover, we mention that free access to justice must not be confound with another constitutional right, namely the right to petition, which must be free of charge (Art 51 of the Constitution).

Free access to justice, assuming an application submitted to the court is not identical to the right to petition, each of them being specific and exclusively determined. In this regard, we state that the application to justice is solved in a jurisdictional procedure, while the petition is solved by an administrative procedure, having a certain specificity of a non-contentious nature.

Keeping the same position of stating and sustaining free access to justice, the Constitutional Court has participated to the establishment of the prosecutor’s status and its acts. Thus, debating the right of the prejudiced one by the prosecutor’s acts to address the courts, the Court stated by Decision 486/1997 that Art 278 of the Criminal Procedure Code is constitutional, only to the extent to which its interpretation is in the meaning that it does not stop the person dissatisfied with the solution of his claim against the prosecutor’s acts or disposed or performed measures based on his dispositions, which do not reach the courts, to address to justice according to Art 21 of the Constitution which will apply directly.

This solution was based also on the Court’s Decision no 73/1996, according to which the Public Ministry represents a special magistracy, which does not have jurisdictional attributions, though, according to the Constitution, is part of the “judicial authority”. Subsequent, the legislator, based on the opinion expressed by the Constitutional Court, inserted in the Criminal Procedural Code Art 278¹, which states the possibility for the litigant to submit to justice a complaint against prosecution acts.

¹¹ The decision of the Constitutional Court no 102/ June 6th, 2000, published in the Collection of the Decisions and Rulings 2000, p 664; the decision of the Constitutional Court no 129/December 1995, published in the Collection of the Decisions and Rulings 1995-1996, p. 268.

¹² The decision no 18/January 21st, 1997, published in the Official Journal, Part 1, No 148/July 10th, 1997.

3. The principle of free access to justice from the perspective of the European Convention on Human Rights and of the European Court of Human Rights

The principle of free access to justice is settled by Art 6 Para 1 of the European Convention on Human Rights, which states that everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law, which will either decide over the violation of his rights and civil obligations, or over the foundation of any criminal charge against him.

Thus, Art 6 guarantees the right of every person to have access to a court, this right being limited to the area applying the law to a fair trial, namely to the contestations over civil rights and obligations and the criminal charges.

If in the civil matter the content of this right does not raise many interpretation issues, in criminal matters this rule must be applied whenever a determination is made regarding the guiltiness of a person, this determination being made by a court insuring all the guarantees of a fair trial.

So that the right to free access to justice to be respected, the court before which the case is brought should enjoy full jurisdiction, being competent to consider both issues *de facto* and *de iure* of the case¹³.

The decision of the European Court of Human Rights in the case *Golder v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (1975) emphasizes the importance given by this court to the principle of free access to justice to the very existence of a democratic society.

Thus, this decision may be awarded with a double merit: on the one hand, the merit to cut off the issue regarding the appliance of Art 6 Para 1 of the ECHR, in the meaning it regulates not only the necessary conditions of unfolding a fair trial, but also the *right to access* such a trial for the protection of rights stated by laws, and on the other hand, the merit to emphasize the importance of exercising such a right in the context of a democratic society and the rule of law.

By this decision, it was concluded that “it would be unconceivable that Art 6 Para 1 to describe in detail the procedural guarantees given to the parties of a litigation, without protecting first of all the only thing that really makes possible such a guarantee: free access to a court. Equity. The publicity and celerity of litigation mean nothing in the absence of the judgment”¹⁴.

From the jurisprudence of the Strasbourg authorities it results that free access to a court has two fundamental features: *it must be an effective right, without being an absolute one*.

The simple legal basis of this right, even at the supreme level, by Constitution, does not have the nature to ensure a real efficacy of it as long as in practice its exercitation encounters obstacles.

In the case *Airey v Ireland*, the Court has shown that the right of every person to have access to justice is completed by the obligation of the state to ease the access, so that for the compliance with this exigency is not enough only the negative obligation to not limit in any possible way the access to a court, but sometimes the states are obliged to guarantee the true social and economic rights¹⁵.

Without disposing of the issue of insuring a legal assistance in all cases, the European Court of Justice has retained that in those cases when defending a person can only be made on this way, the state must be ensure that the access to justice is not illusory.

Beside the establishment of the obligation of the member states to implement a free legal assistance system, both civil and criminal, the right to have an effective access to justice can also involve:

¹³ The European Court of Human Rights, *Vasilescu v Romania*, decision on May 22, 1998, *Brumarescu v Romania*, decision on October 28, 1999.

¹⁴ Vincent Berger, *Jurisprudența Curții europene a Drepturilor Omului*, (Bucharest, Official Journal of Romania Publishing house, 1997), p. 1314.

¹⁵ Radu Chiriță, *Convenția Europeană a Drepturilor omului – comentarii și explicații*, (Bucharest, C.H Beck Publishing house, 2008), p. 254.

- The right to be in contact and to confidentially communicate with a lawyer, for imprisoned persons¹⁶.

- The right to access all evidences administrated by the prosecutor¹⁷.

Though Art 6 of the Convention does not guarantee free access to justice, sometimes the high expenses of the proceedings can harm this right. Thus, a high court fee combined with a bail proportioned with the value of the litigation's object or with other judicial expenses disproportioned towards the financial possibilities of the complainant can be a real discouragement of the free access to justice.

Also, the complexity of the proceedings and uncertainties on the legal nature of some documents are considered obstacles in the achievement of an effective access to a court, as emphasized by the case *De Geouffre de la Pradelle v France*¹⁸.

Access to justice must not be only effective, but also efficient. In this regard was concluded the fact that the non-compliance to an order can, indirectly, lead to the emptiness of the right to free access to a court¹⁹.

Following a similar reasoning, the Court stated that the cancellation of a definitive and irrevocable decision, which eventually was applied, has the nature to harm the right to free access to a civil court²⁰.

This principle does not preclude the special proceedings, but the necessity of achieving the principle of the civilian circuit safety – which is one of the essential aspects of the principle of the rule of law in a democratic state – requires that the use of it in civil matters be shaped as a special feature, both in respect to the term of promotion as well as the reasons for admissibility.

Another feature of the principle of free access to justice is that it not an absolute right. In the decision *Golder v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, the Court has shown that “limitations can be brought to this right because the right to free access, by its nature, demands a regulation from the state, regulation that can vary in time and space depending on the community's resources and individuals' needs”.

Such limitations must comply with several principles. It must follow a legitimate purpose and must not affect the very substance of the right. “Also, it is necessary the ensuring of a reasonable report of proportionality between the purpose and the means. The Court must state, ultimately, regarding the compliance with the Convention's exigencies; it must persuade the fact that the applied limitations (by the states) do not restrict the individual's recognized access (to a court) to the extent to which the debated right to be harmed in its very essence”²¹.

Free access to justice, as an inner element of the right to a fair trial, cannot be thought in the lack of the guarantees stated by Art 6 Point 1 of the European Convention on Human Rights, guarantees which may be forgo only in the extent shown above.

Indeed, this right does not only assumes that the court to be accessible to, but also impartial and independent in its judgment, established by law and competent to solve the case.

The first condition that a court in solving litigation must meet is for it to be established by law. The Court stated in the meaning that this expression reflects a principle of the rule of law, inherent to the system of the Convention and its Protocols. Indeed, a jurisdictional body that is not organized according to the legislator's will, would be necessarily without the legitimacy required in a democratic society, for it to solve the individuals' litigations.

¹⁶ The European Court of Human Rights, *Golder v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, February 21, 1975, p 19-20.

¹⁷ The European Court of Human Rights, *Edwards v Great Britain*, December 16, 1992, p 35.

¹⁸ The European Court of Human Rights, *De Geouffre de la Pradelle v France*, December 16, 1992, p 43.

¹⁹ The European Court of Human Rights, *Hornsby v Greece*, March 19, 1997, p 512.

²⁰ The European Court of Human Rights, *Brumarescu v Romania*, October 28, 1999.

²¹ Corneliu Bârsan, *Convenția europeană a Drepturilor omului, comentariu pe articole*, 1st Volume, *Drepturi și Libertăți*, (Bucharest, All Beck Publishing house, 2005, p 461).

A second condition imposed to a “court” in the meaning of the Convention is that this jurisdictional organ to be independent. The European Court established in its case law that, for a court to be considered independent must be taken into count the following factors: a) the designation and the mandate of its components; b) the existence of an adequate protection against foreign pressures; c) the possibility to check if it represents or not the idea of independence.

A third condition imposed by Art 6 Line 1 is that the court to be impartial. According to the European jurisprudence, the impartiality is defined as the lack of any prejudice or of any preconceived idea regarding the decision of litigations. As it was stated by the Court, “the impartial feature of the court reflects an important element of the preeminence of law, namely the decision of the court is definitive and mandatory, except when it is infirmed by a superior jurisdiction, for illegality or inequity”. This condition is applicable to any type of court, including the ones that have in their structure popular juries²².

Conclusions

Following this analysis, we can say that the principle of free access to justice provides the necessary guarantees for individuals that the provisions of the law are applied in accordance with the fundamental requirements of society, that the rights guaranteed by the Constitution and international treaties are practical and effective, not theoretical and illusory.

Free access to justice must be doubled by the correlative obligation of the state to abstain from every means or limitations. Its guarantee appears as a first rank preoccupation of the domestic and international legislation, constantly aiming the establishment of the means to make possible the compliance and the protection of the human fundamental rights.

References

- M. Maille, *L'etat de droit*, (Paris, P.U.F. 1987)
- J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions publiques*, (Paris, 10th Edition, Montchrestien, 1989)
- P. Avril, J. Gicquel, Lexique, *Droit constitutionnel*, (Paris, P.U.F., 1986)
- J. Louis Quermonne, *Les regimes politiques occidentaux*, (Paris, Seuil Publishing house, 1968)
- Ion Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale – în dreptul românesc și în dreptul comparat*, (București, C.H Beck Publishing house, 2006)
- Ghe. Iancu, *Drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale în România*, (Bucharest, All Beck Publishing house, 2003)
- Radu Chiriță, *Convenția Europeană a Drepturilor omului – comentarii și explicații*, (Bucharest, C.H Beck Publishing house, 2008)
- Vincent Berger, *Jurisprudența Curții europene a Drepturilor Omului*, (Bucharest, Official Journal of Romania Publishing house, 1997)
- Corneliu Bârsan, *Convenția europeană a Drepturilor omului, comentariu pe articole, 1st Volume, Drepturi și Libertăți*, (Bucharest, All Beck Publishing house, 2005)
- The decision of the Constitutional Court No 64/June 2nd, 1994, published in the Collection of the Decisions and Rulings, 1994.
- The decision of the Constitutional Court Plenum no 1/February 8th, 1992 regarding free access to justice for persons in protecting their rights, freedoms and legitimate interests.
- The decision of the Constitutional Court no 119/November 21st, 1995, published in the Collection of the Decisions and Rulings 1995-1996.

²² Corneliu Bârsan, *quoted work*, p. 488-494.

- The decision of the Constitutional Court no 102/ June 6th, 2000, published in the Collection of the Decisions and Rulings 2000.
- The decision of the Constitutional Court no 129/December 1995, published in the Collection of the Decisions and Rulings 1995-1996.
- The decision no 18/January 21st, 1997, published in the Official Journal, Part 1, No 148/July 10th, 1997.
- The European Court of Human Rights, *Golder v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, February 21, 1975.
- The European Court of Human Rights, *Edwards v Great Britain*, December 16, 1992.
- The European Court of Human Rights, *De Geouffre de la Pradelle v France*, December 16, 1992.
- The European Court of Human Rights, *Hornsby v Greece*, March 19, 1997.
- The European Court of Human Rights, *Vasilescu v Romania*, decision on May 22, 1998.
- The European Court of Human Rights, *Brumarescu v Romania*, decision on October 28, 1999.

COMPUTERIZED LEGAL DOCUMENTATION

MIHAI GRIGORE*

Abstract

The scope of the study herein is the presentation of an important activity of the law issuing and application process, namely the legal documentation in its computerized version that is nowadays very highly used and increasingly substitutes the standard documentation. The study describes the IT methods or means for effective storing, finding and application of the information required for the persons involved in the significant activity of initiation, issuance and application of the normative acts.

Key words: *legal documentation, documentary informatics, legal technique, formal coroner, normative technique.*

Introduction

Our world is one of information and communication. The progresses registered in various fields of science and technology have extended the information volume to unknown dimensions until now, and its storing, retrieval and transmission benefit from the modern instruments of informatics. Nowadays man finds himself in an informational ocean that he may not ignore when accomplishing his scopes and interests. Certainly, this high volume of information cannot be stored in the human brain, the human capacities concerning the storage and reproduction of information being more than restricted in relation to the libraries, data bases, computers, etc.

The legal advisor also finds him in this wide ocean of information, whose concerns cannot be separated from the application of the most pertinent information within the law application activity. The finding and application of such information require the legal documentation activity.

The legal documentation activity has a particular importance in the *law setting up process*, field where the efforts of the researcher are focused, on one hand, on the general knowledge of the scope of the next legal regulation, the identification of the legislation in force in relation to which decisions regarding its abrogation are to be taken, the taking over of legal regulations in the new normative act or the further enforcement of some of the existing normative acts, in full or in part.

While the general knowledge based on a documentary research of the same kind, intends to assimilate all the human, sociological, philosophical, political economic, social, historical and other data, on the issues that will be subject to scientific research, the research of the positive law aims at a regrouping of the existing law elements regarding the issue to be settled.

In the documentary research one applies either the *standard documentation* or the *IT documentation (documentary informatics)* or a *combination of the same*.

In its “documentary” version that, at present, is the most developed one, the legal informatics deals with the storing and description of the documents of legal interest in electronic data bases in order to allow any concerned person to find the same documents using various search methods and in the shortest time possible¹.

* Lecturer, PhD, Faculty of Legal, Social and Political Sciences, VALAHIA University, Târgoviste, România (mgrigore73@yahoo.com).

¹ In our country several such programs were issued answering more or less successfully such purposes (for example, LEGIS, set up by the Territorial Computer Calculation Centre from Piatra-Neamt; LEGE4 Professional, set up by S.C. „Indaco Systems” S.R.L. from Bucharest, etc.). The Legislative Council has substantiated its own concept in the field, transposing the official records of the legislation in a repertoire that can be accessed at www.clr.ro.

The post-modernist instrument for effective storing, retrieval and application of the information required for the legal advisor and the public officer, *documentary informatics*, increasingly substitutes the standard documentation.

The essence of the documentary informatics is represented by the new technologies of storing and applying the information that is more and more complex and numerous.

The data bases store various legal information; they inter-connect and generate national, regional or even international IT networks. The computer, due to its higher capacity of storing and high speed of information processing, renders the application process of the legal data valences that are not fully known yet.

If, for the sciences of nature, the use of informatics in documentation does not raise difficulties, since their rigorous language (due to scope-word relation), allows mathematics application and consequently, the programming, in social sciences and especially in law the IT documentation causes problems since the legal language is not rigorously descriptive but it represents even the law rule, law itself.

The legal terms do not rigidly correspond to several concrete scopes or cases; hence the ambivalences specific to law and the inherent objections occurring in legal matters. The legal terms cannot be estimated as fundamental units that should have one meaning only each, hence the impossibility of unique labelling. Hence the difficulties occur that informatics should cope with in the field of legal documentation, operational research, decision taking and improvement of the law enactment process.

Notwithstanding these difficulties, more and more IT documentation units appear in the law field and increasingly numerous attempts to apply the informatics in legal matters.

The computerised documentation has nowadays become an objective need since, given overwhelming information, only computers can store and spread the same by means of *internet* to the farthest places and in the shortest time. *The internet* provides the latest documentation, saves the researcher from long and heavy investigations and, internationally, calls for a close cooperation of all those for whom culture and science are factors of progress and peace.

The contemporary legal documentation has nowadays become almost as extensive as the technical one, since the normative acts, the judiciary practise and the doctrine works become numerous, diversified and complex as the contemporary social life wherefrom they originate.

For a legal documentation, provided by informatics, to correspond to the present requirements, it should cover as many documents as possible, if not all the existing ones, provide the user with an easy accessibility and, at the same time, operative quickness. With respect to all these, it will be considered that the transmission of the information should cost as low as possible the concerned ones².

Documentary informatics

In order to use the computer in the legal documentation several *files* should be created:

1. The first one is the *permanent file (main)*, covering the documents to be consulted³.

a) The text of these documents can be *fully* registered in the memory (*full text*), *word by word*⁴ and will be analysed by the computer⁵.

The system of full text is mainly used for laws since any word and punctuation sign have a decisive significance⁶.

² M. G. Losano, *Informatica per le scienze sociali* (Torino: Piccola biblioteca Einaudi, 1985), 337 and the following.

³ *Permanent file*. It had a relative permanence, since its content can and must sometimes be improved.

⁴ The entry is made by means of an encoding that, under the most elementary form, reserves for each character a memory zone of 6 "bits" at least.

⁵ It is the case of DOCILIS system (*Documentation et interrogation libres*), issued by the Legal Information Centre from Versailles (CEDIJ).

⁶ In DARIUS system, the documentation is fully micro-photographed, on microfilms separate from the memory [See A. Chouraqui, *L'informatique au service du droit* (Paris: Presses Universitaires de France, 1974), 43 and the following].

b) In other cases, the documentation is only *indexed*, that is, it reduces to an *abstract* of the document. Such an abstract⁷ should cover all the fundamental characteristics of the document, representing a rigorous synthesis of the same. Such a drawing up work requires a particularly qualified and experienced personnel.

The “abstract” method is used for the registration of the legal decisions and especially for the doctrine works that do not have the same importance as the normative texts.

For such abstracts to be as truthful as the original as possible and to lose at little as possible from the information of the document, it is recommended that the “abstracts” should be prepared by the type-writers themselves of the legal sentences and the authors of the doctrine works.

c) Finally, in several cases, the registration in memory can be made using a mixed system: *full (full text)* and *abstractive (abstract)*.

The finding of the registered texts (*full text* and/or *abstract*) is made by means of “key words” (*descriptors*) that summarise the content of the respective documents⁸; they are real „coat hangers” by means of which we can take out from the “wardrobe” (memory) the “clothes” the same support (the respective documents)⁹. Usually, the “key words” can also be found in the respective document text but it is possible that the person dealing with documents may find a key word more adequate to the content of the document than the terms used by the author.

2. The key words (*descriptors*) are registered in the so-called *inverted file*¹⁰, that is *grosso-modo* similar to a *index of matters* used in libraries. By means of this file the documents we need can be found, by descriptors, since each descriptor is followed by the addresses allowing to find the appropriate documents.

3. The third file is the *thesaurus*. *Thesaurus* means a list of hierarchical terms setting up a network of interconnections, exclusions and semantic proximities, by means of which the information stored in the data base¹¹ is found.

A thesaurus contains *descriptors* and *non-descriptors*.

Descriptors are words or phrases designating clearly, precisely, non-ambiguously, the content of the indexed document.

Non-descriptors are words or phrases designating identical concepts in a natural language.

The quality of the documentary IT systems depends on the quality of the *thesaurus* used when setting up the data bases.

When issuing a thesaurus one should consider that the same term may have different meanings (for example the word “press” for „journalism”, meaning something else than “pressing machine”).

The role of the thesaurus is also to remove the inconveniences of the homonymy, each descriptor being placed in a context, so that its significance should be unique¹¹.

⁷ M. G. Losano, “Iuscibernetica: Geneza și structura unei discipline”, *Studii și Cercetări Juridice* 17 (1972): 482.

⁸ M. G. Losano, *Informatics...*, 360.

⁹ In case the documents are registered on microfilm, the memory of the computer will only retain the “coordinates” of the key-words with the documents registered on the respective microfilms. Thus, the “document can be easily found and then even “viewed” on a screen” (A. Chouraqui, *quoted work*, 44).

¹⁰ *Inverted file* is a data organization method based on which all entities holding a certain property can be found.

¹¹ A widely used thesaurus in the Member States of the European Union was EUROVOC. EUROVOC was for many years an indexing instrument of the legislative data base called EPOQUE. This base was closed in 1999 and its data is now integrated in ARCDoc archive base. All documents prior to 1999 are indexed by EUROVOC. The task of the archive service was to retake the legislative files of the following legislatures and an EUROVOC indexing was assigned to the same.

With respect to the *vocabulary*¹², the thesaurus determines by connections the lists of synonyms (for example: *habit, custom, land law, sale, alienation, contract for valuable consideration, undertaking, convention, agreement, etc.*).

At the same time, the thesaurus determines the differences that are required in relation to polysemic words¹³; thus, the term *author* can mean *author of literary works, inventions, author of a crime, of a legal deed*, etc. In its turn, the word *servitude* can mean *legal charge, dependence on the feudal master in the Middle-Age, lack of lawful independence of a state, current job tasks* (figuratively), etc.

The thesaurus will also include the list of the “recalls”, namely, the *terms superordinated to descriptors*, as well as „the relations”, namely, *the institutional connections stated by means of association*. Thus, the “descriptor” *pledge* is synonym with *pawn*, as a “recall” the one of *accessory real contract, etc.*, and as „relations”: *security, mortgage, etc.*

With respect to syntax, the thesaurus makes various analogies¹⁴. Consequently, terms related to the descriptors will be pointed out (thus, for example, the phrases *assets donors, assets donees, donated assets*) or a contradictory relation will be pointed out helping in the identification of the analysed institution: *owner-tenant (renting contract)* etc.

In this field as well, the thesaurus is intended to make the differences between the various terminology acceptances resulting from the order of the terms or the prepositions connecting them (for example, *law power, the power of the law and the law of the power* have different meanings: *law value, law authority, violence impact*¹⁵).

With respect to the *style*, the thesaurus should recognise the *figurative style* that, most frequently, does not include the adequate institutional terms. Thus, in the Romanian law and later in the Middle Age, for example, the *death* as time for opening the succession, was stated by the periphrasis: “if something human occurs”¹⁶.

After its setting up, the “thesaurus” file will be permanently updated.

During its use, the thesaurus will also disclose its deficiencies (*errors*) that, obviously, will be corrected.

When using the thesaurus, the attention of the user will be drawn by what Xavier Linant de Bellefonds used to call “the noise” or “silence” of the same¹⁷.

The “noise” occurs when the computer *provides several unuseful documents*. This is the case of polysemy or homonymy not clarified by the thesaurus. For example, the applicant wishes the documentation related to the *copyright (right of the author)* (literary) and receives the one relative to the *author of the crime*, etc.

Other times, the “noise” can originate from the fact that the term used is too general, such as, for example, the case of the one who, being interested in the *maternal filiation*, requests the descriptor *filiation* without any other specifications, resulting in the occurrence of several documents that are not pertinent to the investigation.

In case of “silence”, the *computer will not provide any document*, such as the incomplete lists of synonyms (for example, the researcher uses the term *custom* while the person dealing with documents used *habit*)¹⁸.

¹² X. Linant de Bellefonds, *L'informatique et le droit* (Paris: Presses Universitaires de France, 1992), 83 and the following.

¹³ From the Greek terms *polys* (numerous) and *semainein* (having a meaning).

¹⁴ X. Linant de Bellefonds, *quoted work*, 83 and the following.

¹⁵ *Ibidem*, 83 and the following.

¹⁶ V. Hanga, V. Hanga, *Calculatoarele în serviciul dreptului*, (Bucharest: “Lumina Lex” Publishing House, 1996), 43.

¹⁷ X. Linant de Bellefonds, *quoted work*, 80.

¹⁸ Sometimes, the phenomenon noise-silence may also result from technical reasons (for example, an imperfect programming).

In order to increase the application coefficient by removing the “noise” and the “silence”, the thesaurus remain as a permanently open file, susceptible for continuous improvements. Even if the thesaurus had been perfect at its setting up, it should be permanently updated with the legislative, judiciary and doctrine progress. In other words, the thesaurus remains a *vivid file* as the main file that will contain all the new documents as soon as they were published or enforced¹⁹.

Being aware of the technical rules of the documentation, the person requesting the documents may also address to *the data banks and computerised libraries* in order to obtain the required information.

A *data bank* is a centre of storing and processing data from a certain field in order to make it available to the researcher by mean of terminals (network connected computers)²⁰.

Finally, a data bank consists in a material installation, made of a computer plus application software and a data base consisting of all the information available at a certain moment in the computer memory. When several banks are interconnected they form a network.

Such banks may include industrial and commercial files with respect to the industrial production and the related commercial exchanges, files for goods contracting, files of persons from a company or town, including data referring to profession, domicile, fiscal, military obligations, etc.

The banks are organised considering several criteria aiming at the optimum, convenient and safe use of the data. For this purpose, adequate memories are used, an inquiry-answer language, as close as possible to the natural one, the accessibility and security of the information being provided by appropriate “passwords”.

The setting up legal data banks raises several problems. Firstly, the language difficulties. As shown, the legal language is not of a simply descriptive nature, does not uniquely correspond to certain concrete cases and hence legal ambivalences. Due to this fact, the setting up the files a computerised legal documentation needs requires much time and an exceptional legal training.

On the other hand, the legal texts to be stored are very numerous (normative texts, court decisions, doctrine works, etc.) and that is why the respective banks become very costly. But, since most of the stored texts belong to the public field (laws, sentences, etc.), such banks are not faced with the involvements of the copyright law the banks using works subject to this law should cope with.

The national banks store the data in the national language and the applied software is different as a system from one country to another.

In Belgium, the Legal Research and Documentation Centre (CREDOC) holds, starting from 1973, a legal data bank whose purpose is to store all the legal texts in force in this country²¹.

In Italy, a legal data base has been operating since 1973 under the jurisdiction of the Court of Cassation. In 1981, a decree of the President of Italy specified the role of the High Court in the organization of the legal documentation: normative acts, judiciary practise, doctrine; since 1985 the bank becomes the National Centre of Legal Informatics and the legal data of maximum importance for the parliamentary²² activity are memorised within the Chamber of Deputies²².

In France, the Legal Informatics Research and Development Centre (CEDIJ) from Paris has a data base on the fiscal, commercial, administrative, etc. law²³.

¹⁹ In fact, it is provided, since the setting up of the thesaurus, an internal order structure for the reasonable assurance of the classification and introduction of new terms. They are to be arranged based on graphs, either arborescent or tubular/ matrix. In the first case the terms are hierarchical and in the second one ordered with respect to proximity.

²⁰ Besides the syntagm *data bank*, the syntagm *IT system* is used with the same meaning. Relative to terminology, see X. Linant de Bellefonds, *quoted work*, 85.

²¹ A. Chouraqui, *quoted work*, 27.

²² M. G. Losano, *Il diritto pubblico dell'informatica* (Torino: Piccola biblioteca Einaudi, 1986), 258 and the following.

²³ DOCILIS IT System (Documentation et interrogations libres was created by CEDIJ for its specific needs using special software.

In Lyon, the Scientific Research Centre (CRIDON) deals with legal issues regarding the notary activity. The data bank of the Centre using an adequate processing system²⁴, provides the concerned users, by means of a screen, a keyboard and a printer and by means of a language close to the natural one, a large possibility of informational “conversation”.

A significant IT research work is also performed by other research and education institutes de IRETIJ from Montpellier, whose concern is the improvement of the files (vocabulary, key words, etc.), its data base, the similar Institute from Aix-en-Provence (IEJ), dealing with the civil legal practise etc²⁵.

Finally, the Documentation Centre for antique rights operating within the National Scientific Research Centre (CNRS) has been holding since 1975 a data bank referring to the legal, economic, political and social institutions from the antique world.

In Germany, the Ministry of Justice holds a bank whose data base cover all the German legislation.

At the level of the European Union, the information system EUR-Lex provides direct, free of charge access to the legislation of the European Union, the system allowing both the consulting of the Official Journal of the European Union and the treaties, legislation, jurisprudence and legislative proposals.

For the consulting of the Anglo-American legal law and practise, LEXIS information system is used and the Legal Resource Index data base with Dialog system.

At present, the national data banks, storing the data in the national language and the software applied is different as a system, from one country to another, the same can be hardly used “outside the frontiers” and for the future the use of standard software is predicted, that should facilitate the “networks” of the legal data banks.

Conclusions

The IT documentation was also subject to critics from the traditional legal advisors.

Won't a ready prepared documentation determine the legal advisor to make less effort and remove him from the library and archive researches, obstructing his critical investigation nature?

If several documents – and maybe the most important – are missed by the analyst, aren't they lost forever? If they are erroneously summarised or intentionally distorted, won't they be erroneous guides for the theory and practise of law?

The documentation made available to the researcher with so much generosity by the computer, provides additional free time for the legal advisor that the same will use for meditation and synthesis studies. So useful for the legal progress.

The computer cannot give solutions for all cases since the absolute identity in this field is a rare phenomenon and in case of doubts, the proposed solutions should be compared even with the sources.

The documentation provided by the computer will never be considered as exhaustive and therefore the contacts with the primary sources permanently remain open and when it seems unnatural or tendentious it will be checked.

Therefore, the computer becomes an efficient mean of investigation, a stimulus in research and not a last word of the law science and practise.

²⁴ We refer to SYDONI (Système de documentation notariale informatisé).

²⁵ For details, A. Chouraqui, *quoted work*, 34 and the following.

References

- A. Chouraqui, *L'informatique au service du droit* (Paris, Presses Universitaires de France, 1974)
- M. G. Losano, *Informatica per le scienze sociali* (Torino, Piccola biblioteca Einaudi, 1985)
- M. G. Losano, *Il diritto pubblico dell'informatica* (Torino, Piccola biblioteca Einaudi, 1986)
- M. G. Losano, "Iuscibernetica: Geneza și structura unei discipline", *Studii și Cercetări Juridice* 17 (1972)
- V. Hanga, *Calculatoarele în serviciul dreptului*, (Bucharest, "Lumina Lex" Publishing House, 1996)
- G. X. Linant de Bellefonds, *L'informatique et le droit* (Paris: Presses Universitaires de France, 1992)

THE PRAGMATIC AND LOGICAL-SEMANTIC CHARACTER OF THE LEGAL INTERPRETATION IN ECHR JURISPRUDENCE

CLAUDIA ANDRIȚOI*

Abstract

Any theory that explains the manner in which we can arbitrate the pretensions of legality of competing interpretations, must clarify the problem of its individuality: when we speak of competing interpretations of the same judicial norm we use a concept whose identity is unclear. Internationalist theories of interpretation often appeal to the distinction between meaning and interpretation. This way, in their try to save the epistemological value of interpretation, by reviewing evidence criteria and the model of truth used, they are forced to formulate in the same time a theory of meaning, trial in which they see themselves constraint to use assumption on the pragmatic and logical-semantic character of the judicial norm.

Key words: *semiotics, polymorphism, the words arbitrary, redundancy, judicial episteme.*

Introduction

Knowing how to use a sign or an expression in judicial language means knowing how to apply it correctly to an object and not to another. In order to realize this operation you must know the properties of the object or class of objects from which it is part of. To use signs and expressions means to apply them correctly to objects or to classes of objects, and for this procedure we must know the meaning of those signs and expressions. Semantics studies the report between significance and meaning, investigating who this report is established and what is its nature.

The specific of the semiotics process from which the “judicial” part of the meaning can be described, in a proper manner only through the approach of a double perspective: semantic and hermeneutics. The structural analysis supposes the practice of certain methodological rigor , among which we can mention the rule of immanence, according to which the system is explained through characteristics (immanent factors) and not through an appeal to external (transcendent) factors, the rule of switching – the inventorying of component element, the accent being put on differences and not on resemblance, the rule of hierarchy – there is no absolute system or an absolute element; a system can be considered a subsystem and an element in connection to supra-arranged systems.

Man is caught between the pole of the word and of the gesture or more generally, between demarche and speech. The ontological mutations that lead to the apparition of man, concomitant to the apparition of language, have moved every man towards words, which is towards meaning. Even an adaptive operating life was moved in the meaning area, gestures being transformed into meanings.

1. Transmitting meaning to norms through semantics

By reporting to semantic relation that is established between terms, we observe that one of the basic of judicial terms is polisemantics. Thus, we must make a distinction between two different categories of terms from the structure of judicial language:

1. Terms that belong in the same time to common languages and to specialized language.

These are words, in general polisemantic, created through the development of a judicial meaning, together with the meaning or meanings of common language, either through a semantic

* Lecturer PhD, Eftimie Murgu University, Resita (andritoiclaudia@yahoo.com).

extension of certain judicial terms through excellence.¹ From this category we can mention judicial terms that have entered common language through extension of meaning or through the development of a figurative meaning: for example *alibi* – is a Latin word that means “somewhere else”, derived from the adverb *alius* “another”. This word has been introduced into the French language with the meanings “*to be somewhere else at the moment of the crime*” and “*evasion*” (18th century), different from their use in 19th century when it had the meaning of “*activity or circumstance that allows exoneration*”, sensed as a figurative meaning of the judicial one. From a judicial point of view, the term has the meaning of “*proof of innocence of a person at the time of a crime, in another place than the one where the crime was produced; means of defense on which an alibi is founded*” (DEX). In the same category we find polisemantic terms from common language that have developed a judicial meaning: *to acquit* (Fr. *acquitter*) „*to declare through a judicial decision the innocence of a person called in justice; to pay a financial, material or moral obligation*” (DEX) in French, the verb *acquitter* is a derived of the adjective *quitte* (borrowed from the Latin word *quittus* „*freed from a judicial or financial obligation*”).

We also underline the fact that polisemantic terms with a judicial meaning and one or more meanings belonging to specialized languages: investigation - „*activity that represents the gathering of necessary proof for the breaching and the establishing of the guilty person’s responsibility*” „*scientific research made on the field: linguistic, social investigation etc.*”; relapse (Fr. *récidive*), from a judicial point of view „*action to which the same person makes a new crime*”.

2. Terms used exclusively by law specialists; for example indictment (Fr. *réquisitoire*) „*the district attorney’s speech, in front of the court, where arguments were exposed, on which the accusation is based*”. Through metonymy, the word becomes „*the act through which the district attorney begins a penal action against the accused*”; contumacy „*unjustified lack of judgment of the accused*”, the expression *in contumacy* „*missing, not being present at the trial*”; dol „*action made in bad behavior, with guile, in order to determine someone to conclude an unfavorable contract or to admit an averse clause in a contract*” etc.

The terms from the first category and those from the second, when used are lexical elements, proper to judicial language, adopt particularities of each specialized terminology, they become unequivocal and do not come into a relation of synonymy with other terms.

We can also mention the fact that the polisemantics of judicial terms used in ECHR jurisprudence knows two forms²:

1. External polisemantics – in the case of the term used in common language and in judicial language:

- with identical meaning: *to apply, circumstance, to dispose, to expire, intervention, tentative, term*;

- with partially identical meanings: deviation – “*breaching of a legal disposition, presenting a degree of social danger more reduced than the crime and for which non-penal sanctions are stipulated [...]*”; citation “*procedural act through which a person is called in front of a penal instance or a court*”; witness – “*person who knows about an action or about a surrounding that serves to find out the truth in a penal trial and may listened for this purpose by judiciary act*”.

2. internal polisemantics – characterizes judicial terms which posses two or more meanings in the domain and is met, regularly, in representative words from the point of view of notions and frequency, being considered an essential mark of judicial vocabulary. The phenomenon is present in the same law branch or in different branches. For example, the term *wrote* is defined summary and generically in the *Dictionary of civil procedure* as a “written act”, while the *Dictionary of penal procedure* mentions the meaning in the following way: “any act that care emanates from a

¹ Forsyth John, *Pour la controverse entre les deux écoles*, Judicial Review and the Constitution, Hart Publishers, London, 2000, 29

² Cornu Gerard, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2000, 36.

state organization or from a local one or from an individual or judicial person or it belongs to such a subject". The term *obligation* is registered in the *Dictionary of civil law* with the following meanings: "civil judicial report; the duty the debtor has; proving writing; value title".

The European Court for Human Rights was called for the first time to pronounce regarding the interpretation of the term "magistrate" in the Schiesser³ case.

In this case the Court has identified in "magistrate habilitated by the law to exercise judiciary functions" two elements that rise interpretation problems due to their formulation, these being "magistrate" and "judicial functions". From the fact that the arrested person must be brought in front of a judge or to another magistrate the Court has deduced that Din art. 5 par. 3 leaves the state the possibility to choose between two categories of authorities, who even if they have resembling attributions, do not mistake one for another.

With all these, the Court also mentions that the "magistrate" must offer proper guarantees to judicial functions that the law attributed; more exactly it must fulfill certain conditions⁴ that represent guarantees for the person arrested. Thus, the first demand, of the institutional order, refers to the independence towards the parts and towards the executive power, to which a procedural demand is added, constituted from the magistrate's obligation to personally hear the accused and the fond demand to examine the circumstances of the cause and to pronounce on the basis of judicial criteria on the existence of reasons to justify the lack of freedom and if these are missing, to dispose the liberation of the person.⁵

Thus, judicial terminology represents a meta-linguistic code, rigorously defined, in the interior of which the most obvious are the terms that represent functions, relations and social institutions or that express and order, a decision, a demand.

According to an opinion interpretation is somehow infinite and incomplete, perspective and undetermined or pre-oriented by interests, beliefs and constitutive misbeliefs (either legitimate ones or not eluded, offering resources to self understanding); such a trial to stipulate a hard meaning of interpretation, oriented towards its verification on the basis of textual evidence and of the appeal to the legislator's intentions seems from the start useless.⁶

This way, the universality of judicial hermeneutics may lead, through the supposition of language autonomy, to the dissolution and not just to a pertinent of the judicial norm author, but also to a type of general and auto-contradictory relativism. This leads to the supposition according to which any try to build a general theory of interpretation that desires the formulation of criteria is meant to fail, so that it should be abandoned and replaced with a critical research of lawful prejudice that sustain the meaning of self, or with the affirmation of a reading oriented towards the proliferation of meanings of a norm and the differences between these meanings. This way, the epistemological model of interpretation seems to be just a simple result of positivism used by analysts, but also an inefficient strategy.

³ Demand no.7710/76 – the solution was pronounced on the 4th of December 1979. The accuser has invoked the lack of independence of the district attorney that disposed his arrest, on one side, because this fulfilled the function of the accusing organ in some cases, and on the other side because, being subordinated to the general attorney it was implicitly subordinated to the justice direction from the cantonal frame (par. 33);

⁴ These conditions were hardly analyzed in the doctrine of Renucci Jean-François, *op.cit.*, p.200-201; Țuculeanu Alexandru, *About the quality of the district attorney and his right to dispose a preventive arrest in the light of the European Convention for Human Rights*, in Law no.2/1999, p. 88-93; Claudiu Ecedi-Stoisavlevici, *The district attorney's ability to dispose a measure of preventive arrest according to the disposition of art.5 par.3 from the European Convention for Human Rights*, in Studia Universitatis Babeș-Bolyai, no.1/2004, 28-40;

⁵ Olteanu I., Banciu E., *Actual aspect for the district attorney of jurisprudence of the European Convention for Human Rights according art.5 regarding the right to freedom and safety*, in Pro Lege, or.4/2004, p. 118-129;

⁶ Huma Ion, *Cunoaștere și interpretare în drept. Accente axiologice*, (Publishing House of the Romanian Academy, Bucharest, 2005), 24.

2. The epistemology of interpretative meanings – semiology⁷ of knowing the interpretative phenomenon

Logical thinking is interrogated from the perspective of the language organization power, knowledge being analyzed according to communication, trying an approach of knowing the interpretative knowledge towards meaning. A semiologic reading can reduce, according to *the principles of sign arbitrary*, the symbol to a sign, fact which leads to a similar limitation, but of the concept, or the notion or category, to signs.

The conception on interferences of judicial doctrine to semiology, hermeneutics and judicial semantics has known an evolution in a sidelong direction towards initial orientation, amending the absolute arbitrary of the words interpreted. A. Martinet has enriched it *through the principles of double articulation*.

With all these and the fact that the language in which the idea of a judicial system was formulated, was in delay towards the huge ontological and epistemological discovery that this fact supposes, a new challenge was opened towards the idea if a immanent system, a closed and formal one and the separation of the system state, which is a state of equilibrium, of the history of changes that produced it, is found not only at the origin of French structuralism that bring to the reality of the project of a general semiology and also to the origin of most of the ideas from the second half of our century. The explaining of the code character of the language to be interpreted detaches this one more from the representation, in order to situate it in a different domain of meaning⁸.

Besides the system notion the term structure⁹ was also proposed, reminding of the *principles of “Negative limitation”*, of the role of pure difference in signifier, a criterion of classification used effectively, which is due to the complexity of a sole unity that interests signifiers, limited in their turn to a number of other signifiers.

This principle of pertinence can be applied to other levels as in the case of a language semantic universe or it may be used for the study of codes. In this case a similar method allows us to discover the semantic language of the semantic axes language.

Thus, structural semantics, the application of structuralism methods to the level of a semantic universe, cannot be a simple transaction towards the judicial phenomenon because, is a certain method is to be applied to the study of codes, which are semantically enclosed, it can no longer be applied successfully to the totality of a situation: unlike codes, the language used is considered to be opened from a semantic point of view. Thus, if in the interior of codes the criterion of communicative pertinence allows choices and eliminations, is may no longer function in the interior of a language semantic universe, where, being obligated to accept any difference of meaning as a starting point for a semantic axis, is functions not as an exclusion principle, but as a tolerance principles.

The difficulty in applying to all the levels of the language, especially to the semantic one, the research methods that start in an operational manner principles and interpretative ideas, explain at least partially the evolution of semiology, semantic and hermeneutics towards a metamorphosis of the idea of parallel structure with a new definition of the contained judicial aspect¹⁰.

⁷ *General semiology*, used as a term especially in France, would also contain semiotics. *Semiotics* is a Greek term, used in variants close to logic and to the theory of knowledge, traveling especially in the Anglo-Saxon environment. The term is then used to define a part of semiology that studies a complementary domain, of non-verbal signs.

⁸ Levi-Strauss Claude, *Mythologiques I. Le cru et le cuit*, (Pion, Paris, 1964), 79.

⁹ This term has first appeared in the *Congress of Slav philologists in Prague*, 1929 – in a manifest whose main inspiration came from Jakobson, Karcevsky and Trubeţkoy, in order to represent the relations from the interior of a system, a reciprocal dependence of two or more characteristics of a language.

¹⁰ Levi-Strauss Claude, *Antropologia structurală*, (Ed. Politică, Bucharest, 1978, 85.

Any language identifies with a certain analysis of reality; it represents a particular type of organization.¹¹ The order searched for is found in a median area comprised between empirical orders and their theorizing. But, this is the place of sign order, because this is more theoretical than an empirical order and in the same time more empirical than theoretical order. To each order we can find a certain “episteme”.

A judicial episteme defined the general space of knowing judicial phenomena, the disposal of scientific knowledge and their objects. It is the one that by spreading things it offers them to knowledge.

The ensemble of judicial epistemes are, in the end, conceptual archetypes whose pure form we find more clearly in theories on signs from those periods, in what we know as a theoretical model of the sign. Thus, according to the theoretical model of the sign, terms, domains and knowledge elements are established, the relations between these elements are articulated together with the meaning in which these relations develop. The modifying of the sign articulation type, the changing of the sign theoretical model, determines fluctuations in the domains of the reality and redistributes knowledge domains, relations from the interior of domains and between domains, in the same manner as when new meanings appear.

Judicial order cannot be conceived as an immense text, the thing is sign and vice versa, the text, the book is a world, because words also contain the consistence of things, they are things. Sign may cease being a thing among things, because between a sign (word and a thing, between representative and represented, the distance grows: words and things separate so that language and knowledge can be reunited.

From this context the following question is formulated: *How can we recognize if a sign defines correctly what it signifies?* And another question: *How can a sign be connected to what it defines?* The answer lays in the theory of meaning and of signification, so that, starting from visible signs, an internal architecture is created, together with a complex and hierarchized organization of judicial order.

The research of the language used is substituted to the analysis of the speech, which also affects in the methods used, in order to impose the application of deciphering procedures that mark the heterogeneity of the organization between profound meanings and their superficial landmarks. The consequence resides from the fact that synthesis wins a place in connection to the analysis, having as effect the fact that some superficial clues apparently correspond to the realization of complex organization principles.

It is obvious that the sign offers the structure of judicial epistemology, because it established terms, domains and constitutive, the relations between these elements and the way in which these must be approached in relations to terms, methods procedures of knowledge assimilated to semiologic characteristic. More precisely, not the sign itself, but its theoretical model, its paradigm, the theory of the sign is specific to each episteme.

This interpretation is thus sustained with solid arguments. The archeology of knowing the correct meaning of a judicial norm is oriented in a semiologic direction, because we deal with a reading that treats judicial components not as simple elements, but as significant systems. What results is no longer interpretative, allegorical and hermeneutic, it does not look behind the meaning discovered by another, hidden, it is pure epistemology, because it is interested on the value of the truth.

2.1. The epistemic notion of semiotics

As we already proved, *semiotics* is a Greek element, used in variants close to the logic and theory of knowledge, circulating mainly in the Anglo-Saxon area. The term was then used in order to define a part of semiology, which studies a complementary domain, of non-verbal signs

¹¹ Mauro Tullio de, *Introducere în semantică*, (Ed. Științifică și Enciclopedică, Bucharest, 1978), 108.

(*general semiology*, used as a term especially in France, would also contain semiotics). The major problem that appears is the building of meaning according to the principles of judicial interpretation together with a terminological problem: *semiotics or semiology*?

Stoicci formulates the first semiotics in the Occident. Thus, the problem of signs and that of language, represent aspects of semiotics, because it helped the interpretation of judicial norms. Built between logic and grammar it is situated on the part of logic¹², trying to build the sign as an autonomic epistemological element.

Besides judicial order mentioned in the doctrine, the existence of other two different orders is also presented: the order “what it is” on one side and the order of thinking and speaking, on the other side. The order “what it is” cannot be directly accessed, unless, as Kant believes, it is “a self thing”. Semiotics is used in the interpretative process. Hegel is the one that regrets a minor importance given to signs in their own system. The modern place of the problems of the sign, as a presumptive of semiology, is realized with alternations of the general theory of law.

When and how will semiotics become a general law theory? In this case “what it is” and what we know as a reality refers to interpretation: what we cannot interpret does not exist! Now the three orders of reality - “what knowledge and interpretation is” can be analyzed from a judicial perspective. In order to answer the question: how does semiotics become a general and central theory of the judicial domain, we must be able to identify what make a sign or a theoretical object to be judicial. Not from a cultural point of view, that is not in meaning practices, even if it is an important problem, but from a theoretical point of view, under which axioms is this problem studied.

There are two “axioms” which transform the sign, in principle, an object *sui generis*:

- a) *pansemy* - or: anything has a meaning – or, at least it may have one;
- b) *polisemy* – any sign (object) may have more meanings (the uniqueness of existence does not determine the uniqueness of meaning).

Pansemy is more clearly stated in the idea that a judicial order is not composed of two types of norms: with a meaning or without one. For C. S. Peirce¹³ any kind of thinking is expressed through sign. There are no norms without a meaning. Polisemy, the second axiom is less obvious.

Because in the semiotics of French structuralism, the sign has a greater autonomy towards other entities, because it finds here a maximum influence in our times, its maximal program is the most important one. Research objects and theoretical-methodological auto-situations of semiotics represent best the objects of semiology. The object of semiotics is not only the sign in general, but what makes it possible: sign systems. Thus, structuralism semiology imposes the analysis of significant systems.

In creating the self consciousness of epistemic self, semiotics seems to hesitate in order to be defined as:

- discipline among others or hyper-theory;
- theory and method;
- theory/method taken from any other domain or interdisciplinary.

The axiomatic starting points and the problematic openings offered are multiples. The philosophy-judicial axiom on which this approach is based is the idea that the significant is the highest category of reason (higher than logic).

2.2. *Semiotics and signifying systems*

Using semiotics as a true pilot discipline, structuralists have imposed the idea of pansemy – everything is a sign, everything has-may have a meaning – and that of polisemy – any sign may

¹² Semiology is studied by the priest Augustine, logicians and medieval scholars, Locke, Leibniz, Berkeley, Hume, Vico, Condillac, Diderot etc.

¹³ Peirce’s semiotics and Saussure’s semiology have for all long time not been printed, but known by their disciples and transmitted. Ch. W. Morris continues Peirce’s work from which he also takes the term of semiotics offered to the theory of signs.

have one or more meanings (the uniqueness of existence does not determine the uniqueness of meaning) – and transformed semiology into a hyper-theory and an interdisciplinary method¹⁴. Thus, we can present other principles that guide the interpreter in its demarche.

Starting from the idea that the people's world exists only if it passes through language, structuralism semiologists begin by analyzing significant systems and texts which, according to ***the principle of referential auto-closure and intertextuality***, does not refer to itself or to anything else. The main representatives of this thinking Claude Levi-Strauss and Michel Foucault – which have researched „epistemes" as large forms of the order of knowledge, neo-psychoanalyst Jacques Lacan – for which the unconscious is structured as a language and the socio-human science epistemologist Louis Althusser – who formulated the theory of theoretical practice process. Thus, the theoretical and analytical interest was directed on what the texts say – that is in the content of the meaning – and on what they have said through their research methods.

Structuralism semiology (semiotics) does not concentrate on the text in order to listen to what this one has to say, but in order to see how it is build¹⁵. And this semiotic modality to build judicial texts, the shape, which no longer represents a certain manner to say something, will be considered the condition of possibility to say something through a judicial speech¹⁶.

The meaning of the analogy between language and significant systems, between the message transmitted by the content of normative acts and the reality of structuralism semiotics may be well understood once we rapport to the ***principles of sign arbitrary***. If some doctrines imposed the language system starting from the arbitrary of the word, structuralist semiologists do this procedure in the opposite manner. They just institute, through postulation and through analogy with the language, the character of significant systems of shapes and manifest of judicial norms subjected to the interpretative proves and verify it by demonstrating an arbitrary character.

The principles of arbitrary of the semiological word from the axiom, becomes corollary to the existence of the significant system, the manifest of the effect of significant system which institutes its elements and thus the control key of the existence or presence of a significant system. Trying to be the starting point of proving the presence of a system, it becomes the arrival point of the analogy with language, the first implication and the effect trough excellence of the significant system existence, a prime level and a compulsory one of the structuralism manifest and thus the landmark, prime and necessary, of the manifest of structuralism attitude.

More obvious is the importance of the ***principles of arbitrary of the semiological sign*** from the perspective of which the judicial norm is interpreted, which contains a message to be deciphered, but its meaning totally different and even antinomian towards the concept of structuralist semiology.

The meaning of the norm may be observed not only through a semiology characterized by „atomism"¹⁷, by substantialism¹⁸, and by historicism – according to which the sign functions as an historical accumulator of meanings and the liberating of its meaning is a work of art.

The principles of sign arbitrary leads to a radically different semiology, whose change may be measured point by point by comparing it to an anterior one. Thus the „atomism" is replaced by integralism – according to which the sign cannot mean nothing on its own and cannot exist as an isolated sign, because its existence and capacity to mean is determined by the significant system; substantialism is replaced by relationalism – according to which meaning is the product of

¹⁴ Mounin George, *Introduction a la semiologie*, Les Editions de Minuit, Paris, 1970, 35.

¹⁵ Rovența-Frumușani Daniela, *Semiotică, Societate, Cultură*, European Institute, Iasi, 1999

¹⁶ Dubouchet Paul, *Sémiotique juridique, introduction à une science du droit*, PUF, 1990, 37-70. He identifies only four forms of norms: «prescriptive», or normative, which reaffirm the judicial speech: compulsory, interdicted, allowed (understood as what it is possible), facultative (what is not possible), which name the terms: debitum, injustum, justum and indebitum.

¹⁷ Atomism according to which each sign has an individual meaning, on its own, of something special.

¹⁸ Substantialism – according to which this meaning has as substance its content, content and representation.

differences and oppositions and not of self present contents; and historicism is replaced by synchronism – for which the system effect resides in the extracting of its elements from the exterior perturbing action, in order to keep an equilibrium and in conserving initial meanings.

Levi-Strauss sustains that “*the relational system is a language*” because “*the same way as phenomena, (the smallest sonorous unity of the language, which has the function to differentiate words) relational terms are elements of meanings; according to these elements that do not receive a meaning unless they integrate into systems,; „relational systems” as „phonological systems”*¹⁹ are elaborated at the level of unconscious level; finally, the recurrence of some relation forms, marriage rules, prescribed attitudes to the same type an certain relations etc. In far regions of the world and in societies completely different we may believe that the phenomena to be observed result from the game of general laws

Thus, we appeal to a small number of simple principles, through the intervention of which a very complex ensemble of customs, absurd at first sight (and generally judged otherwise), is reduced to a significant system.²⁰

The postulation of nature identity between significant systems and language is manifested positively in the consequence of a semiological arbitrary sign. But can this arbitrary be accepted? If it is explicitly expressed, the idea of semiological sign arbitrary is presented in the its content and implication under another name: that of significant coherence, of internal coherence.

Thus, from methodological reasons, is constituted the need to apply in an unitary way the interpretative methods and the ontological character of its principles from the perspective of structure concept, a more structured coherence than meaning. Coherence represents the manifest manner of structure, meaning representing only a partial aspect, from a domain capable of situating in the plan of its demarches, more coherence than meaning.

Or, the „internal coherence” of a kelsian pyramid supposes the existence of “an ensemble of relations necessary between the elements that constitute is, to the most important of them, between content and forms, so that it is no longer impossible to study in a valuable manner certain elements outside the ensemble they are part of and it alone determines the objective nature and meaning, but also the possibility to understand the necessity of each element in rapport to a global significant structure constitutes the researcher’s safest guide”²¹.

Thus this “internal coherence” or “significant coherence” is manifested the same way as the arbitrary of semiological sign: it make the element lack consistence besides the significant system where it functions, so that significance may result not from the relation of the significant with the referent, but from these significant, between signs in the system²².

¹⁹ Levi-Strauss Claude, *Mythologiques 4. L'homme nu*, Pion, Paris, 1971

²⁰ Levi-Strauss proves in his theories that marriage rules, nomenclature, privileges and the interdictions of relating in archaic societies are inseparable aspects of the same reality, which is the structure of the system considered. The starting point of its demarches is the interdiction of incest, a rule that, alone in all social rules, possesses an universality character. The “natural” explanation of the interdiction of incest does not resist, because the archaic man cannot have in sight all the genetically advantages of this interdiction and some marriages between cousins are allowed and the cultural explanation is not sufficient, because how can we prove a series of clauses always particular from a universal? Helped by Marcel Mauss’s theory of reciprocity, Levi-Strauss discovers the key of fundamental interdiction of archaic societies, seeing in the prohibition of incest the negative aspect of positive rules of exogamy. Thus it cannot be reduced to an extraordinary diversity of relation rules and marriage to some types of women exchanges between clans and lines of relations and discovers that these rules serve to the insurance of women’s communication between groups, as economic rules serve to ensure the communication of goods and services and linguistic rules to the communication of messages. The closeness between the exchange of women and the exchange of goods and services and mainly that of messages and the inclusion of anthology in a general theory and not a superficial or simply analogical one. It represents the basic demarche due to which the passing from nature to culture is fulfilled, because the transformation of a natural stimulus to a sign of social value is entered into the game..

²¹ Kelsen Hans, *Doctrina Pură a Dreptului*, Humanitas Publishing House, Bucharest, 2000, p.108.

²² Saussure de Ferdinand, *Semnificație și comunicare în lumea contemporană*, Political Publishing House, Bucharest, 1985, p.98.

From this conception over semiotics result then theoretical and methodological mutations by which interpretative operations are being constituted.

The correspondence between the creation and the consciousness of the judicial norm creator is being looked for, not at the contents level by all the categories one, which structure them at the level of their coherence. In other words, the relations with the referent, to socio-historical reality, or social consciousness, are not situated at an elementary level, signs level but at the level of their ensemble, of the totality of jurisprudence or of the signs systems. Regardless what are the relations of the significant system with reality, regardless is the specific order of the significance system on a vision over the world represents and is a parallel and analogue with judicial order that the significance system of a socio-historical and social consciousness represents – at the level of the significance produces, it remains specific to an internal level, of producing significance.

Moreover, the reporting to the legislator's consciousness is realized through a movement of double abstractization towards a real consciousness, in the direction of possible consciousness, on ones side, and of proper consciousness, on the other side, which raises enough problems of comparing the two specific orders and situates to a distance big enough to conserve their specificity.

Of course, the methodological guide of significant coherence allows the building of corpuses where the *sui generis* significant system is manifested and where significant coherence comes to replace *the principles of sign arbitrary*, in order to underline the principles of constitution of a system regarding the nature of the language, because, as a system it is characterized by the lack of reference, of significant consistence and of substantial motivation of its elements, which are signs of different types.

What was initiated in a program of iluminism has become reality especially for the Kant age philosophy, of the positivism of the last century. Of course its positivity was accompanied by knowledge for which the intelligibility of the world was continued different than the logical model of causal determinism. Everything is based on interpretation. There is, first of all, beyond rational, a more important category and more sustained one, that of the significant.

A rational law defined the domain of exercising reason. In its turn reason sends to an abstract, discursive thinking, to a logical faculty of human spirit characterized by explicit interferences, by reasoning. Reasoning, a historical current of the theory of knowledge, exaggerates the role of this faculty. It establishes that the source of knowledge is logical thinking, rational thinking, intellectual activity opposed and superior to empirical knowledge, experimental and sensible knowledge. The interpreted offers rationality to the law by the result he can reach, being able to deduce in more ways reality. But behind all reasoning the causal determination of the judicial norm is hidden. If we deviate from a rational manner something, we can do it by deduction that proves to be a causal one. Even teleological, axiological and value reason leads to a coherence cause-effect, by adapting means to purposes.

Conclusions

The judicial language used by the legislator in the moment of the editing of a norms has an important role in the establishing of an authentic sense of this by the interpreter, because in this manner the nom interpreted from the symbols and meaning perspective. Until the modern scientific knowledge it is a question of hermeneutics, of interpretation of meanings and of a symbolic deduction. What modernity, after Kant, calls knowledge only shapes this judicial order, makes it more proper, more analytical and more pertinent. There is no progressive installation of a significant system.

The procedure of interpretation also supposes the identification of certain aspects of the significant (judicial order) with certain aspects of the significant (authentic sign), the connection between parts that present rapports of reciprocal convenience between them.

The interpretative process, unlike the significant one is lent, progressive and in stages. It consists in the attributing of qualities, in the proceeding to regrouping, in defining belongings and in discovering new sources in the frame of closed and complementary totality with itself. For a judicial language and a significant system to be found in a relation of intersubjectivity, the interpretation trains the same effect objective of knowledge.

References

- Cornu Gerard, *Linguistique juridique*, (Montchrestien, 2000), 36.
- Dubouchet Paul, *Sémiotique juridique, introduction à une science du droit*, (PUF, 1990), 37-70.
- Ecedi-Stoisavlevici Claudiu, *Abilitatea procurorului de a dispune măsura arestării preventive în raport de dispozițiile art.5 par.3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, (*Cluj Napoca*, In *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, no.1/2004), 28-40
- Forsyth John, *Pour la controverse entre les deux écoles*, *Judicial Review and the Constitution*, (London, Hart Publishers, 2000), 29
- Huma Ion, *Cunoaștere și interpretare în drept. Accente axiologice*, (Bucharest, Romanian Academz Publishing House, 2005), 24.
- Kelsen Hans, *Doctrina Pură a Dreptului* (Bucharest, Humanitas Publishing House, 2000), 108.
- Levi-Strauss Claude, *Mythologiques I. Le cru et le cuit*, (Pion, Paris, 1964), 79, 108.
- Levi-Strauss Claude, *Antropologia structurală*, (Bucharest, Political Publishing House, 1978), 85.
- Mauro Tullio, *Introducere în semantică*, (Bucharest, Scientific and Encyclopedic Publishing House, 1978), 108.
- Mounin Georges, *Introduction a la semiologie*, (Paris, Les Editions de Minuit, 1970), 35.
- Renucci, Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme*, ed. a 3-a, (Paris, L.G.D.J., 2002), 200-201.
- Rovența-Frumușani Daniela, *Semiotică, Societate, Cultură, (Iași*, European Institute, 1999), 35.
- Saussure Ferdinand, *Semnificație și comunicare în lumea contemporană*, (Bucharest, Political Publishing House, 1985), 98.
- Țuculeanu Alexandru, *Despre calitatea de magistrat a procurorului și dreptul acestuia de a dispune arestarea preventivă în lumina Convenției Europene a Drepturilor Omului*, (Bucharest, in *Dreptul* no. 2/1999), 88, 93.

CARACTERUL PRAGMATIC ȘI LOGICO-SEMANTIC AL INTERPRETĂRII JURIDICE ÎN JURISPRUDENȚA CEDO

CLAUDIA ANDRIȚOI¹

Abstract

Orice teorie care explică maniera în care putem arbitra pretențiile de legitimitate a interpretărilor concurente, trebuie să lămurească problema individualizării acestora: atunci când vorbim de interpretări concurente ale aceleiași norme juridice folosim un concept a cărui identitate este încă neclară. Teoriile intenționaliste ale interpretării recurg deseori la distincția dintre înțelegere și interpretare. În acest fel, în încercarea de a salva valoarea epistemică a interpretării, revizuind criteriile de evidență și modelul de adevăr la care recurg, ele sunt nevoite a formula în același timp o teorie a înțelesului, încercare în care se văd constrânse a folosi asumții asupra caracterului pragmatic și logico-semantic al normei juridice.

Key words: semioză, polimorfism, arbitraritatea cuvântului, redundanță, epistema juridică

Introducere

A ști să utilizezi un semn sau o expresie în limbajul juridic înseamnă a ști să-l aplici în mod corect unui obiect și nu altuia. Pentru a efectua această operație trebuie cunoscute proprietățile obiectului sau clasei de obiecte din care face parte. A utiliza semne sau expresii, înseamnă a le aplica adecvat obiectelor sau clasei de obiecte și în acest scop trebuie cunoscut sensul semnelor sau a expresiilor respective. Semantica se ocupă de raportul dintre semnificat și semnificant, investigând cum se stabilește acest raport și care este natura lui.

Specificul procesului de semioză din care rezultă „juridicitatea” sensului poate fi descris, în mod adecvat, doar prin abordarea dintr-o dublă perspectivă: semantică, și hermeneutică. Analiza de tip structural presupune practicarea anumitor rigori metodologice, printre care menționăm regula imanenței, conform căreia sistemul este explicat prin însușiri (prin factori imanenți), și nu prin apel la factori exteriori (transcendenți), regula comutării – inventarierea elementelor componente, accentul fiind pus pe deosebiri, și nu pe asemănări, regula ierarhiei – nu există un sistem absolut și nici un element absolut; un sistem poate fi considerat subsistem și element în raport cu sistemele supraordonate.

Omul este prins între polul cuvântului și al gestului sau, mai general, între demers și discurs. Mutația ontologică ce a dus la apariția omului, concomitentă cu apariția limbii, a deplasat tot ceea ce este omul spre cuvânt, adică spre semnificare. Chiar și operaționalitatea adaptativă a fost mutată în sfera semnificării, gesturile transformându-se în semnificații.

1. Transmiterea semnificației normelor prin intermediul semanticii

Raportând-ne la relațiile semantice care se stabilesc între termeni, observăm că una dintre trăsăturile de bază a termenilor juridici este polisemia. Astfel, trebuie făcută distincția între două categorii diferite de termeni din structura limbajului juridic :

3. termeni care aparțin în același timp limbii comune și limbajului specializat.

Acestea sunt cuvinte, în general polisemantice, create fie prin dezvoltarea unui sens juridic, alături de sensul sau sensurile limbii comune, fie prin extensia semantică a anumitor termeni juridici prin excelență.² Fac parte din această categorie termenii juridici intrați în limba curentă prin extensie de sens sau prin dezvoltarea unui sens figurat : ex. *alibi* - este un cuvânt latinesc

¹ Lect.univ.dr.,Universitatea Eftimie Murgu, Reșița, (andritoiclaudia@yahoo.com)

² Forsyth John, *Pour la controverse entre les deux écoles*, Judicial Review and the Constitution, Hart Publishers, London, 2000, p.29

însemnând „în altă parte”, derivat adverbial de la *alius* „altul”. A trecut în franceză cu sensurile de „faptul de a fi fost în alt loc în momentul unei infracțiuni” și de „subterfugiu” (secolul al XVIII-lea), distincte de întrebuințarea din secolul al XIX-lea, cu sensul de „activitate sau circumstanță care permite disculparea”, simțit ca sens figurat al sensului juridic. Juridic, termenul are sensul de „dovadă de nevinovăție care rezultă din prezența unei persoane în momentul infracțiunii, în altă parte decât locul în care s-a produs infracțiunea; mijloc de apărare care se fondează pe un alibi” (DEX). Tot în această categorie se și înscriu termenii polisemantici din limba comună care au dezvoltat un sens juridic: *a achita* (fr. *acquitter*) „a declara prin hotărâre judecătorească, nevinovăția persoanei chemate în justiție; a plăti o obligație financiară, materială sau morală” (DEX). În limba franceză, verbul *acquitter* este derivat al adjectivului *quitte* (împrumutat din lat. med. *quittus* „eliberat de o obligație juridică sau financiară”).

Semnalam, de asemenea, și termenii polisemantici cu un sens juridic și cu unul sau mai multe sensuri aparținând altor limbaje specializate: *anchetă* - „activitate constând în strângerea de dovezi necesare constatării unei încălcări a legii și a stabilirii responsabilității vinovatului” „cercetare științifică făcută pe teren: anchetă lingvistică, socială etc.”; *recidivă* (fr. *récidive*), jur. „acțiune prin care aceiași persoană comite o nouă infracțiune”.

4. termeni utilizați exclusiv de specialiștii în drept; ex. *rechizitoriul* (fr. *réquisitoire*) „discurs al procurorului, înaintea instanței, unde s-au expus argumentele asupra cărora se fondează acuzarea”. Prin metonimie, devine „actul prin care procurorul începe o acțiune penală împotriva inculpatului”; *contumacie* „absență nejustificată de la judecată a inculpatului”, expresia în *contumacie* „în lipsă, fără a fi fost prezent la proces”; *dol* „acțiune făcută cu rea-credință, cu viclenie, pentru a determina pe cineva să încheie un contract nefavorabil sau să admită o clauză defavorabilă într-un contract” etc.

Atât termenii din prima, cât și cei din cea de a doua categorie, când sunt utilizați ca elemente lexicale, proprii limbajului juridic, adoptă particularitățile fiecărei terminologii specializate, adică devin univoci și nu mai intră în relație de sinonimie cu alți termeni.

De asemenea, precizăm și faptul că polisemia termenilor juridici utilizați în jurisprudența CEDO cunoaște două forme³:

3. polisemia externă - în cazul termenilor utilizați atât în limba comună, cât și în limbajul juridic:

- cu sensuri identice: *a aplica, circumstanță, a dispune, a expira, intenție, tentativă, termen*;
- cu sensuri parțial identice: *abatere* - „încălcarea a unei dispoziții legale, prezentând un grad de pericol social mai redus decât infracțiunea și pentru care se prevăd sancțiuni nepenale [...]”; citare „act procedural prin care o persoană este chemată în fața organului de urmărire penală sau a instanței de judecată”; *martor* - „persoană care are cunoștință despre vreo faptă sau despre vreo împrejurare de natură să servească la aflarea adevărului în procesul penal și care poate fi ascultată în acest scop de către organele judiciare”.

4. polisemia internă - caracterizează termenii juridici care posedă două sau mai multe sensuri în domeniu și se întâlnește, de regulă, la cuvinte reprezentative din punct de vedere al noțiunii și al frecvenței, fiind considerată o marcă esențială a vocabularului juridic. Fenomenul este prezent în aceeași ramură de drept sau în ramuri diferite. De exemplu, termenul *înscriș* este definit în mod sumar și generic în *Dicționarul de drept civil* ca „act scris”, în timp ce *Dicționarul de procedură penală* îi precizează sensul după cum urmează: „orice act care emană de la o organizație de stat sau obștească sau de la o persoană fizică sau juridică ori aparține unui asemenea subiect”. Termenul *obligație* este înregistrat în *Dicționarul de drept civil* cu următoarele sensuri: „raport juridic civil; datoria pe care o are debitorul; înscriș constatator; titlu de valoare”.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a fost chemată pentru prima dată să se pronunțe cu privire la interpretarea termenului de „*magistrat*” în cauza *Schiesser*.⁴

³ Cornu Gerard, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2000, p. 36

⁴ Cererea nr.7710/76 – soluția a fost pronunțată la data de 4 decembrie 1979. Reclamantul a invocat lipsa de independență a procurorului districtual care a dispus arestarea sa, pe de-o parte pentru că acesta îndeplinea și funcția

În această cauză Curtea a identificat în „*magistrat abilitat de lege să exercite funcții judiciare*” două elemente care ridică probleme de interpretare datorită unei formulări a lor, și anume „*magistrat*” și „*funcții judiciare*”. Din precizarea faptului că persoana arestată trebuie adusă fie în fața unui judecător, fie a altui magistrat Curtea a dedus că art.5 par.3 lasă statelor posibilitatea de a alege între două categorii de autorități, care deși au atribuții asemănătoare, nu se confundă între ele.

Cu toate acestea, Curtea precizează în continuare că „*magistratul*” trebuie să ofere garanții adecvate funcțiilor judiciare pe care i le atribuie legea, mai exact trebuie să îndeplinească anumite condiții⁵ care constituie garanții pentru persoana arestată. Așadar, prima cerință, de ordin instituțional, se referă la independența față de părți și față de puterea executivă, la care se adaugă o cerință procedurală constând în obligația magistratului de a audia personal pe cel acuzat, precum și cerința de fond de a examina circumstanțele cauzei și de a se pronunța în baza unor criterii juridice asupra existenței motivelor care justifică privarea de libertate și, în lipsa acestora, de a dispune punerea în libertate a persoanei în cauză.⁶

Astfel, terminologia juridică reprezintă un cod metalingvistic, riguros definit, în interiorul căruia cei mai evidenți sunt termenii care desemnează funcții, relații și instituții sociale sau care exprimă un ordin, o decizie, o cerință.

Într-o opinie s-a precizat că interpretarea este oricum infinită și incompletă, perspectivală și subminată sau pre-orientată de către interese, credințe și prejudecăți constitutive (fie ele legitime și de neeludat, furnizând resursele înțelegerii de sine); o asemenea încercare de a stipula un înțeles tare al interpretării, orientată către verificarea sa pe baza evidenței textuale și a apelului la intențiile legiuitorului pare de la bun început inutilă.⁷

În acest fel, universalitatea hermeneuticii juridice pare a conduce, prin supoziția autonomiei semantice a limbajului, la disoluția nu doar a pertinentei autorului norme juridice, dar și la un tip de relativism general și auto-contradictoriu. Acesta conduce la aserțiunea potrivit căreia orice încercare de a construi o teorie generală a interpretării care să urmărească formularea de criterii este sortită eșecului, astfel încât ea ar trebui mai degrabă abandonată și înlocuită fie cu cercetarea critică a prejudecăților legitime care ne susțin înțelegerea de sine, fie cu afirmarea unei lecturi orientată mai degrabă către proliferarea sensurilor unei norme și a diferenței între acestea. În acest fel, modelul epistemic al interpretării pare a fi nu doar o simplă remanență a pozitivismului îmbrățișat de analiști, dar și o strategie inefficientă.

2. Epistemologia semnificațiilor interpretative – o semiologie⁸ a cunoașterii fenomenului interpretativ

Gândirea logică este interogată din perspectiva puterii organizatoare a limbajului, cunoașterea fiind analizată în acest sens dinspre comunicare, încercându-se o abordare a cunoașterii fenomenului interpretativ dinspre semnificație. Lectura semiologică ajunge să reducă,

de organ de acuzare în unele cazuri, iar pe de altă parte pentru că, fiind subordonat parchetului general era implicit subordonat direcției de justiție din cadrul guvernului cantonal (par. 33);

⁵ Aceste condiții au fost îndelung analizate și în doctrină de către Renucci Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme.*, p.200-201; Țuculeanu Alexandru, *Despre calitatea de magistrat a procurorului și dreptul acestuia de a dispune arestarea preventivă în lumina Convenției Europene a Drepturilor Omului*, în *Dreptul nr.2/1999*, p. 88-93; Ecedi-Stoisavlevici Claudiu, *Abilitatea procurorului de a dispune măsura arestării preventive în raport de dispozițiile art.5 par.3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, nr.1/2004, p.28-40;

⁶ Olteanu I., Banciu E., *Aspecte actuale pentru procuror ale jurisprudenței Convenției Europene a Drepturilor Omului în materia art.5 privind dreptul la libertate și siguranță*, în *Pro Lege*, nr.4/2004, p. 118-129;

⁷ Huma Ion, *Cunoaștere și interpretare în drept. Accente axiologice*, Editura Academiei Române, București, 2005, p.24.

⁸ *Semiologia generală*, folosită ca termen mai ales în Franța, ar cuprinde și semiotica. *Semiotică* este termenul grec, utilizat în variantele apropiate de logică și teoria cunoașterii, circulând mai ales în mediul anglo-saxon. Termenul este utilizat apoi și pentru a defini o parte a semiologiei, care studiază domeniul complementar, al semnelor non-verbale.

în concordanță cu *principiului arbitrarității semnului*, simbolul la semn, ceea ce conduce la o limitare similară, dar a conceptului, a noțiunii sau categoriei, la semn.

Concepția asupra interferențelor doctrinei juridice cu semiologia, hermeneutica și semantica juridică a cunoscut o evoluție într-o direcție oarecum oblică față de orientarea inițială amendând arbitraritatea absolută a interpretării cuvintelor. A. Martinet a îmbogățit-o *prin principiul dublei articulări*.

Cu toate acestea și cu toate că limbajul în care a fost formulată ideea de sistem juridic a fost într-un anumit retard față de uriașa descoperire ontologică și epistemologică pe care aceasta o presupune, s-a deschis o nouă provocare căci ideea de sistem imanent, închis, formal și separarea stării de sistem, care este o stare de echilibru, de istoria schimbărilor care l-au produs se află nu numai la originea structuralismului francez care dă realitate proiectului unei semiologii generale și de asemenea la originea multora din ideile celei de-a doua jumătăți a secolului nostru. Explicitarea caracterului de cod al limbajului ce se cere a fi interpretat o detașează pe aceasta o dată mai mult și mai net de reprezentare, pentru a o situa în domeniul diferit al semnificării⁹.

Pe lângă noțiunea de sistem s-a propus termenul de structură¹⁰, amintind de *principiul „limitării negative”*, al rolului de pură diferență a semnificantului, un criteriu de clasificare efectiv utilizabil care se datorează complexității singurelor unități care interesează, semnificanții, limitați la rândul lor de un mare număr de alți semnificanți.

Acest principiu de relevanță este aplicabil și la alte niveluri precum în cazul universului semantic al limbajului sau poate fi utilizat la studiul codurilor. În acest caz o metodă similară ne permite să descoperim în universul semantic al limbii axe semantice.

Cu toate acestea, semantica structurală, aplicarea metodelor structuralismului la nivelul universului semantic, nu poate fi o simplă tranziție spre fenomenul juridic căci, dacă o anumită metodă este aplicabilă studiului codurilor, care sunt semantic închise, ea nu mai este aplicabilă cu același succes și totalității unei alte situații: spre deosebire de coduri, limbajul întrebuintat este considerat semantic deschis. Astfel că, dacă în interiorul codurilor criteriul relevanței comunicative permite alegeri și eliminări, el nu mai poate funcționa astfel în interiorul universului semantic al limbajului, unde, fiind obligat să accepte orice diferență de sens ca punct de plecare pentru o axă semantică, funcționează nu ca principiu de excludere, ci ca principiu de toleranță.

Dificultatea de a aplica la toate nivelurile limbii, îndeosebi la cel semantic, metodele de cercetare care dau curs de o manieră operațională principiilor și ideilor interpretative, explică cel puțin parțial evoluția semiologiei, semanticii și hermeneuticii spre o nouă metamorfoză a ideii de structură paralelă cu o nouă definire a aspectului juridic conținut¹¹.

Orice limbaj se identifică cu o anumită analiză a realității, reprezintă un fel particular de a se organiza.¹² Ordinea căutată se află într-o zonă mediană cuprinsă între ordinele empirice și teoretizările lor. Or, acesta este chiar locul ordinii semnelor, căci numai aceasta este mai teoretică decât ordinea empirică și totodată mai empirică decât ordinea teoretică. Corespunzător ordinii există o anumită „epistemă”.

Epistema juridică definește spațiul general al cunoașterii fenomenelor juridice, dispunerea cunoașterilor științifice și a obiectelor acestora. Este cea care, repartizând lucrurile, le oferă cunoașterii.

Ansamblul epistemelor juridice sunt, la urma urmei, niște arhetipuri conceptuale a căror formă pură o regăsim cel mai clar în teoriile asupra semnelor din epocile respective, în ceea ce este modelul teoretic al semnului. Astfel, în funcție de modelul teoretic al semnului se stabilesc

⁹ Levi-Strauss Claude, *Mythologiques I. Le cru et le cuit*, Pion, Paris, 1964, p.79.

¹⁰ Acest termen a apărut la primul *Congres al filologilor slavi de la Praga*, 1929 - într-un manifest al cărui principali inspiratori au fost Jakobson, Karcevsky și Trubețkoy, pentru a desemna relațiile din interiorul unui sistem, dependența reciprocă a două sau mai multe trăsături ale unei limbi.

¹¹ Levi-Strauss Claude, *Antropologia structurală*, Ed. Politică, București, 1978, p.85.

¹² Mauro Tullio de, *Introducere în semantică*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1978, p.108.

termenii, domeniile și constituenții cunoașterii, se articulează relațiile dintre ei și sensul în care se derulează aceste relații. Schimbarea tipului de articulare a semnului, schimbarea modelului teoretic de semn, determină fluctuații în domeniile realului și redistribuie domeniile cunoașterii, relațiile din interiorul domeniilor și dintre domenii, tot așa cum se întâmplă când apar semnificanți noi.

Ordinea juridică poate fi concepută ca un imens text, lucrul este semn și invers, textul, cartea este o lume pentru că și cuvintele au consistența lucrurilor, sunt lucruri. Semnul însă poate înceta să mai fie un lucru printre lucruri, deoarece între semn (cuvânt) și lucru, între reprezentant și reprezentat, distanța crește: cuvintele și lucrurile se despart numai pentru ca limbajul și cunoașterea să se reunească.

Din acest context se naște întrebarea? *Cum să recunoaștem dacă un semn desemnează bine ceea ce semnifică?* Dar și o altă întrebare? *cum poate fi legat un semn de ceea ce semnifică?* Răspunsul îl dă teoria sensului și cea a semnificării, astfel încât, pornind de la semnele vizibile, să se creeze o arhitectură internă și, o organizare complexă și ierarhizată a ordinii juridice.

Cercetarea limbajului juridic folosit se substituie analizei discursului, ceea ce se repercutează și în metodele folosite, astfel încât se impune aplicarea procedurilor de descifrare ce marchează eterogenitatea organizării între semnificațiile profund și reperatele sale superficiale. Consecința rezidă din aceea că sinteza câștigă loc față de analiză, având ca efect faptul că unor indicii superficiale aparent le corespunde constituirea în profunzime a unor principii complexe de organizare.

Este astfel evident că semnul oferă structura epistemologiei juridice, întrucât stabilește termenii, domeniile și constituenții, relațiile dintre ei și sensul în care trebuie abordate aceste relații și termeni, metodele și procedeele unei cunoașteri asimilate unei lecturi semiologice. Mai precis nu semnul însuși, ci modelul său teoretic, paradigma sa, teoria semnului specifică fiecărei episteme.

Această interpretare este așadar susținută cu argumente solide. Arheologia cunoașterii sensului corect al normei juridice este orientat semiologic pentru că avem aici de-a face cu o lectură care tratează componentele juridice nu ca simple elemente, ci aidoma cu sistemele semnificante. Ceea ce rezultă nu mai este interpretativ, alegoric sau hermeneutic, nu mai caută în spatele sensului descoperit un altul, ascuns, ci este pură epistemologie, deoarece se interesează de valoarea de adevăr.

2.1. Despre noțiunea epistemică a semioticii

Așa cum am arătat, *semiotică* este termenul grec, utilizat în variantele apropiate de logică și teoria cunoașterii, circulând mai ales în mediul anglo-saxon. Termenul este utilizat apoi și pentru a defini o parte a semiologiei, care studiază domeniul complementar, al semnelor non-verbale (*semiologia generală*, folosită ca termen mai ales în Franța, ar cuprinde atunci și semiotica). Problema majoră care apare este constituirea semnificației în raport cu principiile interpretării juridice alături de o problemă terminologică: *semiotică* sau *semiologie*?

Stoicii formulează în Occident prima semiotică. Astfel că problema semnului, ca și cea a limbajului, reprezintă aspecte ale semioticii, deoarece ea ajută la interpretarea normelor juridice. Constituită între logică și gramatică, ea se situează de partea logicii¹³, încercând să construiască semnul ca obiect epistemic autonom.

Pe lângă ordinea juridică se menționează în doctrină, existența a altor două ordini distincte: ordinea a „ceea ce este” pe de o parte, și ordinea gândirii și rostirii, pe de alta. Ordinea a „ceea ce este” nu mai poate fi direct accesată, dacă nu cumva, așa cum crede Kant, nu poate fi deloc accesată, fiind „lucrul în sine”. Semiotica este folosită în procesul interpretativ. Hegel este cel care regretă importanța minoră acordată semnului în propriul sistem Locul modern al problemelor semnului, ca loc prezumtiv al semiologiei, se realizează cu alternanțe, de către teoriei generale a dreptului.

¹³ Semiologia este studiată de preafericitul Augustin, logicienii și scolasticii medievali, Locke, Leibniz, Berkeley, Hume, Vico, Condillac, Diderot etc.

Când și cum poate deveni semiotica teorie și generală și a dreptului? În acest caz, „ceea ce este” și ceea ce cunoaștem ca realitate face referire la interpretare: ceea ce nu putem interpreta nu există! Acum cele trei ordine ale realității - „ceea ce este” cunoașterea și interpretarea - se pot analiza din perspectiva juridică. Pentru a putea răspunde la întrebarea: cum devine semiotica o teorie generală și centrală orizontul juridic trebuie să putem indica ce anume face din semn un obiect teoretic predominant juridic. Nu cultural, adică nu atât în practicile de semnificare, deși și aceasta este o problemă importantă, ci teoretic, adică sub ce axiome și în calitate de care problemă.

Există două „axiome” care fac din semn, în principiu, un obiect sui generis:

a) *pansemia* - sau: orice are o semnificație - sau, cel puțin, poate avea;

b) *polisemia* - orice semn (obiect) poate avea mai multe semnificații (unicitatea existenței nu determină unicitatea semnificației).

Pansemia este mai clar afirmată în ideea că ordinea juridică nu se compune din două feluri de norme : cu semnificație și fără semnificație. La C. S. Peirce¹⁴ toată gândirea este - se exprimă prin - semn. Nu există norme lipsite de semnificație. Polisemia, a doua axiomă, este mai puțin evidentă.

Pentru că în semiotica structuralismului francez, semnul are cea mai mare autonomie față de alte entități și pentru că aici își găsește maxima pregnanță în epoca noastră, programul ei este maximal și cel mai important. Obiectele de cercetare, obiectivele și auto-situările teoretico-metodologice ale acestei semiologii le reprezintă cel mai bine pe ale semiologiei în general. Obiectul semioticii nu este numai semnul în general, ci, inevitabil, ceea ce îl face posibil: sistemele de semne. Adică semiologia structuralistă impune analiza sistemelor semnificante.

În formularea conștiinței de sine epistemice, semiotica pare să ezite între a se defini ca:

- disciplină printre altele sau hiperteorie;

- teorie sau metodă;

- teorie/metodă preluabilă în fiecare domeniu sau interdisciplinaritate.

Punctele de plecare axiomatice și deschiderile problematice pe care le oferă sunt multiple. Axioma filosofico-juridică pe care se sprijină această abordare este ideea că semnificativul este cea mai înaltă categorie a raționalului (mai înaltă decât logicul).

2.2. Semiotica și sistemele semnificante

Folosind semiotica precum o adevărată disciplină pilot, structuraliștii au impus ideea pansemiei - totul este semn, orice are / poate avea semnificație - și a polisemiei - orice semn poate avea mai multe semnificații (unicitatea existenței nu determină unicitatea semnificației) - și au făcut din semiologie o hiperteorie și o metodă interdisciplinară¹⁵. Astfel că, vom enunța și alte principii care ghidează interpretul în demersul său.

Pornind de la ideea că lumea omului există numai trecută prin limbaj, semiologii structuraliști încep prin a analiza sistemele semnificante și textele care, conform **principiului auto-închiderii referențiale și intertextualității**, nu trimite decât la sine și la nimic altceva. Principalii reprezentanți ai acestui curent de gândire Claude Levi-Strauss, Michel Foucault - care a cercetat „epistemele” ca mari forme ale ordinii cunoașterii, neo-psihianalistul Jacques Lacan - pentru care inconștientul este structurat ca un limbaj și epistemologul științelor socio-umane Louis Althusser - care a teoretizat procesul practicii teoretice. În consecință, interesul teoretic și analitic s-a îndreptat asupra a ceea ce ne spun textele - în sensul conținutului mesajului - și asupra a cum spun ceea ce au de spus și prin ce metode de cercetare.

Semiologia (semiotica) structuralistă nu se mai concentrează asupra textului pentru a asculta ce spune acesta, ci pentru a vedea cum se constituie¹⁶. Iar în această modalitate semiotică de

¹⁴ Semiotica lui Peirce și semiologia lui Saussure au rămas multă vreme în imersiune fiind nepublicate, dar cunoscute și transmise prin discipoli. Ch. W. Morris continuă pe Peirce de la care preia și numele de semiotică dat teoriei semnelor.

¹⁵ Mounin George, *Introduction a la semiologie*, Les Editions de Minuit, Paris, 1970, p.35.

¹⁶ Roventza-Frumușani Daniela, *Semiotică, Societate, Cultură*, Institutul European, Iași, 1999, p.35

constituire a textelor juridice, forma, care nu mai reprezintă o anumită manieră de a spune ceva, va fi considerată condiția posibilității de a spune ceva prin intermediul discursului juridic¹⁷.

Sensul analogiei între limbaj și sistemele semnificante, între mesajul transmis de conținutul actelor normative și realitatea semiotică structuraliste poate fi foarte bine înțeles de îndată ce ne raportăm la **principiul arbitrarității semnului**. Dacă unii doctrinari impuneau sistemul limbajului pornind de la arbitrarul cuvântului, semiologii structuraliști procedează invers. Ei instituie pur și simplu prin postulare și prin analogie cu limbajul caracterul de sisteme semnificante al formelor și manifestărilor normelor juridice supuse procesului interpretativ și îl verifică apoi prin demonstrarea caracterului arbitrar,

Principiul arbitrarității cuvântului semiologic devine, din axiomă, corolar al existenței sistemului semnificant, manifestarea efectului de sistem semnificant care-și instituie elementele și, prin urmare, cheia de control a existenței sau prezenței unui sistem semnificant. Încetând să mai fie punctul de plecare al demonstrării prezenței sistemului, el devine punctul de sosire al analogiei cu limbajul, prima implicație și efectul prin excelență al existenței sistemului semnificant, nivelul prim și obligatoriu al manifestării structuralismului și deci reperul prim și necesar al manifestării atitudinii structuraliste.

Mai evidentă devine importanța **principiului arbitrarității semnului semiologic** din perspectiva căruia este interpretată norma juridică care conține un mesaj ce se vrea descifrat, semnificația ei este însă total diferită și chiar antinomică față de conceptul semiologiei structuraliste.

Semnificația normei poate fi constatată numai într-o semiologie caracterizată de „atomism”¹⁸, de substanțialism¹⁹, și de istorism - potrivit căruia semnul funcționează ca un acumulator istoric de semnificații și eliberarea sensului său este operă de interpretare.

Principiul arbitrarității semnului conduce însă la o semiologie radical diferită, a cărei schimbare poate fi măsurată punct cu punct prin comparație cu cealaltă, anterioară. Astfel „atomismul” este înlocuit de integralism - potrivit căruia semnul nu poate semnifica nimic singur și nici nu poate exista ca semn izolat, pentru că existența sa și capacitatea de a semnifica este determinată de existența sistemului semnificant; substanțialismul este înlocuit de relaționism - potrivit căruia semnificația este produsul diferențelor și opozițiilor și nu al unor conținuturi indistincte și pentru sine prezente; iar istorismul este substituit de sincronism - pentru care efectul de sistem rezidă în sustragerea elementelor sale de sub acțiunea perturbatoare exterioară, în păstrarea echilibrului și în conservarea semnificației inițiale.

Levi-Strauss afirmă că „sistemul de înrudire este un limbaj” întrucât „ca și fonemele, (cea mai mică unitate sonoră a limbii care are funcțiunea de a diferenția cuvintele între ele) termenii de înrudire sunt elemente de semnificație; ca și acelea, ele nu capătă această semnificație decât cu condiția de a se integra în sisteme; „sistemele de înrudire” ca și „sistemele fonologice”²⁰ sunt elaborate la nivelul gândirii inconștiente; în sfârșit, recurența unor forme de înrudire, reguli de căsătorie, atitudini prescrise în același fel între anumite tipuri de rude etc. În regiuni îndepărtate ale lumii și în societăți profund diferite ne face să credem că într-un caz ca și în celălalt fenomenele observabile rezultă din jocul unor legi generale.

Astfel, se face apel la un mic număr de principii simple, prin intervenția cărora un ansamblu foarte complex de uzaje și obiceiuri, absurde (și judecate în general astfel) la prima vedere, este redus la un sistem semnificant”.²¹

¹⁷ Dubouchet Paul, *Sémiotique juridique, introduction à une science du droit*, PUF, 1990, p. 37-70. El identifică astfel patru forme «prescriptive», sau normative, care cuprind discursul juridic obligatoriu, interzis, permis (ceea ce este posibil de realizat), facultativ (ceea ce nu este posibil), pe care le numește: debitum, injustum, justum și indebitum.

¹⁸ Atomism - potrivit căruia fiecare semn semnifică individual, pe contul său, ceva anume.

¹⁹ Substanțialism - potrivit căruia această semnificație are ca substanță conținutul său, conceptul, reprezentarea.

²⁰ Levi-Strauss Claude, *Mythologiques 4. L'homme nu*, Pion, Paris, 1971, p.108.

²¹ Levi-Strauss demonstrează în teoriile sale că regulile mariajului, nomenclatura, privilegiile și interdicțiile înruderii în societățile arhaice sunt aspecte indisociabile ale aceleiași realități, care este structura sistemului considerat. Punctul de plecare al demersurilor sale este prohibirea incestului, o regulă care, singură între toate

Postularea identității de natură dintre sistemele semnificative și limbaj se manifestă pozitiv în consecința arbitrarității semnului semiologic. Dar poate fi acceptabilă această arbitraritate? Afirmată explicit, ideea arbitrarității semnului semiologic este prezentă în conținutul și implicațiile ei sub un alt nume: acela al coerenței semnificative, al coerenței interne.

Astfel ia naștere din motive metodologice necesitatea de a aplica unitar metoda interpretativă și de asemenea reiese caracterul ontologic al principiilor ei direguitoare din perspectiva conceptului de structură, coerența fiind mai structurală decât semnificația. Coerența reprezintă modul de manifestare a structurii, semnificația reprezintă numai un aspect parțial, dintr-un anumit domeniu capabil să situeze în prim planul demersurilor sale mai mult coerența decât semnificația.

Or, „coerența internă” a piramidei kelsiene presupune existența „unui ansamblu de relații necesare între diferitele elemente care le constituie și, la cele mai importante dintre ele, între conținut și formă, astfel că e nu numai imposibil de a studia într-un mod valabil anumite elemente ale ei în afara ansamblului din care fac parte și care, el singur, le determină natura și semnificația obiectivă, dar posibilitatea de a înțelege necesitatea fiecărui element în raport cu structura semnificativă globală constituie ghidul cel mai sigur al cercetătorului”²².

Adică această „coerență internă” sau „coerență semnificativă” se manifestă la fel ca arbitrarul semnului semiologic: face ca elementul să fie lipsit de consistență în afara sistemului semnificativ unde funcționează, ca semnificarea să rezulte nu din relația semnificantului cu referentul, ci din aceea dintre semnificanți, dintre semne în cadrul sistemului²³.

Din această concepție asupra semioticii decurg apoi mutațiile teoretice și metodologice prin care se constituie toate operațiile interpretative.

Trebuie căutată corespondența între creația și conștiința creatorului normei juridice nu la nivelul conținuturilor, ci la acela al categoriilor care le structurează atât pe una cât și pe cealaltă și mai ales la nivelul coerenței lor. Cu alte cuvinte, relațiile cu referentul, fie realitatea social-istorică, fie conștiința socială, nu se mai situează la nivelul elementar, al semnelor, ci la acela al ansamblului lor, al totalității jurisprudenței sau al sistemului de semne. Indiferent care sunt apoi relațiile sistemului semnificativ cu realitatea, indiferent dacă ordinea specifică pe care o reprezintă sistemul de semnificare a unei viziuni asupra lumii este paralelă sau analogă cu ordinea juridică - a realității social-istorice sau a conștiinței sociale - la nivelul semnificației produse, ea rămâne specifică la nivelul intern, al producerii semnificării.

Mai mult chiar, și raportarea la conștiința legiuitorului este realizată printr-o mișcare de dublă abstractizare față de conștiința reală, în direcția conștiinței posibile, pe de o parte, și a conștiinței adecvate, pe de alta, ceea ce ridică destule probleme comparării celor două ordini specifice și le situează la o depărtare suficient de mare pentru a le conserva specificitatea.

Într-adevăr, ghidul metodologic al coerenței semnificative îngăduie constituirea unor corpusuri unde se manifestă un sistem semnificativ *sui generis* și unde coerența semnificativă vine

regulile sociale, posedă un caracter de universalitate. Explicația „naturală” a prohibirii incestului nu rezistă, căci omul arhaic nu poate avea în vedere avantajele genetice ale interdicției, iar unele căsătorii între veri sunt permise, și explicația culturală nu este suficientă, căci cum ar putea da seamă o serie de cauze mereu particulare de un fenomen universal? Ajutat de teoria reciprocității a lui Marcel Mauss, Levi-Strauss descoperă cheia interdicției fundamentale a societăților arhaice, văzând în prohibirea incestului aspectul negativ al regulii pozitive a exogamiei. El poate astfel reduce extraordinara diversitate a regulilor înrudirii și mariajului la câteva tipuri de schimb de femei între clanuri sau linii de înrudire și descoperă că aceste reguli servesc tocmai asigurării comunicării femeilor între grupe, după cum regulile economice servesc la a asigura comunicarea de bunuri și servicii, iar regulile lingvistice la comunicarea de mesaje. Apropierea dintre schimbul de femei și schimbul de bunuri și de servicii și, îndeosebi, cel de mesaje, și includerea etnologiei într-o teorie generală nu este una superficială sau simplă analogică. El constituie demersul fundamental grație căruia se împlinește trecerea de la natură la cultură întrucât pune în joc transformarea unui stimulent natural într-un semn de valoare socială.

²² Kelsen Hans, *Doctrina Pură a Dreptului*, Editura Humanitas, București, 2000, p.108.

²³ Saussure de Ferdinand, *Semnificație și comunicare în lumea contemporană*, Editura Politică, București, 1985, p.98.

să înlocuiască *principiul arbitrarității semnului*, pentru a evidenția principiul de constituire al unui sistem de natura limbajului, căci, în calitate de sistem, se caracterizează ca și acesta prin lipsa de referință, de consistență semnificativă și de motivare substanțială a elementelor sale, care sunt semne de anumite tipuri.

Ceea ce a fost inițiat programatic de iluminism a devenit realitate mai ales pentru epoca de după filosofia kantiană, pentru atât de pozitivistul secol trecut. Desigur și pozitivitatea sa a fost însoțită de cunoașteri pentru care inteligibilitatea lumii se construia altfel decât prin modelul logic al determinismului causal. Totul se bazează pe cunoaștere susținută de semnificare și bazată pe interpretare. Există, în primul rând, dincolo de rațional, o categorie mai importantă și mai temeinică, aceea a semnificativului.

O lege rațională definește domeniul exercitării rațiunii. La rândul ei rațiunea trimite la gândirea abstractă, discursivă, la facultatea logică a spiritului uman caracterizată de inferențe explicite, adică de raționament. Raționalismul, curentul istoric din teoria cunoașterii, exagerează tocmai rolul acestei facultăți. El stabilește că sursa cunoașterii este gândirea logică, rațională, activitatea intelectuală opusă și superioară cunoașterii empirice, experimentale sau sensibile. Interpretul conferă raționalitate legii prin rezultatul la care ajunge, putând deduce în mai multe feluri realitatea. Dar în spatele tuturor raționamentelor sale se ascunde, de fapt, determinarea cauzală a normei juridice. Dacă derivăm rațional ceva, o facem printr-o deducție în cele din urmă cauzală. Chiar și raționalitatea teleologică, axiologică, valorică conduce la o coerență cauză-efect, prin adecvarea mijloacelor la scopuri.

Concluzii

Limbajul juridic întrebuințat de legiuitor în momentul edictării normei are un rol important în stabilirea sensului autentic al acesteia de către interpret, pentru că în acest fel norma este interpretată din perspectiva simbolurilor, a semnificațiilor. Până la epoca modernă cunoașterea științifică este o chestiune de hermeneutică, de interpretare a semnificațiilor și de deducție simbolică. Ceea ce modernitatea, după Kant, numește cunoaștere, doar cizelează această ordine juridică, o face mai adecvată, mai analitică și mai pertinentă. Nu există o instalarea progresivă a unui sistem semnificant.

Procedura interpretării presupune de asemenea identificarea anumitor aspecte ale semnificantului (ordinea juridică) cu anumite aspecte ale semnificatului (sensul autentic), adică punerea în legătură a părților care prezintă între ele raporturi de convență reciprocă.

Procesul interpretativ, spre deosebire de cel al semnificării, este treptat, lent și progresiv. El constă în a atribui calități, a proceda la regrupări, a defini apartenențe și a descoperi surse noi în sânul unei totalități închise și complementare cu ea însăși. Pentru că limbajul juridic și sistemul semnificant, se află într-o relație de intersubiectivitate, interpretarea antrenează același efect obiectiv al cunoașterii.

References:

- Cornu, Gerard, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2000, p.36.
- Dubouchet Paul, *Sémiotique juridique, introduction à une science du droit*, PUF, 1990, p. 37-70.
- Ecedi-Stoisavlevici Claudiu, *Abilitatea procurorului de a dispune măsura arestării preventive în raport de dispozițiile art.5 par.3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, (Cluj Napoca, în Studia Universitatis Babeș-Bolyai, nr.1/2004), p.28-40;
- Forsyth John, *Pour la controverse entre les deux écoles*, Judicial Review and the Constitution, (London, Hart Publishers, 2000), p.29
- Huma Ion, *Cunoaștere și interpretare în drept. Accente axiologice*, (București, Editura Academiei Române, 2005), p.24.

- Kelsen Hans, *Doctrina Pură a Dreptului*, (București, Editura Humanitas, 2000), p.108.
- Levi-Strauss Claude, *Mythologiques I. Le cru et le cuit*, Pion, (Paris, 1964), p.79, 108.
- Levi-Strauss Claude, *Antropologia structurală*, (București, Ed. Politică, 1978), p.85.
- Mauro Tullio, *Introducere în semantică*, (București, Ed. Științifică și Enciclopedică, 1978), p.108.
- Mounin Georges, *Introduction a la semiologie*,(Paris, Les Editions de Minuit, 1970), p.35.
- Renucci, Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme, ed. a 3-a*, (Paris, L.G.D.J., 2002), p.200-201.
- Roventă-Frumușani Daniela, *Semiotică, Societate, Cultură*,(Iași, Institutul European, 1999), p.35.
- Saussure Ferdinand, *Semnificație și comunicare în lumea contemporană*,(București, Editura Politică, 1985). p.98.
- Țuculeanu Alexandru, *Despre calitatea de magistrat a procurorului și dreptul acestuia de a dispune arestarea preventivă în lumina Convenției Europene a Drepturilor Omului*,(București, în Dreptul nr.2/1999), p. 88, 93.

DIMENSIONS AND FLEXIBILITY OF JUDICIAL INTERPRETATION

CLAUDIA ANDRIȚOI*

Abstract

The problem regarding the reason for interpretation is complex and needs, for a judicial qualification, the appealing of other judicial norms that belong to judicial institutions or to different branches of law. For this matter, the decisive problem is to find an authentic meaning that the judicial norm and the formal connection and a content meaning with a casual reality to solve. This methodological task is evoked in the theory plan of law and in the application ones. Thus, keeping in mind the fact that the judicial norms is found in normative texts, a connection of the theory of interpretation to hermeneutics becomes interesting, connection that is shown in another paper. I consider this approach appropriate because hermeneutics is presented as a critical theory of interpretation, mainly for the interpretation of texts.

Key words: *typology, exegesis, methodology capturing meaning, the reason for interpreting.*

Introduction

Knowing the meaning of a judicial norm allows the familiarization with competitor interpretations – even if they are acceptable, true or false according to the norm accepted. A perfect knowledge of the law interpretation art, of the deciphering of the judicial norm true meaning represents the instrument needed by the interpreter. Logical and rhetorical laws of reason arrange judgments and arguments, so that interpretations may seem in the same time coherent (logical) and convincing (rhetorical)¹.

Through continuous variations, interpretation has the attitude to adjust its trajectory, adapting to continuously changing circumstances of social reality.

These aspects make us ask if we can bring into discussion the foundations of a general theory of interpretation and what can these be? The one that formulated for the first time this kind an ambitious and great idea, which can shorten the distance between judicial norm and its validation, was Emilio Betti. The ambition to be recognized in the posture of a “reformer”, decided to attenuate and to erase the speculative chaos from inside a discipline more and more demanding, have lead him, since 1954 to provoke a discussion regarding the foundations of a general theory of interpretation. *Zur Grundlegungen einer allgemeiner Auslegungslehre* is presented under the form of a “manifest”, which already announces the main themes of its hermeneutic, themes developed one year later in its work *Teoria generale della interpretazione*.²

An important characteristic of interpretation results from the fact that it expresses through different dimensions, from a simple sentence to an entire article of law. Thus, we deal with extremely diversified entities, some of them to the sentence level, other very broad according to a semantic level, compacting numerous subordinated entities, unequal as format, but which have the role to successively relaunch a global understanding of meaning though the alignment to wider perspectives, to higher levels of generality.

* Lecturer PhD, Eftimie Murgu University, Resita (andritoiclaudia@yahoo.com).

¹ Djuvara Mircea, *Teoria generală a dreptului*, (Bucharest, All Publishing House, 1994),54.

² Betti Emilio, „*Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*”. The book was printed, as the “manifest”, directly in German, two years after the apparition of „*Wahrheit und Methode*”. Betti thus populates in an efficient way his intentions, enlisting immediately in the core of the problematic tied to the status and the pretensions of hermeneutics, the context in which the disciple Heidegger will realize the object of a constant critical report.

1. Judgments and arguments used in judicial interpretation

The objective of any interpretation is the sign, with a main accent on the word – “sign of the signs”. This can “speak” about words in words, because the words translate the significant relevance of all the other signs. We may find passages which, taken ad litteram, may pass as being absurd, useless or contradictory, other methods being necessary in order to complete the text interpretation, claiming a method of specific interpretation³.

The comparison and interpretation modalities are diverse, proving an entire series of meanings (as shown in the anterior paragraphs, when I spoke about the interpretative tradition and its important role in restraining controversies on meaning): a *historical* meaning, an *analogical* one, an *etiologic or causal* meaning, a *typological* meaning that searches for resemblances between successive events and analogies, a *parabolic* meaning, which supposes an actualization of the text meaning through sending to another referential situation, analogue to the situation of given enunciation and the actualization of the text interpreted, so that it matches the nature of the judicial norm. The meaning of judicial interpretation can also be *extensional*, respecting polyvalence; it is based on the internal combination of the text and on the countless existential situations, which allow the, but also neither complementary nor exclusive. It is necessary for an adaptation to exist between all meanings or levels of interpretations, so that the interpreter can know the text established and definitive, which must not exit the frame of simple meaning, through juxtaposition of hermeneutics with its first interpretation.

The logic of the text is dynamic, also being redefined according to the perspective of the interpretation chosen. The normalization is always effectuated according to the meaning of the text, so that it limits to approximations and arbitrary. The exercise of interpretation must be realized continuously and limitless, regarding the obtaining of results, respecting the principles of precision, so that each announcement must be net, exact, without a line of incertitude. Even if interpretation is considered a form of alteration of semantic origin, it has the role to give uniqueness and coherence, to combine, elements in a system well articulated, to associate the text with its character and with the corresponding existential meanings.

Starting from these exigencies a methodology of judicial interpretation in a systematic pattern is so configured. The exegesis⁴ of the interpretable text represents a hermeneutic⁵ tool that regulates the reports between textual premises and existential conclusions, between prime formulations and semantic translations. It probes the text in order to observe traps, in order to exploit possibilities. Thus, there is no true autonomy of deciphering, not a “censure” that can interdict the proliferation of interpretation. The method (interpretation) has a role to circumscribe with firmness the modalities of hermeneutic processing, so that the technology of improving meaning can be accessible without this accessibility to guarantee in an obligatory way the heuristic moment.

³ Mihai C. Gheorghe, *Fundamentele Dreptului I-II*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2003), 475-480

⁴ Exegesis comes from the Greek word *exegeisthai* which means to guide, to explain. The prefix *ex* has an intensive and aspectual value, a fulfillment one, leading until the end. Herodotus's *exegetes* represent the interpreter of oracles, for Platon exegesis means explanation. In time, the meaning of explaining true meaning is imposed. Nowadays we may speak about two versions of exegesis: the first version is a minimalist one and is considered a preliminary stage of interpretation, clarifying an obscure text, controversial or complex, and the second stage, a maximalist one, attributes the exegesis the quality to have not only a character anterior or interpretation but the interpretation itself.

⁵ The primordial meaning of *hermeneia* was “to say out loud”, „to ease understanding”. *Hermeneia* was translated in Latin through *interpretatio*, which was considered an error. Thus, hermeneutics now signifies the assessing of enouncements of some authorized submissions, having a normative connotation that still functions in a judicial domain and in a religious one. Hermeneutics had in sight the mediation and guiding towards finding a hidden meaning or a foreign one, the exegesis or translation, this being its tool.

Interpretation supposes four methodological steps:

1. historical investigation, in order to establish what must be found out about texts (mistakes, copies, involuntary and premeditated errors, the moment of realization, its uniqueness, the reality of facts and declarations, the authenticity critics, origin, comprehension and credibility);

2. establishing the concepts involved in interpretation;

3. discovery of judicial precedent and knowing the doctrine;

4. the application of general fact in particular situation (for example, the solving of contradiction in the text).

Unlike the analysis presented, the text hermeneutic analysis supposes seven methodological steps:

1. analysis of judicial text through readings, by reading the entire text subjected to interpretation and then realizing a summary;

2. reporting to causality;

3. research on vertical, on a historical scale of the process of becoming law rules, using the historical method;

4. horizontal research through the comparison method with similar texts or norms with a similar character – prospective research;

5. the exegesis of the text by using grammatical method, conceptualization method (that supposes a pluri-disciplinary research), the identifying of the text meaning and the identification of an obscure meaning;

6. possible objections to the reasoning used are being researched, clarifying contradictions according to dialectic method;

7. arguments and exceptions are exposed, with a final observation of general principles and future law proposals, fact that implies the text reporting to present legislation.

It is necessary to proceed systematically, according to interpretation rules, configuring a strong methodological system, so that the text reveals as many semantic resources.

The performance of an interpreted judicial text depends on the knowledge of such rules. The capturing of meaning depends in a decisive manner on the ability of an interpreter who has the freedom to subject to numerous methodological constraints.

2. Formal exigencies of judicial interpretation

Explaining meaning must not be realized through isolated enunciation, but in the frame of their intersection network and through a constant reporting to all the elements of a judicial system. Thus, the two exigencies – empirical and formal – conjugate continuously. And the lack of a contradiction is explained by the fact that formalism and empiricism can be minimal in the case in which the first does not implies a complete axiomatization of meaning, but only a systematic of the analysis, while the second demands a natural truth, without ignoring its criteria.

This is the semantic theory also recognized under the name of radical interpretation, in the context of which the interpreter must pay attention to all circumstances that can clarify the meaning of the norm subjected to interpretation. Due to a holistic perspective from which the meaning is approached in radical interpretation, there will always be multiple manner to explain the same enunciation or fact – that is, through the association with sets of alternative circumstances.

This pluralism of interpretation is name degree of indetermination of meaning and translates through the impossibility to prove its uniqueness. The context in which the matter regarding meaning interpretation is debated is a practical one, thus following the effects of holism in interpretation.

If there is not sufficient conformity, it means that, practically, we don't have an object of interpretation (to any enunciation being specific certain reports with the rest of demeanor and with

the situation in which it appears), thus no interpretation. This kind of argument can inspire us to see davidsonian⁶ holism, an aprioristic principle and not just an instrument in interpretation. Pascal Engel⁷ makes the difference, in this context, between constitutive holism and methodological one. Through the comparison between demeanoral regularity and empirical one both authors (Davidson and Engel) seem to suggest, thus, the existence of an agreement to a more elementary level than the opinion one: one in which the act of interpretation is possible due to the existence of a background of intelligibility, comparable to the space-time order which makes possible the measuring or calculation and the identity of objects. From this point of view, the indetermination of meaning would translate through a more profound incapacity than the simple confusion cause by multiple variants of interpretation; it would more reflect a constitutive impossibility. To talk about the indetermination of meaning means to say that the interpreter assumes the principle of charity, which represents just a try to normalize this experience through the maximization of the agreement.⁸

Still the true purpose of interpretation is not the agreement, but the understanding, and understanding can be insured not only by interpreting in such a way to obtain the type of appropriate agreement. But such an agreement must be confirmed by the consignees' demeanor norm. This is why the importance of a reformulation in interpretation is underlined, that is a continuous process of interpreter's re-adaptation and is manner of thinking to that of the consignee's.

The reason for attracting the attention on these elements of radical interpretation is of course, their pragmatism. Not knowing the way in which the consignee of the judicial norm will react, the interpreter has to enter a hermeneutic circle between the language used, beliefs and actions, following the recurrent from this context.⁹

3.Reason and premises of judicial interpretation

The reason of judicial interpretation can be found in its principles, judicial ones, also realized on law principles and methodological rules of each law system. Methodological rules direct the interpretation of positive law as shown in point 2.1. in the first part of the thesis and imposes its limits. Even if these rules are not expressly enounced and present everywhere, they can be decelerated, and the provisions of articles 977-985 of the Romanian Civil Code may be regarded as valuable rules for their judicial dimensioning of judicial norms interpretation at both levels.

Interpretation is a mental procedure that accompanies the process of law application from a superior stage to an inferior one. Law must be applied by a law organ and this has the purpose to observe the meaning of the law to be applied, thus having to interpret. "There is no interpretation without an interpreter and without a person for the benefit of which it is maw. Interpretation is always the interpretation of something done by someone for someone. It is relative in a triple manner: towards the interpreter, towards the object interpreted and towards we will call beneficiary".¹⁰

In case of law interpretation an answer to the question: what is the content that follows to be given to individual norm in case of a judicial decision of an administrative decision, deduces from a general law norm, in her application in a concrete state of things, must be identified.

⁶ Davidson Donald, *Inquiries into Truth and Interpretation*, (Oxford, Clarendon Press, 2001), p.78-85.

⁷ Engel Pascal, *Davidson et la philosophie du langage*, PUF, Paris, 1994, p.58.

⁸ Popa Nicolae, Eremia C. Mihail, Cristea Simona, *Teoria generală a dreptului*, All Beck Publishing House, Bucharest, 2005, p.60.

⁹ For the illustration of holism and especially for the particularities of meaning, Davidson considers that in radical interpretation, a theory of meaning and one of a the interpreter's value judgement that we can not deviate from the other, must be offered simultaneously - Davidson, D., *op.cit.*, Clarendon Press, Oxford, 2001, p. 125.

¹⁰ Elissalde Yvan, *Critique de l'interprétation*, (Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2002), p.163.

Besides the interpretation of laws there also is an interpretation of the Constitution, in the measure in which must be applied on an inferior stage, in lawful procedures, in emitting new decisions or in other constitutional acts and an interpretation of international law treaties or of general international law norms resulted from habit, if some or others must be applied in a concrete case by the government, a court or an international or national administrative organ.

The reason of judicial interpretation has a series of foundations among which we consider it necessary to mention:

- the legislator induces from the existent demeanors those characteristics with a compulsory character, allowed or interdicted, from the perspective of law principles, of methodological principles, of the law already in force, being formulated so that they will be valid for future demeanors; but is cannot foresee the variety of future demeanors, nor the variety of conditions in which demeanors manifest; some will have an established normative form, others will have to look for an identity or resemblance;

- in writing the text that fixes judicial norms, the legislator uses synthetic terms, sentences and lapidary phrases; the task to decipher the meaning of hypothesis, dispositions and sanctions from these writings belongs, of course, to judicial interpretation.

In normative acts texts not only terms with a common meaning are used, but also technical terms, specific for the law domain or to a law branch, as we already argumented in the subchapter regarding meaning variations in judicial interpretation (imposed meaning, reposed meaning and acceptable meaning). Writing under a grammatical aspect, demands an effort for understanding the normative meaning of the text, when we already know that a judicial norm doesn't have an autonomous existence, bur it corroborates, it consensualizes, it regards a general prescriptive context.

Another foundation of judicial reason is the unity between spirit of the law and the legislator's will. Any text, including a normative judicial one, comes from the will of its author, the latter intended to say something, giving expression to his intentions and his attitudes, with the significant power that belongs to textual structures. Once entered into force the text of a judicial norm is imposed by its author, integrating in the ensemble of the existing normative acts, fact which affirms a proper spirit, called by Montesquieu „spirit of the law”; the letter of the law that was desired by the legislator, but it also affirms the law in force as an ensemble of normative acts.

The premises of interpretation are constituted by the validity if the judicial norms through the normative acts and through the text in which the judicial norms is presented.

The confirmation refers first of all to a systemic validity and finally to an axiological one.

Thus, a X judicial norm is valid from a szstemic point of view is the normative act was adopted and entered into force according to rules of procedures, it was not abrogated and it is not in contradiction to other normative acts, already in force in the same law system.

The confirmation refers to formal validity, for example if the X norm is legally valid in an internal system reported to the Constitution or if the judicial norm of the Constitution can be justified through a basic norm.

The confirmation refers to an axiological validity that is if an X judicial norm, shaping a value, has the community's accept, the value horizon of which is represents and which is obliged to realize. An X norm that fulfils axio-systematic conditions and validity formal ones becomes the object of interpretation.

The reason of interpretation from the extraneity element point of view consists in the establishing of exact meaning and content of international treaties. To interpret a text means to clarify the meaning of the text, meaning of the text of a treaty or of some of its clauses. According to its purpose, interpretation can be made for:

- to establish the intention of those who agreed on the text;
- to find the meaning of a text without searching for the authors' real intention;
- to establish the consequences that result from a text for in individual case;

- to establish a rule for a case not had in mind;
- to restrain or extend the text of a treaty.

The problem of interpretation has a more general character, that is it does not only connect to international treaties, the need of an interpretation also extends to other international judicial acts, to norms and rules of international law regardless of their source, most times needing to be delimited and mentioned. In the case of unilateral international acts as communications of protests are or notifications, it is necessary to appeal to rules of interpretation; principles as *qui tacuit, dum loqui, potuit ac debuit consentire videtur* (who keeps silent even if he could and had to talk is considered to agreed),¹¹ may operate in the case of interpreting a text and in the case of a notification.

The application of a judicial act¹² cannot be conceived and cannot be made by the one elected to apply it, but after having leaning about the content of the demeanor norms that was provided by the treaty. On the other side, for those who negotiates and writes texts for treaties are preoccupied with the insurance of a writing that must be coherent and precise, without the ambiguity of different dispositions and clauses stipulated in the treaty. With all these, some of the provisions can be ambiguous, being able to have more meanings, being able to be sufficiently clear wrote or more precise, the ambiguity of which is hard to let aside once time passes by, because those who apply the text are not the same persons who concluded it.

The classification of interpretation in international law can be made according to the persons that make it, according to the purpose of the interpretation and according to methods used for interpreting. Thus, according to who makes the interpretation we may observe a doctrinaire or an official unilateral or bilateral interpretation. A doctrinaire interpretation is made by the authors, by publicist in their works, by specialists in the treaties domain and is based on scientific exposure.

Official or authentic interpretation¹³ is the one made by contracting parts that receive contributions for this task: the legislator, the judge, the ministry of foreign affairs and diplomats. An official interpretation can be a unilateral one, made by the organs of a contracting party or a bilateral or international one (made by international parties or organ). An international interpretation represents an authentic interpretation because an agreement of all contracting parties to the treaty is obtained. There is a jurisdictional interpretation in case the interpretation is made by an international organ.

An executive interpretation made by an international organ is made by a common organ or by more states that receive the task to execute a treaty that precedes its interpretation to fulfill its tasks.

In case of a grammatical (literal) interpretation they precede to a text analysis, then they take into consideration the interpretation of the word from the text interpreted in the acceptance that common language has, with the exception of the case when they have an especially technical.

There is also an interpretation according to its purpose, historical interpretation, logical interpretation, exegetic interpretation (by referring to the text), objective interpretation by referring to historical conditions, as well as an interpretation by analogy¹⁴.

¹¹ Cassese Antonio, *Le droit international dans un monde divisé*, (Paris, Berger-Levrault, 1986), p.78

¹² Bertrand Gelot, *Finalites et methodes objectives d'interpretation des actes juridiques. Aspects theoretiques et pratiques*, LGDJ, Paris Cedex, 2003, p.178-183.

¹³ Troper Michel, *La théorie du droit, Le droit, l'Etat*, op. cit., p. 80 – the same manifest contraire to common sense or to the experts' opinion, an authentic interpretation is imposed because it is the unique, independent of the value of its truth, to which a judicial order offers effects – an authentic interpreter is the only competent authority that can make an interpretation. « *It speaks first of all of higher jurisdictions. But there also are other authorities that have the competency to offer authentic interpretation. These ones, even if they are nor jurisdictional, may offer an incontestable interpretation in front of any jurisdiction*»; « *it is the decision to offer a meaning to an enouncement or to a fact and a decision cannot be true or false, but only valid or invalid according to the normative order*»

¹⁴ Ecobescu Nicolae, Duculescu Victor, *Dreptul Tratatelor*, (Bucharest, Ed.Continent XXI, 1995), 38.

Interpretation cannot be given exclusively to one of the contracting part, because it has no quality to impose contractors its way to see.

International law preferred unilateral or multilateral interpretation made on a unilateral one because being a condition of the application of the treaty, interpretation must result in a normal way, from the ensemble of contracting parts in order to have an imperative value and not be contested. *The principle of equality of protocol states*, is realized under the form of exchanges of notices of letters, in the past being made through declarations or directly through the treaty.

As a rule we retain that interpretation is made by the parties of a treaty and this fact is usually sustained by that treaty; but in the lack of such a provision, the competency to make an interpretation of the treaty belongs to the contracting parties.

For a while now, states appeal systematically to international institutions specially created with such attributions – the International Court of Justice, the Permanent Court of Arbitrage or to other international states. Sometimes the interpretation of a treaty can take place inside an international organization but internal judicial courts may also interpret provisions of treaties when these are applied.

The meaning searched claims its appropriate method, exonerating the interpreter from improvising and making errors. How is the success of a good interpretation proved? If this one holds to a “trial”, that is one and the same thesis not to be contradicted by another of by another passage of the same paper, the interpretation will be valid and promoted as such. The method obliges thus the interpreter to rediscover what he already knows. His competency is apparently a repetitive one, mainly depending on the way anterior themes are complicated, nuanced and refined.

It is necessary to discover a diachronic dimension of the enunciation next to the history of discursive events. Interpretation must arise and research an archaic and original meaning of the text. The exegetic demarche supposes effort, erudition, method and reflection. The meaning of the text doesn't have to be inherited, but discovered through the judicial practice and doctrine, sustained by a hard “critique” and by intuition.

The method of judicial interpretation, once assume, blocks speculation by showing probable arguments. It is associated to work perspective, drawing principles, rules, strategies, tactics and work techniques, meant to discipline effort and to shorten the fulfillment of its purpose. It responds to an order exigency, which avoids a speculative waste improvisation, superficiality, argumentative or a logical incoherence. But, is a good application of the method sufficient? Does it guarantee alone the performance of a text? We cannot answer this question without giving a definition to the method, as a form of science, which is of systematic knowledge, based on firm rules.¹⁵ This is why the decisive stake of an interpretation is always underlined, because there is no thesis, no argumentation, no acceptable solution, no answer or solution.

The positivism represented by Auguste Comte and John Stuart Mill, starts from a few suppositions: on one side, methodological monism or the idea of method unity in the diversity of the objectives of scientific investigation, proposes un ideal or a methodological standard for the other sciences, including sciences of human rights and finally, the efficiency of causal explanation, which consists in the subordination of individual cases to law, valid including for human nature.¹⁶

The second position is an antipositivist one, also called hermeneutic, claiming a particular type of intervention in the interest domains claimed. The methodological function of judicial hermeneutics transforms this science into an art of comprehension. Where other sciences generalize, judicial hermeneutics individualizes.

The difference stands in the methodology, which is in the connection explanation and comprehension.¹⁷ Thus, we would have, on ones side, nomological sciences, which proceed

¹⁵ Kant Imanuel, *Logica generală*, (Bucharest, Editura Științifică și Enciclopedică, 1995), 188.

¹⁶ Heinrik von Wright Georg, *Explicație și înțelegere*, (Bucharest, Humanitas Publishing House, 1995), 27

¹⁷ Riedel Manfred, *Despre teoria și istoria științelor hermeneutice*, (Cluj-Napoca, Dacia Publishing House, 1989), 37.

hypothetically and constructively and on the other side hermeneutic sciences, historical-descriptive ones, oriented towards the interpretation that takes place afterwards, of the events and individual states of fact. In the same time there would be a methodological conscience of articulated judicial hermeneutics science in the frame of the law system. This one reports to the past by using the historical method, so that comprehensive methods may alienate from the proper object, but to understand it in an objective manner.

The flexibility of interpretation, their capacity to reabsorb one each other is generated by the conditions of meaning:

- any meaning can be translated and paraphrased;
- any meaning can be rewritten, reread, reposed, imposed and acceptable.

Habermas speaks about interpretation as about a sustained, capable to obtain an agreement without constrain or without creating a consensus. Gadamer also focalizes on an interpretative demarche on the content of the things already mentioned.

The general theory of interpretation¹⁸, Emilio Betti's reference work, is structured according to three main exigencies: the elaboration of a hermeneutics rule taught as a general method, the detachment of principles which will allow the configuration of a specific hermeneutics methodology; the critique of a hermeneutic philosophy inspired by Heidegger's *Sein und Zeit*. One of the merits of the Italian professor, described in this text, is to try to introduce a diachronic order in a domain destined to dodge any intention to settle under the zodiac of logic and systematics.

Conclusions

What conclusion may we draw from this examination of the dimensions and the flexible character of judicial interpretation? That the notion of interpretation covers to enough varieties so they will not overlap any other act of speech taken separately, that is borrows a little bit of each, according to the domain of application and the purpose desired. It is lawfull to expect that once time passes by judicial interpretation will win complexity and diversification. The task to clarify the status and functioning becomes more difficult as we deal mainly with principles, rules, methods and only accidentally simple acts of speech.

References

- Bertrand Gelot, *Finalites et methodes objectives d'interpretation des actes juridiques. Aspects theoretiques et pratiques*, (Paris Cedex, LGDJ, 2003), 178-183.
- Betti Emilio, „*Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*”
- Cassese Antonio, *Le droit internațional dans un monde divise*, (Paris, Berger-Levrault 1986), 78
- Davidson Donald, *Inquiries into Truth and Interpretation*, (Oxford, Clarendon Press, 2001), 78-85.
- Djuvara Mircea, *Teoria generală a dreptului*, (Bucharest, All Publishing House, 1994), 54.
- Ecobescu Nicolae, Duculescu Victor, *Dreptul Tratatelor*, (Bucharest, Ed. Continent XXI, 1995, 38.
- Engel Pascal, *Davidson et la philosophie du langage*, (Paris, PUF, 1994), 58.
- Elissalde Yvan, *Critique de l'interpretation*, (Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2002), 163.
- Heinrik von Wright Georg, *Explicație și înțelegere*, Humanitas Publishing House, Bucharest, 1995, 27

¹⁸ This book was translated with the title *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito. Saggio introduttivo, scelta antologica e bibliografie a cura di Gaspare Mura*, (Roma, Città Nuova Editrice, 1990, volume that also contains representative extracts from *Teoria generale della interpretazione*.)

-
- Kant Imanuel, *Logica generală*, (Bucharest, Scientific and Encyclopedic Publishing House, 1995), 188.
 - Mihai Gheorghe C., *Fundamentele Dreptului I-II*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2003), 475-480
 - Popa Nicolae, Eremia Mihail C., Cristea Simona, *Teoria generală a dreptului*, (Bucharest, AllBeck Publishing House, 2005), 60.
 - Riedel Manfred, *Despre teoria și istoria științelor hermeneutice*, (Cluj-Napoca, Dacia Publishing House, 1989), 37.
 - Troper Michel, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, (PUF, Léviathan, 2001).

DIMENSIUNILE ȘI FLEXIBILITATEA INTERPRETĂRII JURIDICE

CLAUDIA ANDRIȚOI*

Abstract

Problematica rațiunii interpretării este amplă și necesită, pentru calificarea juridică, apelarea la alte norme juridice care aparțin unor instituții juridice sau ramuri diferite de drept. În acest sens, problema hotărâtoare este să găsim atât sensul autentic pe care îl are norma juridică cât și conexiunea formală și de conținut al acestui sens cu realitatea cazuală de soluționat. Această sarcină metodologică e evocată atât în planul teoriei dreptului cât și în acela al aplicării lui. Astfel, având în vedere că norma juridică se află în textele normative, devine interesantă legătura teoriei interpretării cu hermeneutica. Consider oportun acest demers deoarece hermeneutica se prezintă ca teorie critică a interpretării, în particular a interpretării textelor.

Key words: *tipologie, exegeză, metodologie, captarea sensului, rațiunea interpretării.*

Introducere

Cunoașterea semnificației normei juridice permite familiarizarea cu interpretările concurente – fie ele acceptabile, verosimile sau false în raport cu norma agreată. Buna stăpânire a artei interpretării în drept, a descifrării adevăratei semnificații a normei juridice reprezintă ustensile necesare interpretului. Legile logice și retorice ale rațiunii ordonează judecăți și argumente, astfel încât interpretările să pară deopotrivă coerente (logice) și convingătoare (retorice)¹.

Prin variații continue, interpretarea are latitudinea să își ajusteze traiectoria, adaptându-se continuu circumstanțelor schimbătoare ale realității sociale.

Aceste aspecte ne îndeamnă să ne întrebăm dacă putem aduce în discuție fundamentele unei teorii generale a interpretării și care ar fi acestea? Cel care a formulat pentru prima oară o asemenea idee ambițioasă și de anvergură care să scurteze drumul dintre norma juridică și validarea ei a fost Emilio Betti. Ambiția de a fi recunoscut în postura unui “reformator”, decis să ateneze și să înlăture haosul speculativ din interiorul unei discipline tot mai mult solicitate, l-a îndemnat încă din 1954 să provoace o discuție despre fundamentele unei teorii generale a interpretării. *Zur Grundlegungen einer allgemeiner Auslegungslehre* este prezentată în forma unui “manifest”, care anunță deja temele principale ale hermeneuticii sale, teme dezvoltate un an mai târziu în a sa *Teoria generale della interpretazione*.²

O caracteristică importantă a interpretării decurge din faptul că se exprimă prin enunțuri de dimensiuni variate, de la o simplă propoziție până la întregimea unui articol de lege. Așadar, avem de-a face cu entități extrem de variate, unele din ele restrânse la nivelul frazelor, paragrafului, altele foarte cuprinzătoare sub raport semantic, compactând numeroase entități subordonate, inegale ca format dar care au rolul de a relansa succesiv înțelegerea globală a sensului prin alinierea la perspective tot mai largi, la trepte superioare de generalitate.

1. Judecăți și argumente folosite în interpretarea juridică

Obiectul oricărei interpretări este semnul, cu accent prioritar acordat cuvântului – “semn al semnelor”. Acesta poate “vorbi” despre cuvinte tot în cuvinte, întrucât cuvintele traduc

* Lecturer PhD, Eftimie Murgu University, Resita (andritoiclaudia@yahoo.com).

¹ Djuvara Mircea, *Teoria generală a dreptului*, (București, Ed All, 1994, 54.

² Betti Emilio, „*Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*” . Cartea a fost tipărită, ca și “manifestul”, direct în germană, doi ani după apariția lucrării „*Wahrheit und Methode*”. Betti își popularizează astfel eficient intențiile, înscriindu-se imediat în miezul polemicilor legate de statutul și pretențiile hermeneuticii, context în care discipolul lui Heidegger va face obiectul unei constante raportări critice.

relevanța semnificativă a tuturor celorlalte semne. Pot fi întâlnite pasaje care, luate ad litteram, să treacă drept absurde, inutile sau contradictorii, fiind nevoie de alte metode pentru a întregi interpretarea textului, reclamând o metodă de interpretare specifică.³

Modalitățile de comparare și interpretare sunt diverse dând la iveală o serie întreagă de sensuri, (așa cum am arătat și în paginile anterioare când am vorbit despre tradiția interpretativă și rolul său important în restrângerea controverselor asupra sensului): un sens *istoric*, unul *analogic*, sensul *etiologic* sau *cauzal*, sensul *tipologic* care caută asemănări între evenimente succesive și analogii, sensul *parabolic* care presupune o actualizare a înțelesului textului prin trimiterea la o altă situație referențială, analogă situației de enunțare dată și actualizarea textului interpretat, astfel încât să se potrivească naturii normei juridice. Sensul interpretării juridice poate fi și *extensional*, respectând polivalența; el se bazează pe combinarea internă a textului și pe infinitele situații existențiale care permit actualizarea mesajului. El se poate multiplica și realiza în comprehensiuni diverse, dar complementare și nu exclusive. Este necesar să existe o adaptare între toate sensurile sau nivelurile de interpretare, astfel încât interpretul să știe că textul stabilit definitiv nu trebuie să iasă din cadrul semnificației sale simple, printr-o juxtapunere a hermeneuticii cu interpretarea ei primă.

Logica textului este dinamică, putând fi redefinită în funcție de perspectiva de interpretare aleasă. Normalizarea se efectuează întotdeauna în raport cu sensul textului, astfel încât să se limiteze aproximațiile și arbitrariul. Exercițiul interpretării trebuie realizat continuu și fără limite în privința obținerii rezultatelor, respectând principiul preciziei, astfel încât fiecare enunț să fie net, exact, fără marjă de incertitudine. Deși interpretarea este considerată o formă de alterare a bogăției semantice originare, ea are rolul de a da unitate și coerență, de a combina elementele într-un sistem bine articulat, de a asocia textul, cu caracterul acestuia și cu semnificațiile existențiale corespondente.

Plecând de la aceste exigențe se configurează o metodologie a interpretării juridice în tipar sistematic. Exegeza⁴ textului interpretabil constituie un aparat hermeneutic⁵ care reglează raporturile dintre premisele textuale și concluziile existențiale, între formulările prime și traducerea semantice. Ea sondează textul pentru a-i sesiza capcanele, pentru a-i exploata toate posibilitățile. Nu există așadar o autonomie veritabilă a descifrării, dar nici o “cenzură” care să interzică proliferarea interpretărilor. Metoda (interpretarea) are însă rolul de a circumscrie cu fermitate modalitățile de prelucrare hermeneutică, astfel încât tehnologia îmbogățirii de sens să fie accesibilă, fără ca această accesibilitate să garanteze neapărat momentul euristic.

Interpretarea presupune patru trepte metodologice:

5. investigația istorică, pentru a stabili ce trebuie aflat despre texte (greșeli, copii, erori involuntare sau premeditate, momentul redactării, unitatea lui, veridicitatea faptelor și declarațiilor, critica de autenticitate, proveniența, comprehensiunea și credibilitatea);

³ Mihai Gheorghe C., *Fundamentele Dreptului I-II*, Editura All Beck, București 2003, 475-480

⁴ Exegeza vine de la grecescul *exegeisthai* care înseamnă a fi sef, a călăuzi, a explica. Prefixul *ex* are o valoare intensivă și aspectuală, de îndeplinire, de conducere până la capăt. La Herodot *exegetes* este interpretul oracolelor, la Platon *exegesis* însemna explicație. Cu timpul se impune semnificația de explicare a sensului adevărat. Actualmente putem vorbi de două versiuni ale exegezei: prima versiune e una minimalistă și este considerată ca etapă preliminară a interpretării, clarificând textul obscur, controversabil ori complex, cea de-a doua etapă, maximalistă, atribuie exegezei calitatea de a avea nu numai un caracter premergător interpretării ci de a fi interpretarea însăși.

⁵ Semnificația primordială a lui *hermeneia* era “de a rosti cu voce tare”, „de a mijloci aducerea la înțelegere”. *Hermeneia* a fost tradusă în latină prin *interpretatio*, ceea ce a fost considerată o eroare. Astfel că, hermeneutica a ajuns să însemne asertarea unor enunțuri a unor supuneri autorizate, având o conotație normativă ce încă funcționează în domeniul juridic în cel religios. Hermeneutica avea în vedere și medierea, călăuzirea spre găsirea unui sens ascuns, ori străin, exegeza sau traducerea, acestea constituind aparatul său.

6. stabilirea conceptelor implicate în interpretare;
7. descoperirea precedentului juridic și cunoașterea doctrinei;
8. aplicarea faptelor generale la situații particulare (spre exemplu, rezolvarea contradicțiilor din text).

Spre deosebire de aceasta, analiza hermeneutică a textului presupune șapte trepte metodologice:

8. analiza textului juridic prin lectură, citind integral textul supus interpretării apoi rezumatul;
9. raportarea la cazuistică;
10. cercetarea pe verticală, pe scară istorică a procesului devenirii regulii de drept, folosindu-se metoda istorică;

11. cercetarea pe orizontală prin metoda comparației cu texte similare sau norme cu caracter asemănător – cercetare prospectivă;

12. se realizează exegeza textului prin utilizarea metodei gramaticale, a contextualizării (ce presupune cercetarea pluridisciplinară), identificarea sensului textului și identificarea sensului obscur;

13. se cercetează posibilele obiecțiuni la raționamentul utilizat, lămurindu-se contradicțiile conform metodei dialectice;

14. se expun argumentele și excepțiile, cu observarea finală a principiilor generale și eventualele propuneri de lege ferenda, fapt ce implică raportarea textului la legislația actuală.

Este necesar a se proceda sistematic, în temeiul unor reguli de interpretare, configurând un sistem metodologic ferm, pentru ca textul să-și dezvăluie cât mai multe din resursele sale semantice.

De stăpânirea unor astfel de reguli depinde performanța textului juridic interpretat. Captarea sensului depinde în chip decisiv de abilitatea unui interpret căruia i se oferă libertatea de a se supune numeroaselor constrângeri metodologice.

2. Exigențele formale ale interpretării juridice

Explicarea sensului nu trebuie făcută pentru enunțuri izolate, ci în cadrul rețelei lor de întrepătrunderi și printr-o raportare constantă la toate elementele sistemului juridic. Astfel, cele două exigențe – empirică și formală – se conjugă în permanență. Iar lipsa unei contradicții se explică prin faptul că atât formalismul, cât și empirismul pot fi minimale în cazul în care primul nu implică o axiomatizare completă a sensului ci numai sistematicitatea analizei, în timp ce al doilea cere o naturalizare a adevărului, fără ignorarea criteriilor lui.

Aceasta este teoria semantică recunoscută și sub numele de interpretare radicală, în cadrul căreia interpretul trebuie să fie atent la toate circumstanțele care pot clarifica sensul normei supuse interpretării. Datorită perspectivei holistice din care este abordată chestiunea sensului în interpretarea radicală, vor exista întotdeauna maniere multiple de a explicita același enunț sau fapt – și anume, prin asocierea cu seturi de circumstanțe alternative.

Acest pluralism al interpretării este numit grad de indeterminare a sensului și se traduce prin imposibilitatea de a dovedi univocitatea sa. Contextul în care se dezbate, însă, chestiunea indeterminării sensului este unul practic, urmărindu-se astfel, efectele holismului în interpretare.

Dacă nu este suficientă conformitate, înseamnă că nu mai avem, practic, un obiect al interpretării (oricărui enunț fiindu-i specifice anumite raporturi cu restul comportamentului și cu situația în care apare), deci nici o interpretare. Acest tip de argument ne poate inspira să vedem în holismul davidsonian⁶ un principiu aprioric și nu doar un instrument în interpretare. Pascal Engel⁷ face diferența, în acest sens, între holismul constitutiv și cel metodologic. Prin comparația dintre regularitatea comportamentală și cea empirică, ambii autori (Davidson și Engel) par să sugereze,

⁶ Davidson Donald, *Inquiries into Truth and Interpretation*, Clarendon Press, Oxford, 2001, 78-85.

⁷ Engel Pascal, *Davidson et la philosophie du langage*, PUF, Paris, 1994, 58.

însă, existența unui acord la un nivel mult mai elementar decât cel al opiniilor: unul în care actul de interpretare este posibil tocmai datorită existenței unui fundal de inteligibilitate, comparabil cu ordinea spațio-temporală care face posibilă măsurarea sau calculul, precum și identitatea obiectelor. Din acest punct de vedere, indeterminarea sensului s-ar traduce printr-o incapacitate mult mai profundă decât simpla confuzie datorată multiplelor variante de interpretare; ea ar reflecta, mai curând, o imposibilitate constitutivă. A vorbi despre indeterminarea sensului înseamnă să spui că interpretul își asumă principiului carității, ceea ce reprezintă tocmai o încercare de normare a acestei experiențe, prin maximizarea acordului.⁸

Totuși scopul nemijlocit interpretării nu este acordul, ci înțelegerea, iar înțelegerea poate fi asigurată numai interpretând în așa fel încât să se obțină tipul de acord potrivit. Or, un asemenea acord trebuie confirmat de comportamentul destinatarilor normei. Practic, acordul maximizat nu are nici o valoare pentru interpretare, până când comportamentul destinatarilor nu îl confirmă. De aceea, se subliniază importanța reformulării în interpretare, adică a unui continuu proces de readaptare a interpretului și modului său de gândire, la cel al destinatarului.

Motivul pentru care atrag atenția asupra acestor elemente ale interpretării radicale este, firește, pragmatismul lor. Necunoscând modul în care va acționa destinatarul normei juridice, interpretul se vede nevoit să intre în cercul hermeneutic dintre limbajul folosit, credințe și acțiuni, urmărind recurențele din cadrul acestuia.⁹

3. Rațiunea și premisele interpretării juridice

Rațiunea interpretării juridice o găsim în principiile acesteia, de natură juridică, la rândul lor întemeiate pe principiile dreptului și pe reguli metodologice ale fiecărui sistem de drept. Regulile metodologice direcționează interpretarea dreptului pozitiv și îi impun limite. Chiar dacă aceste reguli nu sunt enunțate expres și pretutindeni, ele pot fi decelate, iar prevederile articolelor 977-985 Cod Civil român pot fi socotite ca reguli valabile pentru dimensionarea juridică a interpretării normelor juridice la ambele nivele.

Interpretarea este o procedură mentală care însoțește procesul aplicării dreptului de la treapta superioară la cele inferioare. Dreptul trebuie aplicat de un organ de drept iar acesta are menirea de a constata sensul normelor pe care urmează să le aplice, prin urmare trebuind să le interpreteze. “Nu există interpretare fără lucru interpretat și fără o persoană în beneficiul căreia e făcută. Interpretarea este totdeauna interpretare a ceva de către cineva pentru cineva. Ea e triplu relativă: față de interpret, față de obiectul interpretat, și față de ceea ce vom numi beneficiar”.¹⁰

În cazul interpretării legilor trebuie identificat un răspuns la întrebarea care este conținutul ce urmează a fi dat normei individuale în cazul unei sentințe judecătorești sau a unei decizii administrative, deduse din norma generală a legii, în aplicarea ei într-o stare de lucruri concretă.

Pe lângă interpretarea legilor există și interpretarea Constituției, în măsura în care aceasta trebuie aplicată pe o treaptă inferioară, în proceduri legiferante, în emiterea de noi decizii sau în alte acte constituționale, și o interpretare a tratatelor de drept internațional sau a normelor dreptului internațional general rezultat din obișnuință, dacă unele sau altele trebuie aplicate într-un caz concret de către un guvern, un tribunal sau un organ administrativ internațional sau național.

Rațiunea interpretării juridice are o seamă de temeuri printre care considerăm că se cuvine să menționăm următoarele:

- legiuitorul induce din conduitele existente acele trăsături cu caracter obligatoriu, permis și interzis, din perspectiva principiilor de drept, a principiilor metodologice, a legilor deja în vigoare,

⁸ Nicolae Popa, Mihail C. Eremia, Cristea Simona, *Teoria generală a dreptului*, Editura All Beck, București, 2005, 60.

⁹ Pentru ilustrarea holismului și mai ales a particularităților sensului, Davidson consideră că în interpretarea radicală, trebuie oferită simultan o teorie a sensului și una a judecării de valoare a interpretului, că nu o putem deriva pe una din cealaltă - Davidson, D., *op.cit.*, Clarendon Press, Oxford, 2001, 125.

¹⁰ Elissalde Yvan, *Critique de l'interprétation*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 2002, 163.

tipizându-le astfel încât să aibă validitate și pentru conduite viitoare; dar el nu poate să prevadă varietatea conduitelor viitoare, nici varietatea condițiilor în care se vor manifesta conduitele; unele vor purta identitate de formă normativă stabilită, altele vor purta asemănare de formă normativă, altora va trebui să li se caute identitatea sau asemănarea.

- În redactarea textului care fixează normele juridice, legiuitorul utilizează termeni sintetici, propoziții și fraze lapidare; sarcina de a descifra sensurile ipotezelor, dispozițiilor și sancțiunilor din aceste redactări revine, desigur, interpretării juridice.

În textele actelor normative sunt utilizați nu numai termeni cu înțeles comun, ci și termeni tehnici, specifici dreptului sau unei ramuri de drept, așa cum în alte lucrări privind variațiile sensului în interpretarea juridică. (sensul *impus*, sensul *repus*, sensul *acceptabil*). Redactarea, sub aspectul gramaticității, solicită un efort de înțelegere a sensului normativ purtat de text, pe când, se cunoaște că, o normă juridică nu are existența absolut autonomă, ci se coroborează, se consensualizează, ține de un context prescriptiv general.

Un alt temei al rațiunii interpretării este unitatea între litera legii, spiritul legii și voința legiuitorului. Orice text, inclusiv cel normativ juridic, provine de la voința autorului său, acesta a voit conștient să spună, dând expresie intențiilor și atitudinilor lui, cu puterea semnificatoare pe care o au structurile textuale. Odată intrat în vigoare textul normei juridice se impune chiar autorului său, integrându-se în ansamblul actelor normative existente, care afirmă un spirit al său, numit de Montesquieu „spiritul legii”; litera legii spune ceea ce a urmărit legiuitorul, dar afirmă și spiritul dreptului în vigoare, ca ansamblu de acte normative.

Premisa interpretării o constituie confirmarea validității normei juridice prin actul normativ și a textului în care norma juridică este cuprinsă.

Confirmarea se referă mai întâi la validitatea sistemică, apoi la validitatea formală, iar în cele din urmă la validitatea axiologică.

Astfel, o normă juridică *N* este validă sistemic dacă actul normativ a fost adoptat și promulgat conform regulilor de procedură, nu a fost abrogat, și nu este în contradicție cu alte acte normative în vigoare în același sistem de drept.

Confirmarea se referă la validitatea formală, de pildă dacă norma *N* este legal validă în sens sistemic intern, dacă norma *N* poate fi derivată dintr-o transformare internă a unei norme formal validă raportată la Constituție sau dacă, validitatea juridică a Constituției poate fi justificată printr-o normă fundamentală.

Confirmarea se referă la validitatea axiologică, în sensul că o normă juridică *N*, cristalizând o valoare, are acceptul comunității, al cărui orizont de valori îl desemnează și care, astfel, se obligă să o realizeze. O normă *N* care întrunește condițiile axio-sistemice și formale de validitate devine obiect al interpretării.

Rațiunea interpretării din perspectiva elementului de extraneitate, constă în a stabili sensul și conținutul exact al tratatelor internaționale. A interpreta un tratat, înseamnă a lamurii înțelesul textului său. Cuvântul “interpretare” înseamnă a risipi îndoielile cu privire la sensul, înțelesul pe care îl are textul tratatului sau unele din clauzele sale. În funcție de scopul ei, înțelegerea, cum am dovedit la punctul 2.2., interpretarea poate fi făcută pentru :

- a stabili intenția celor care au convenit textul tratatului;
- a găsi sensul unui text fără a cerceta intenția reală a autorilor;
- a stabili consecințele care decurg dintr-un text pentru un caz individual;
- a stabili o regulă pentru un caz neavut în vedere;
- a restrânge sau extinde întinderea unui text din tratat.

Problema interpretării are un caracter mai general, în sensul că ea nu se pune numai în legătura cu tratatele internaționale, necesitatea interpretării se extinde și la alte acte juridice internaționale, la norme și reguli ale dreptului internațional indiferent de sursa acestora adeseori trebuind să fie delimitate și precizate. În cazul actelor internaționale unilaterale cum sunt comunicările protestele, notificările este necesar să se apeleze la reguli de interpretare; principii ca *qui tacuit, dum loqui, potuit ac debuit*

consentire videtur (cine tace deși putea și trebuia să vorbească se consideră a fi acord),¹¹ pot opera atât în cazul interpretării unui tratat cât și în cazul unei notificări.

Aplicarea unui act juridic¹² nu poate fi concepută și nu se poate efectua de către cel pus să-l aplice, decât după ce se edifică asupra conținutului normei de conduită care a fost prevăzută în acest tratat. Pe de altă parte în atenția celor care negociază și redactează textele tratatelor stă preocuparea de a asigura o redactare care să aibă coerență claritate și precizie, fără ambiguitatea diferitelor dispoziții și clauze stipulate în tratat. Cu toate acestea unele din prevederile lui pot fi ambigue, putând să se preteze la mai multe sensuri, putând fi redactat insuficient de clar sau de precis, neclaritate ce poate fi greu de înlăturat pe măsura trecerii timpului din cauză că cei care aplică textul nu sunt unele și aceleași persoane cu cele care l-au încheiat.

Clasificarea interpretării în dreptul internațional se poate face în funcție de persoanele care o efectuează, după scopul interpretării, precum și după metodele care se folosesc pentru interpretare. Astfel, în funcție de cine face interpretarea putem avea interpretare doctrinară sau oficială și interpretare unilaterală sau bilaterală. Interpretarea doctrinara este făcută de către autori, de publiciști în operele lor, de specialiști în domeniul tratatelor și e bazată pe expunerea științifică.

Interpretarea oficială sau autentică¹³ este cea pe care o fac organele părților contractante care primesc atribuții în acest sens : legiuitorul, judecătorul, ministerul afacerilor externe sau diplomații. Interpretarea oficiala poate fi o interpretare unilaterală făcută de organele uneia din părțile contractante sau o interpretare bilaterală ori una internațională (făcută de părți sau de un organ internațional). Interpretarea internațională constituie o interpretare autentică deoarece se obține cu acordul tuturor părților contractante la tratat. Există interpretare jurisdicțională în cazul în care este făcută de un organ internațional.

Interpretarea executiva de către un organ internațional este făcută de un organ comun a două sau mai multe state care primind însărcinarea de a executa un tratat procedează la interpretarea acestuia pentru a îndeplini îndatoririle ce-i revin.

În cazul interpretării gramaticale (literală) se procedează mai întâi la o analiza a textului, apoi se ia în considerare interpretarea cuvintelor din textul interpretat în accepțiunea pe care o au în limbajul obișnuit, cu excepția cazului în care nu au un înțeles tehnic special .

Mai putem avea interpretarea după scop, interpretarea istorică, interpretarea logică, interpretarea exegetică (prin raportare la text), interpretarea obiectivă prin raportare la condițiile istorice, precum și o interpretare prin analogie¹⁴.

Interpretarea nu poate fi încredințată, în exclusivitate, uneia din părțile contractante pentru că aceasta nu are nici o calitate pentru a impune contractanților modul ei de a vedea.

Dreptul internațional prefera interpretarea făcută pe cale bilaterală sau multilaterală aceleia unilaterale deoarece fiind o condiție a aplicării tratatului, interpretarea trebuie să emane în mod normal, de la ansamblul părților contractante pentru a avea valoare imperativă și a nu fi contestată . “ *Principiul egalității juridice a statelor se opune la interpretarea unilaterală care indiferent care ar fi organul care o dă, nu leagă pe celălalt stat* “ (cauza David J Adams). Interpretarea bilaterală poate căpăta forme diverse : sub formă de protocol, sub forma de schimb de note sau scrisori, pe cale de declarații mai frecvent în trecut, și prin însuși tratatul respectiv.

¹¹ Cassese Antonio, *Le droit international dans un monde divise*, Paris, Berger-Levrault 1986, 78

¹² Bertrand Gelot, *Finalites et methodes objectives d'interpretation des actes juridiques. Aspects theoretiques et pratiques*, LGDJ, Paris Cedex, 2003, 178-183.

¹³ Troper Michel, *La théorie du droit, Le droit, l'Etat*, op. cit., 80 – chiar și în manifestul contrar asupra unui sens comun sau al părerilor experților cei mai calificați, *interpretarea autentică* se impune deoarece este singura, independent de valoarea adevărului, căreia ordinea juridică îi oferă efecte – interpretul autentic este competent pentru a formula această interpretare. « *Esta vorba, mai ales de jurisdicții supreme. Dar există și alte autorități ce posedă competența de a formula interpretări autentice. Acestea, deși nu sunt jurisdicționale, pot oferi o interpretare incontestabilă în fața ricăei jurisdicții* »; « *aceasta este decizia de a oferi un sens unui enunt sau unui fapt si o deciyie nu poate fi nici adevărată nici falsă, ci doar validă sau invalidă în ordinul normativ dat* »

¹⁴ Ecobescu Nicolae, Duculescu Victor, *Dreptul Tratatelor*, Ed. Continent XXI, București, 1995,38.

Ca regulă reținem că, interpretarea o fac părțile la tratat, iar acest lucru este susținut de obicei în chiar tratatul respectiv; dar și în lipsa unei asemenea prevederi, competența de a face interpretarea tratatului revine tot părților contractante.

De la o vreme statele apelează în mod sistematic la instituții internaționale care sunt în mod special create cu asemenea atribuții – Curtea Internațională de Justiție, Curtea Permanentă de Arbitraj sau alte state internaționale. Uneori interpretarea unui tratat poate avea loc în cadrul unei organizații internaționale dar și instanțele judecătorești interne pot interpreta prevederi ale tratatelor cu prilejul aplicării lor.

Sensul căutat reclamă în ultimă instanță metoda oportună, scutindu-l pe interpret de improvizație și eroare. Cum anume se probează reușita sau succesul bunei interpretări? Dacă aceasta rezistă probei “verificaționiste”, adică una și aceeași teză să nu fie contrazisă de o alta sau de un alt pasaj din aceeași lucrare, interpretarea va deveni licită și promovată ca atare. Metoda, așadar, îl obligă pe interpret să redescopere ceea ce deja știe. Competența lui este aparent repetitivă, ea depinzând esențial de felul în care problematizează, nuanțează și rafinează temele anterioare.

Este necesar a se descoperii dimensiunea diacronică a enunțării alături de istoricitatea evenimentelor discursive. Interpretarea trebuie să scoată la iveală și să cerceteze și sensul arhaic, original, al textului. Demersul exegetic presupune efort, erudiție, metodă și reflecție. Sensul textului nu trebuie moștenit, ci descoperit prin cunoașterea doctrinei și a practicii juridice, susținute de o “critică” asiduă și de intuiție.

Metoda interpretării juridice, o dată asumată, înfrânează speculația, arătând argumentele probabile. Ea este asociată perspectivei de lucru, schițând principiile, regulile, strategiile, tacticile sau tehnicile de lucru menite a disciplina efortul și a scurta drumul spre scop. Ea răspunde unei exigențe de ordine, care să evite risipa speculativă, improvizația, superficialitatea argumentativă sau incoerența logică. Dar este suficientă o bună aplicare a metodei? Suplinește ea lipsa de profunzime sau talentul interpretului? Garantează, singură, performanța unui text? Nu putem răspunde la această întrebare fără a defini metoda, ca o formă a științei, adică a cunoașterii sistematice, întemeiată pe reguli ferme.¹⁵ De aceea, se subliniază mereu miza decisivă a formulării interpretării, fiindcă dacă nu există o teză, nu există nici argumentare, nici soluție acceptabilă, răspuns sau rezolvare.

Positivismul reprezentat de Auguste Comte și John Stuart Mill, pleacă de la câteva presupozitii: pe de o parte, monismul metodologic sau ideea unității metodei în diversitatea obiectelor investigației științifice, propun un ideal sau un standard metodologic pentru celelalte științe, inclusiv științele drepturilor omului și, în fine, eficiența explicației cauzale, care constă în subordonarea cazurilor individuale la legi, valabile inclusiv pentru natura umană.¹⁶

Cea de-a doua poziție este antipositivistă, numită și hermeneutică, reclamând un tip particular de intervenție în domeniile de interes revendicate. Funcția metodologică a hermeneuticii juridice face din această știință o artă a comprehensiunii. Acolo unde alte științe generalizează, hermeneutica juridică individualizează.

Deosebirea ține de metodologie, adică de liantul dintre explicare și comprehensiune.¹⁷ Astfel, am avea, pe de o parte, științele nomologice, care procedează ipotetic și constructiv, pe de altă parte științele hermeneutice, istoric-descriptive, orientate spre interpretarea a ceea ce se petrece ulterior, a evenimentelor și stărilor de fapt individuale. În același timp, ar exista o conștiință metodologică a științei hermeneuticii juridice articulată în cadrul sistemului dreptului. Acesta se raportează la trecut prin utilizarea metodei istorice, astfel încât metodele comprehensive să se poată înstrăina de propriul obiect, dar să-l poată înțelege în chip obiectiv.

¹⁵ Kant Imanuel, *Logica generală*, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1995, 188.

¹⁶ Heinrik von Wright Georg, *Explicație și înțelegere*, Editura Humanitas, București, 1995, 27

¹⁷ Riedel Manfred, *Despre teoria și istoria științelor hermeneutice*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1989, 37.

Flexibilitatea interpretărilor, capacitatea lor de a se resorbi unele în altele, este generată de condițiile semnificativității:

- orice sens e traductibil și parafrazabil;
- orice sens poate fi rescris, recitit, repus, impus și acceptabil.

Habermas vorbește despre interpretare ca de un discurs argumentat, capabil să suscite un acord fără constrângere și să creeze un consens. Gadamer focalizează și el demersul interpretativ asupra conținutului celor spuse mai înainte.

Teoria generală a interpretării¹⁸, scrierea de referință a lui Emilio Betti, este structurată în funcție de trei exigențe principale: elaborarea de reguli ale unei hermeneutici gândite ca metodă generală, detașarea de principii care să permită configurarea unei metodologii specific hermeneutice; critica filosofiei hermeneutice inspirate de *Sein und Zeit* a lui Heidegger. Unul din meritele profesorului italian, conturat în acest text, este acela de a fi căutat să introducă ordine diacronică într-un domeniu parcă sortit să se eschiveze oricărei intenții de așezare sub zodiile logicii și sistematicității.

Concluzii

Ce concluzie putem trage din această examinare a dimensiunilor și caracterului flexibil al interpretării juridice? Că noțiunea de interpretare acoperă atâtea varietăți, încât nu se suprapune peste nici unul dintre actele de vorbire luate separat, că împrumută câte ceva din fiecare, în funcție de domeniul de aplicație și scopul urmărit. E legitim să ne așteptăm ca o dată cu trecerea timpului interpretarea juridică să câștige încă în complexitate și diversificare. Sarcina de a-i elucida statutul și funcționarea devine cu atât mai anevoioasă, cu cât ne ocupăm aici, în principal, de principii, reguli, metode și numai accidental de simple acte de vorbire.

References:

- Bertrand Gelot, *Finalites et methodes objectives d'interpretation des actes juridiques. Aspects theoretiques et pratiques*, (Paris Cedex, LGDJ, 2003), 178-183
- Betti Emilio, „Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften”
- Cassese Antonio, *Le droit international dans un monde divise*, (Paris, Berger-Levrault 1986), 78
- Davidson Donald, *Inquiries into Truth and Interpretation*, (Oxford, Clarendon Press, 2001), 78-85
- Djuvara Mircea, *Teoria generală a dreptului*, (București, Ed All, 1994), 54
- Ecobescu Nicolae, Duculescu Victor, *Dreptul Tratatelor*, (București, Ed. Continent XXI, 1995), 38
- Engel Pascal, *Davidson et la philosophie du langage*, (Paris, PUF, 1994), 58
- Elissalde Yvon, *Critique de l'interpretation*, (Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2002), 163
- Heinrik von Wright Georg, *Explicație și înțelegere*, (București, Editura Humanitas, 1995), 27
- Kant Imanuel, *Logica generală*, (București, Editura Științifică și Enciclopedică, 1995), 188
- Mihai Gheorghe C., *Fundamentele Dreptului I-II*, (București, Editura All Beck, 2003), 475-480
- Popa Nicolae, Eremia C. Mihail, Cristea Simona, *Teoria generală a dreptului*, (București, Editura All Beck, 2005), 60
- Riedel Manfred, *Despre teoria și istoria științelor hermeneutice*, (Cluj-Napoca, Editura Dacia, 1989), 37
- Troper Michel, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Léviathan, 2001

¹⁸ Această carte a fost tradusă în italiană cu titlul *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito. Saggio introduttivo, scelta antologica e bibliografie a cura di Gaspare Mura*, Città Nuova Editrice, Roma, 1990, volum ce conține și extrase reprezentative din *Teoria generale della interpretazione*.

THE RIGHT TO WORK AND THE DIMENSIONS OF GLOBAL UNEMPLOYMENT

CRISTINA OTOVESCU-FRĂȘIE*
DUMITRU OTOVESCU*

Abstract

In the context of the present global crisis, the right to work was strongly affected during the last years (2007-2009). The authors of this study analyze the unemployment rate in E.U. and in other countries, presenting also the social effects of the unemployment. There are also presented the global and national consequences of the unemployment and the differences between the high-developed countries and the developing ones, regarding the effects of the economical and financial crisis.

Key words: *work, the right to work, unemployment, legislation, global crisis*

1. Introduction

One of the most affected human rights, during the past three years, was the right to work. The premises that we begin with is the fact that the actual economic-financial crisis increased the discrepancy between the actual situation and the right rule as regarding the employment. Such judgment is based on the contestation of the alarming growth regarding the unemployment all around the world, including in those countries that are known thanks to their high level of economic development and democratic practice. The statistic data confirm it and the realities demonstrate that the crisis situations amplify the number of the those people who are searching for a job, so, those who, after all, deal with a graduate decrease in the quality of their lives and who can't effectively exercise the right to work, to health care etc.

As a consequence, the analysis of the provisions regarding the right to work, related with the parameters of the unemployment evolution represent not only a problem concerning the nowadays situation, but also a major cognitive interest one, in order to understand the concrete negative effects of the world crisis on tens of thousand of people from the entire planet and that the political factors to act consciously act for limiting the prefigured effects.

It is known that, in an hierarchy of the most broadcasted pieces of news and the most commented events in mass-media, starting from the beginning of the 21st century until now, "The Global Recession from 2008-2009" holds the 7th position from the 15 recorded, which attests the notoriety and the gravity of this problem on the world level. We signalize that, in the mentioned classification, performed by media analysis company from Texas (in December 2009), the first place was taken by the news regarding "The economical rise of China" (the most numerous pieces of information), the second by those about "The Iran War" and the third by the information regarding "The terrorist attack on New York from September 11 2001". The forth place is taken by "The War on Terror", the fifth place by the death of Michael Jackson and the sixth place, as concerning the popularization, the election of Barack Obama as the president of the USA¹.

The first signs of the actual world crisis were registered at the end of 2007, but they took the shape of an ample phenomenon only during 2008 in USA, from where it spread out, rapidly, on

* Associated Professor, Ph.D. University of Craiova, Faculty of Law and Administrative Sciences, (otocris@yahoo.com)

* Professor, Ph.D., University of Craiova, Dean of Faculty of Social Sciences, (d_otovescu@yahoo.com)

¹ See the study made by the *Global Language Monitor* Company, (Texas, December 2009)
<http://www.languagemonitor.com/>

the entire planet. Year 2009 can be considered the year when the financial-economic crisis knew its maximum intensity and extension. All started the moment the American banks could no longer carry out their operations due to the lack of cash. The blocking and the falling of the bank credit system generated the paralysis of the real estates businesses, the developers from this field finding themselves in the impossibility, on one side, of continuing and valuing the begun projects and, on the other side, to pay back the loans taken from banks. From here to the financial disaster was a short way, disaster that intoxicated the entire economy and social life. The causes are multiple and are related to the rules of the business world, to the financiers' philosophy and the behavior of the creditors, to the limits of the human nature and the perception of the moral and material values etc. As a conclusion, we may say that there are economic, moral, spiritual, managerial, political, psychological causes.

2. The legislation regarding the right to work

The expression "labour law" has two meanings: the first defines that law branch constituting from the entire juridical norms that regulate the individual and collective labouring relations between the employers and employees² and, the second one, – the right to work is the subject matter that studies all the theoretical and practical aspects of the labouring aspects between employers and employees, on the basis of the individual and collective labouring contracts and, in the same time, the role of the state played in these relations³.

Labour law is a body of legislation that defines your rights and obligations as workers and employers in the workplace. At Community level, labour law covers two main areas⁴:

- Working conditions, including working time, part-time and fixed-term work, and posting of workers
- Information and consultation of workers, including in the event of collective redundancies and transfers of undertakings.

The Universal Declaration of the Human Rights mentions in the article 23 that everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment. Everyone, without any discrimination, has the right to equal pay for equal work. Everyone who works has the right to just and favourable remuneration ensuring for himself and his family an existence worthy of human dignity, and supplemented, if necessary, by other means of social protection. Everyone has the right to form and to join trade unions for the protection of his interests. Also, everyone has the right to rest and leisure, including reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay.

In *The International Covenant on Economic, Social and Cultural rights*, the right to work is regulated in article 6. The States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right.

The steps to be taken by a State Party to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include technical and vocational guidance and training programmes, policies and techniques to achieve steady economic, social and cultural development and full and productive employment under conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual.

The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work which ensure, in particular:

- a) Remuneration which provides all workers, as a minimum, with:

² S. Ghimpu, A. Țiclea *Dreptul muncii*, Bucharest, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2000), 5-6

³ V. Dorneanu (2000), *Introducere în dreptul muncii. Dreptul colectiv al muncii*, (Bucharest, Fundația România de Măine Publishing House), 22

⁴ <http://ec.europa.eu/social>

- fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind, in particular women being guaranteed conditions of work not inferior to those enjoyed by men, with equal pay for equal work;

- a decent living for themselves and their families in accordance with the provisions of the present Covenant;

b) Safe and healthy working conditions;

c) Equal opportunity for everyone to be promoted in his employment to an appropriate higher level, subject to no considerations other than those of seniority and competence;

d) Rest, leisure and reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay, as well as remuneration for public holidays.

Under the auspices of UNO, during The International Labour Organization, was adopted, on June 25th 1958, *The Convention no. 111/1958 concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation* and, on July 9th 1964, *The Convention no. 122/1964 concerning Employment Policy*⁵.

The European Social Charter makes provisions on the right to work (art.1), just conditions of work (art.2), the right to safe and healthy working conditions (art.3), to a fair remuneration (art.4).

In the dispositions from art.1 is provided the right to work. With a view to ensuring the effective exercise of *the right to work*, the Parties undertake:

1. to accept as one of their primary aims and responsibilities the achievement and maintenance of as high and stable a level of employment as possible, with a view to the attainment of full employment;

2. to protect effectively the right of the worker to earn his living in an occupation freely entered upon;

3. to establish or maintain free employment services for all workers;

4. to provide or promote appropriate vocational guidance, training and rehabilitation.

According to the art. 2 that provides *the right to just conditions of work*, with a view to ensuring the effective exercise of the right to just conditions of work, the Parties undertake:

1. to provide for reasonable daily and weekly working hours, the working week to be progressively reduced to the extent that the increase of productivity and other relevant factors permit;

2. to provide for public holidays with pay;

3. to provide for a minimum of four weeks' annual holiday with pay;

4. to eliminate risks in inherently dangerous or unhealthy occupations, and where it has not yet been possible to eliminate or reduce sufficiently these risks, to provide for either a reduction of working hours or additional paid holidays for workers engaged in such occupations;

5. to ensure a weekly rest period which shall, as far as possible, coincide with the day recognised by tradition or custom in the country or region concerned as a day of rest;

6. to ensure that workers are informed in written form, as soon as possible, and in any event not later than two months after the date of commencing their employment, of the essential aspects of the contract or employment relationship;

7. to ensure that workers performing night work benefit from measures which take account of the special nature of the work.

With a view to ensuring the effective exercise of *the right to safe and healthy working conditions* (art.3), the Parties undertake, in consultation with employers' and workers' organisations:

⁵ The Convention was also ratified by Romania through the Decree no. 284 regarding the ratification of conventions of The International Labour Organization (11.05.1973)

1. to formulate, implement and periodically review a coherent national policy on occupational safety, occupational health and the working environment. The primary aim of this policy shall be to improve occupational safety and health and to prevent accidents and injury to health arising out of, linked with or occurring in the course of work, particularly by minimising the causes of hazards inherent in the working environment;

2. to issue safety and health regulations;

3. to provide for the enforcement of such regulations by measures of supervision;

4. to promote the progressive development of occupational health services for all workers with essentially preventive and advisory functions.

In the dispositions of the art.4 is provided *the right to a fair remuneration*. With a view to ensuring the effective exercise of the right to a fair remuneration, the Parties undertake:

1. to recognise the right of workers to a remuneration such as will give them and their families a decent standard of living;

2. to recognise the right of workers to an increased rate of remuneration for overtime work, subject to exceptions in particular cases;

3. to recognise the right of men and women workers to equal pay for work of equal value;

4. to recognize the right of all workers to a reasonable period of notice for termination of employment;

5. to permit deductions from wages only under conditions and to the extent prescribed by national laws or regulations or fixed by collective agreements or arbitration awards. The exercise of these rights shall be achieved by freely concluded collective agreements, by statutory wage-fixing machinery, or by other means appropriate to national conditions.

The exercise of these rights must be ensured through the collective conventions concluded independently, either through the legal methods for the establishing of the wages, either through any other modality adequate for the national conditions.

The Charter of Fundamental Rights of the European Union regulates, in art.15, *the freedom to choose an occupation and right to engage in work*⁶. This Charter also contains regulations referring to:

- *Workers' right to information and consultation within the undertaking* (art. 27);

Workers or their representatives must, at the appropriate levels, be guaranteed information and consultation in good time in the cases and under the conditions provided for by Community law and national laws and practices.

- *Protection in the event of unjustified dismissal* (art. 30);

Every worker has the right to protection against unjustified dismissal, in accordance with Community law and national laws and practices.

- *Fair and just working conditions* (art. 31);

Every worker has the right to working conditions which respect his or her health, safety and dignity. Every worker has the right to limitation of maximum working hours, to daily and weekly rest periods and to an annual period of paid leave.

- *Prohibition of child labour and protection of young people at work* (art. 32).

The employment of children is prohibited. The minimum age of admission to employment may not be lower than the minimum school-leaving age, without prejudice to such rules as may be more favourable to young people and except for limited derogations. Young people admitted to work must have working conditions appropriate to their age and be protected against economic exploitation and any work likely to harm their safety, health or physical, mental, moral or social development or to interfere with their education.

⁶ Thus, everyone has the right to engage in work and to pursue a freely chosen or accepted occupation. Every citizen of the Union has the freedom to seek employment, to work, to exercise the right of establishment and to provide services in any Member State. Nationals of third countries who are authorized to work in the territories of the Member States are entitled to working conditions equivalent to those of citizens of the Union.

In the art. 41 from *The Romanian Constitution* (2003) is provided *The labour and the social protection of the labour*. According to this disposition, the right to work cannot be restricted. The choosing of a profession, a trade or an occupation, along with a job, is a free right. The employees have the right to social protection. This concern both the security and health of the employees, the working conditions for women and young people, the instituting of a minimum brut wage in the country, the weekly rest, paid leave, the work in particular or special conditions, professional training and other specific situations, established through the law. The regular duration of the working day is, on an average, of most 8 hours. For the same labour, women must have equal wage with the men. Are also guaranteed the right to collective negotiations regarding the labour and the mandatory character of the collective conventions.

The Labour Code presents some regulations regarding the exercising of the right to work. The right to work cannot be restricted. Every person is free to choose the place to work and to exercise the profession, trade or activity that is going to have. Nobody can be forced to work or not to work in a certain place or profession, whatever it represents.

3. The unemployment – global and national consequence of the economic-financial crisis

The economic crisis is a phenomenon with an ambivalent character, having both negative, dysfunctional social effects or consequences and positive, functional results, the last ones being, yet, lesser (such as the decongestion of the traffic and the buying on very low prices of some products and real estates by those people who saved money and didn't have loans). The negative effects and the risks they generates concern, on national level, the quality of the socio-economical and cultural life of the people, while on world level, the economic crisis had an influence on the political and economical hierarchy within the entire world's countries.

One of the most important consequences of the global economical crisis was the explosive growth of the unemployment all around the world. Thus, the statistic data presented by *Eurostat* indicate the process of deepening into the crisis of the European Union that, in December 2008, had with 1.6 more unemployed people than a year behind, the unemployment rate growing to 7.4%. The number of the people without a job was, in December 2008, of 17.91 millions, the most affected being the states from the Euro area, where the number of unemployed people raised with 1.4 million persons. In December 2008 were registered the highest rates of the unemployment in Spain (14.4%) and Latvia (10.4%) and the lowest in Holland (2.7%) and Austria (3.9%).

SUA also known, in the last months of the year 2008, an accelerated economical decrease, facing the most important decline from the last 27 years, after the companies and consumers had reduced their expenses. The gross domestic product of the USA decreased in 2008 (in opposition with 2007) with 3.8%, being the bigger reduction after the decline of 6.4% from the first months of the year 1982. On the whole year 2008, GDP of the USA, increased with 1.3%, being the lowest rhythm registered after 2007, when the advance was of only 0.8%.

On world level, the unemployment reached concerning levels, even in the case of the most developed societies around the world, as those that belong to the group known as G8: Germany, France, United Kingdom of the Great Britain and Northern Ireland, Italy, United States of America, Canada, Japan, Russia. Thus, in 2008, The United States of America faced the highest level of the unemployment, since the end of the Second World War – 7.2% (the American economy losing almost 3.6 million jobs from the beginning of the economic recession and to the end of the year 2008). In Canada, 6.6% from the country's population was unemployed and in Russia 6.1%. In China 10 million commuters lost their jobs, the rate of the urban unemployment being of 9.4%⁷.

The official statistic data attest that, in the space of the 27 countries, members of the EU, the unemployment phenomenon registered an accelerate growth – of over 5 million persons during

⁷ *Șomajul mondial atinge cote îngrijorătoare, (Bucharest, in Evenimentul Zilei, 11th of January 2010), 9*

only one year (October 2008 - October 2009), coming to 22.510.000 persons (from 17.508.000 persons in October 2008) and at a rate of 9.3%⁸. We further on present few statistic data, relevant for the understanding of the unemployment as an ample social phenomenon that affected, of course, the exercising of the right to work of tens of million of people, both in Europe and other continents.

The unemployment in Europe

Space \ Period	October 2008	October 2009	Variation Oct. 2008-oct. 2009
Euro zone (16 countries)	12.418.000 persons 7.9%	15.567.000 persons 9.8%	+ 3.149.000
EU-27	17.508.000 persons 7.3%	22.510.000 persons 9.3%	+5.002.000

During October 2008- October 2009, the unemployment rate raised in all the member states of the EU, but in variable proportions from one country to another. Therefore, an explosive growth of the unemployment was registered in Latvia (from 9.1% to 20.9%) and Lithuania (from 4.8% to 13.8%). A weaker rhythm of growth of the unemployment in 2009 in opposition with 2008 appeared in Germany (from 7.1% to 7.5%), Austria (from 4.0% to 4.7%) and Romania (from 5.9% to 6.4% in June 2009).

In October 2009, the highest unemployment rates were in Latvia (20.9%) and Spain (19.3%), and the lowest in the Kingdom of the Netherlands (Holland, Belgium, Luxemburg) – 3.7% and Austria – 4.7%. For comparing, we highlight the fact that, at that moment, in the USA the unemployment level was, generally of 1.2% and in Japan of 5.1%⁹. In 2008 and 2009, Spain found itself among the European states that were the most affected by the economic crisis and by the collapse of the real estates sector, the number of unemployed people growing with over 25% in 2009 and, according to the information given by The Ministry of Labour from this country (during the two mentioned years), almost doubling itself. The total reached the record number of 3.923 million persons at the end of December 2009. We underline that, only in 2008, a million employees lost their jobs and in 2009, 8 hundred and thousand persons.

The unemployment rate among the young people of not more than 25 years old, from the Euro zone and the 27 member countries of the EU, evolved on an ascendant scale from 16.2% in the two zones (Oct. 2008) to 20.6% in the Euro zone and 20.7% in EU – 27 (October 2009), which demonstrates how limited is the exercising of the right to work among the young generations.

The highest rates of the unemployment among the young people, from all the EU countries, were signaled in Spain (42.9%) and Latvia (33.6% in the third trimester from 2009)¹⁰. Almost 20% of the young people from Romania, of 25 years old, were unemployed people in August 2009.

The economic crisis damaged the labour market from Romania and lift up the unemployment rate to 7.8% (the end of December 2009), a level similar with that registered in March 2004, throwing the evolution of the unemployment with six years behind. We highlight the fact that in June and July 2008 was registered the minimal point regarding the unemployment rate in our country – 3.7% - because of the favorable economic situation. In November 2009, the unemployment rate was of 7.5% and the annual average grew to 6.3%. In the first semester of 2010 is estimated (by The Ministry of Labour) an increase to 8 – 8.5% of the unemployment rate that is supposed to be accompanied by a decrease of it to 7.3%, to the end of this year. At the end of January 2010, in Romania, over 700.000 budgetary people and 200.000 employees in the

⁸ Data taken from *Comunicatul de presă Eurostat*, no.1, (December 2009)

⁹ *Idem*

¹⁰ *Idem*

private sector were considered for the disponibilizations. It is estimated that the most “mass disponibilizations” will take place in the heavy industry (chemical, metallurgical), building industry (50.000 persons) or the light industry (textile and leather industry)¹¹.

In the absolute data, Romania had 709.383 unemployed people at the end of 2009, to which we add, in 2010, as we have already mentioned, the unemployed people from the budgetary institutions. We must notice the fact that, by this time, the unemployment affected especially the private economy, the statistic data revealing that 8 from 10 unemployed people come from the private area (578.280 persons, that is 81.5% from the total number of the unemployed people). From those over 700.000 unemployed persons in 2009, the highest unemployment rate was in Mehedinți district (14.1%), Vaslui (14%), Alba (12.6%), Teleorman (11.9%), Ialomița (11.6%) and Dolj districts. The lowest rates of unemployment were recorded in the Capital (2.3%), in Ilfov (2.4%) and also in Timiș (4.4%), Bihor (5.9%), Cluj and Constanța (6.3% each), Maramureș and Sălaj (6.5% each)¹².

In order to better understand the context of the crisis it is important to know the cost per hour of the labour force in Romania and EU. Thus, we evidence the fact that, in the 27 countries of the European Union, the average gain per hour was, in 2006, of 13.38 euro, while in Romania was of only 2.6% per hour, fact that evidences the impact of the gain over the standard of living for the most of the citizens from our country.

Although the world labour force market was generally characterized by a significant reduction of jobs and incomes, in world, were countries that, thanks to their economic activity and social life, needed foreign labour force. After a inquiry, made by the American company Manpower in 72.000 companies from 35 countries (including Romania), could be draw up an actual top of the most promising states as regarded from the possibility to find a job and, implicitly, the observation of the right to work and to a decent living of the citizens.

The results (communicated in the half of November 2009) attest that on the first place in India (that estimated a growth regarding the supply of jobs to 34%, especially for wholesales and retails), followed by Brazil (with a hiring potential of 22% in all the industry sectors and, especially, in services, where the offer was with 33% higher than until this time). On the next places we have Taiwan (with a new jobs potential of 17%, especially in transport), Singapore (with a demand of 14% on the labour market, especially for finances and insurances) and Colombia (a country that needed another 13% from the labour force to work, particularly in industry). Such opportunities can be valued by those used with the working immigration and who live near the mentioned countries. It is known, for example, that most of the Romanian working immigrants (over 2 millions) were hired in the last years in Italy and Spain and the new destinations from the Asian and South-American market can be attractive according to the importance of the possible gained income.

As a conclusion, we appreciate that the observing of the right to work is conditioned by the economic state of the society. When the socio-economic life is affected by major crises, the mentined right has some value only for a part of the members of a society, while most of the people who are apt to work find themselves in the impossibility to exercise and to benefit by the entitled results in the familial and material life. The actual world economic crisis had devastating effects on the economies of the under-developed and emerging states. The political management of the national crises evidenced that some states succeeded in stopping the recession and got out quicker from the crisis, while others are incapable to find immediate anti-crisis solutions or sources for the long-term straightening and financing. Therefore, the situation of the human rights concerning the right to work and to a decent living from a country is different comparatively with the situation of the citizens from other countries. The statistic analysis regarding the evolution of

¹¹ Bogdan Panțuru, *Cum să faci un milion de șomeri*, (Bucharest, in *Național*, 20th of January 2009), 3

¹² According to the data given by The National Agency for Employment, January 2009

the unemployment phenomenon in Europe and USA allowed us to have a concrete image on the degree in which was applied in the social life the right to work and others, closely related to it.

References:

- Bari, Ioan, (2003) **Probleme globale contemporane**, (Bucharest, Economic Publishing House, 2003)
- Baredit, Nicolas, *Piețele forței de muncă și politici sociale în Europa centrală și de est*, (Oxford U.P.,1994)
- Bădescu, I., **Despre criză în lumina teoriei succesiunii coexistente**, (Bucharest, Academiei Publishing House, 2008)
- Brown, L., **Probleme globale ale omenirii. Starea lumii**, (Bucharest, Editura Tehnică, 1992)
- Buneci, P; Masu, St.; Gheorghe V., **Criza, anticriză și noua ordine mondială**, (Bucharest, Solaris Print Publishing House, București, 2009)
- Dorneanu, V. *Introducere în dreptul muncii. Dreptul colectiv al muncii*, (Bucharest, Editura Fundației România de Măine, 2000)
- Ghimpu, S., Țiclea, A. *Dreptul muncii*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2000)
- Mărginean, I. *Studii de sociologie, calitatea vieții și politici sociale*, (Pitești, Editura Universității din Pitești, 2004)
- Nica, E, *Strategii și politici de ocupare a forței de muncă în România*, (Bucharest, Economica Publishing House, 2007)
- Norris, F, **Financial crises spread in Europe**, ("International Herald Tribune", October 6,2008)
- Preda, D, *Ocuparea forței de muncă și dezvoltarea durabilă*, (Bucharest, Economica Publishing House, 2006)
- Raboaca, Gh. *Piața muncii. Teorie și practică; Munca și progres social*, (Bucharest 1990),
- Reich, Robert B., *Munca națiunilor. Pregătindu-ne pentru capitalismul secolului XXI*, (Bucharest, PAIDEIA Publishing House, 1996)
- Wallerstein, I.,(2005) **Declinul puterii americane**, (Bucharest, Incitatus Publishing House, 2005)
- Zamfir, E., *Gender segregation in the labour market: root causes, implications and policy responses in Romania*. External report commissioned by and presented to the European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit G1 "Equality between woman and man" (2008)
- **Economic Crisis in Europe: Causes, Consequences and Responses**, European Commission, (Brussels, 2009)
- **The Global Economic Crisis: Systemic Failures and Multilateral**

COEXISTENCE, IN AN AUTONOMOUS WAY, OF THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS AND THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION

OANA-MIHALEA SALOMIA*

Abstract

The reasons which led to developing the Charter of fundamental rights of the European Union are numerous and they have a social, political or strategic character but, we consider that, this document, which meanwhile has become a treaty, the European Union, as subject of public international law, has filled a gap in its development, respectively the protection of the human rights.

The Charter of fundamental rights of the European Union was proclaimed at the European Council held at Nice on the 7 December 2000, was modified on 12 December 2007 at Strasbourg, and, today has gained the juridical value of a constitutive European treaty.

The way it has been conceived, the content of the Charter reflects the Union's desire for the autonomy of the juridical order.

The rights of the union citizens as set forth in the Charter make the difference from the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, though, on the whole, the dispositions in the Treaty are being reaffirmed, which is indicative of the Union's desire to assure and protect the fundamental rights in the process of economical integration. Moreover, there is a series of rights in the Charter, representing an added value, which cannot be found in the Convention but have been established as a result of the evolution which occurred in all domains.

The Charter clearly states the fact that it solely seeks to protect the fundamental rights of the individuals with regard to acts undertaken by the EU institutions and by the member states in applying of the Union treaties.

An element which completes the autonomy of the Charter is the one that, although it initially meant only a solemn proclamation of the fundamental rights, was invoked by the Court of Law of the Communities and by the Court of Strasbourg.

Key words: *coexistence, autonomy, courts, rights, modernity.*

Introduction

The dimension of protection of human rights, at community level, has gradually become important, and has developed in a parallel and complementary way, with the additional protocols of the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms.

The decision to draw up a charter of fundamental rights of the European Union was taken by the European Council from Köln held on 3-4 July 1999; at that time it was considered that the point the European Union had reached in its development, allowed the fundamental rights applicable at EU level, to be brought together in a charter, in order to make those right more visible in the context of extending the community competences through the Treaty of Maastricht and the Treaty of Amsterdam and the extension of the European Union, and to compensate for the community democratic deficit.

Charter of fundamental rights of the European Union was proclaimed by the European Union, the European Parliament and the Council of European Union at the European Council held at Nice on 7th December 2000, which is evidence of its important political value and it was modified on 12th December 2007 at Strasbourg.

The main objective of adopting the Charter was to establish the exceptional importance of the fundamental rights of the Union citizens and to consolidate its legitimacy, as well as to install a

* PhD Candidate, University "Nicolae Titulescu" of Bucharest, (oanas2002@yahoo.com)

more transparent system which can guarantee the juridical security for European citizens.

Although initially the Charter was meant to be a declaration, the Treaty of Lisbon, which followed the Treaty for instituting a Constitution for Europe which had integrated it in its body, is the one that conferred the Charter juridical value and openly stated the possibility that the European Union to adopt the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Under these circumstances it was considered, theoretically, that the European Convention constitutes for the community judge a material source, without being a formal source of community law and that a judge from Strasbourg can't, on principle, controls the conformity of the acts of the European Union institutions with the Convention's dispositions¹.

The reasons which led to the issuing of the Charter are multiple, they have a social, political or strategic character, but, we think that this document, which became a treaty in the meantime, enabled the European Union to cover the gap existing in its development that is the dimension of human right protection.

Charter of fundamental rights of the European Union represents "a catalogue of values contributing to a stronger identification of EU citizens with "their" Europe"² becoming in present a "Bill of Rights", mandatory for the institutions of the European Union, Member States and European citizens, who are, in the same time, the principal beneficiaries of their provisions.

CHAPTER I. The specifically community rights

The seven titles of the Charter of fundamental rights of the European Union, which render the Charter as a modern document, because it gives up the classical distinction between civil, political, economical and social rights, guarantee to protect the fundamental rights. Besides, the Preamble was considered, as far as doctrine is concerned, as a extremely complex combination of sources, provisions and grounds, in which the Court of Justice, Court of the first instance and the special courts the Treaty generically refers to, as well as the national courts, should find a ground for their interpretation of the Charter and the decisions they make.

The way it was drawn up, the content of the Charter reflects the desire felt by the European Union for autonomy of the legal order. The Charter reflects what is specific to the Community construction, and comprises civil and political rights, along with economical and social ones and rights for the European citizens,

The Charter brings a true added value, as it contains civil and political rights, along economical and social ones and encodes certain new rights.

Proclamation of the Charter marks acknowledging and enriching of the common legal heritage, in a global approach which allows two essential aspects to be solved/clarified:

the possibility of invoking the Charter open to everyone allows bypassing the problem of individual rights and freedoms reserved for Community nationals alone;

the end of the traditional yet contested distinction between civil and political rights/economic and social rights allows giving a fundamental value to the rights which, until then, had been perceived distinctly, and thus to approach them by referring to the fundamental values and not to the economic or political constraints.

The rights of the Union nationals affirmed in the Charter, make a difference from the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, although, on

¹ C. BARSAN, *De l'interférence vers une harmonisation de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et celle de la Cour de la Luxembourg concernant la protection des droits de l'homme. Le problème de l'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Université Paris I Panthéon – Sorbonne, Faculté de droit de l'Université de Bucarest, *L'Union Européenne entre réforme et élargissement-comparaison entre l'approche d'un Etat membre et la vision d'un Etat candidat*, (Ed. ALL BECK, București, 2003), 131.

² J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *The EU Charter of Fundamental Rights* in http://www.ecln.net/elements/conferences/book_athens/dutheil.pdf

the whole, the dispositions in the Treaty are being reaffirmed, which indicates once again the desire of the Union to assure and protect the fundamental rights in the process of economic integration.

The Charter stipulates, in Title V Citizens rights, the following rights provided to the citizens of the European Union, rights which cannot be found in the Convention, because of the inherent connection with the European citizenship which completes the national one, without replacing it:

Right to vote and to stand as a candidate at elections to the European Parliament,

Right to vote and to stand as a candidate at municipal elections/local in the member state in which the European citizen is,

Right of access to documents,

Right to refer to the European Ombudsman,

Right to petition the European Parliament,

Right to move and reside freely,

Right to protection by the diplomatic or consular authorities.

All these rights enhance the protection of the European citizens who are directly involved in the process of organizing and making the Union function, and guarantee legitimacy to its actions. The Charter does not stipulate anything, *mutatis mutandis*, in this respect in the relation between the citizens of Council of Europe Member States and its institutions and bodies and one of the main objectives of the Council of Europe is to consolidate democracy. Therefore, in the case the Union accesses to the Convention, and the European Court for human rights becomes the sole instance for human rights, the latter shall have to issue a statement on respecting these rights, which are deeply connected with the being part of the EU, which has its own legal instance with the competence to solve litigations regarding the application of community law that regulates the functioning of the Union.

Besides, the Court in Strasbourg, settled over a right guaranteed to a European citizen in the case regarding the European Parliament elections held in Gibraltar, but, in that case, it was invoked the fact that art. 3 from Protocol 1 of the Convention were violated. The Court stated that the rights under art. 3 of Protocol 1 are not absolute, therefore can be subject to some restrictions; the signatory states enjoy a wide margin of appreciation to settle the conditions for exercising the right to vote. The attributions of the European Court of human rights are to issue an opinion on the exigencies/restrictions imposed by Protocol 1, to make sure the conditions imposed by the state authorities do not diminish the substance of the right itself, do not reduce their effectiveness, follow a legitimate purpose and do not have a disproportionate character; in other words, these conditions should not thwart free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.

Moreover, the Court stated precisely that the choice of the electoral system by which the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature is ensured—proportional representation, the “first-past-the-post” system or some other arrangement, is a matter in which the states enjoy a wide margin of appreciation. However, in that case, the applicant, a resident of Gibraltar, was denied any opportunity to express her opinion in the choice of members of the European Parliament; the situation is not similar to that of persons who are unable to vote because they do not reside in the respective circumscription. In the case, the Court in Strasbourg was of the view that “the legislation which emanates from the European Community forms part of the legislation in Gibraltar”. In the circumstances of the present case, there had been a violation of the applicant's right to vote as guaranteed under Article 3 of Protocol No. 1³.

Still, under Title V Citizens rights there are guaranteed rights which are not inherent to the quality of European citizen, which means that third-country nationals can avail themselves of these rights and can invoke them, such as:

³ CEDH, *CASE OF MATTHEWS v. THE UNITED KINGDOM*, no. 24833/94, 18 February 1999

Every person has the right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions, bodies, offices and agencies of the Union.

Every person has the right to have the Union make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States.

Every person may write to the institutions of the Union in one of the languages of the Treaties and must have an answer in the same language.

The use of the phrase "every person" instead of "European citizen" in connection with other rights mentioned earlier, allows these rights to be invoked not only by member states citizens only, but by third country citizens as well, which renders the Charter a global dimension and makes it coexist along other international instruments on the matter of human rights.

Still, in art.24 of the new Treaty on the functioning of the European Union, which modifies and completes art. 21 of the Treaty establishing the European Community, it is stated that "Every citizen of the Union may write to any of the institutions, bodies, offices or agencies referred to in this Article ... and have an answer in the same language", and compared to it, the same right in the Charter is restrictive in certain respects and extended as far as its owner is concerned, respectively "every person"; the only condition the owner of this refers must fulfill is to write in one of the official languages of the European Union.

As regards making good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties to "every person", this right should be correlated with art.268 of the Treaty on the functioning of the European Union, the former art. 235 of the Treaty establishing the European Community, which states that "The Court of Justice shall have jurisdiction in disputes relating to compensation for damage provided for in the second paragraph of Article 288"; that indicates that the European Court of Justice has jurisdiction to hear and determine in cases in which third country citizens invoke making good the damages caused by the Union, for, as art. 268 of the Treaty is interpreted, the European Court of Justice is the only competent body to solve such actions, as the Charter of fundamental rights indirectly refers to the legislative procedure of the community and enhances its autonomy as compared to the protection mechanism established by the Council of Europe.

In conclusion, "the domain of application *ratione personae* is that of the Union's legislation and, as a consequence, it has a variable geometry"⁴, the beneficiary of the guaranteed rights being either European citizens or every person under the jurisdiction of a Member State.

Besides, the rights under Title V, which are modern and present day, draw their origins from the derived community legislations provisions or from the jurisprudence of the European Communities Court of Justice (*right to good administration* is considered by the doctrine to be the only new thing the Charter brought) and are not mentioned *tale quale* in the Convention, because of their/this community origin.

As we have mentioned before, the Charter includes a series of rights representing an added value, which cannot be found in the Charter and have been established as a result of the evolutions that occurred in all domains, some of which having already been stated by jurisprudence.

There are classical rights which do not appear in the Convention (right to asylum, the rights of the child, equal rights, which result from domestic constitutional practices), as well as "modern" rights which have arisen as a result of the technological, social and environment changes (security and social assistance, environment protection, access to services of general interest, consumer protection, access to services of general economic interest).

Special attention should be paid to art. 3 regarding the right to the integrity of the person, paragraph 2 sets out the rules to be respected in the fields of medicine and biology, such as prohibition of eugenic practices, the prohibition on making the human body and its parts as such a

⁴ F. SUDRE, *Drept european și internațional al drepturilor omului*, Ed. POLIROM, București, 2006, p. 127

source of financial gain, the prohibition of the reproductive cloning of human beings, current issues which made the object of jurisprudence of the European Court of human rights or the Council of Europe Human Rights and Biomedicine Convention.

Thus, Title I Dignity in the Charter borrows the dispositions of the Convention (art. 2 - right to life, art. 3 - prohibition of torture, art. 4 prohibition of slavery and forced labor, art. 8 - respect for private and family life), and those of the Universal Declaration of human rights, just as Title II Liberties borrows art. 5 - right to liberty and security, art. 9 - Freedom of thought, conscience and religion, art. 10 - Freedom of expression.

In the economic and social field, one should keep in mind the important part attributed to *the consumer and the environment*, „in spite of the fact that the way it is put resembles to a certain extent that in art.153 and art. 174 of the European Community Treaty”⁵ mention should also be made of the freedom to take up an economic activity in the context of promoting, at European level, the entrepreneurial spirit, at both educational and professional level.

The Charter includes a number of positive discrimination which cannot be found in the Convention, discriminations which take into consideration the European socio-economic context: the rights of the child, the rights of the elderly, integration of persons with disabilities, as well as new rights included in Title IV SOLIDARITY which promotes cultural, religious and linguistic diversity. They result from the provisions of the Community Treaties and derived Community law or other international juridical acts on human rights.

Social rights, which appear indirectly in the European Convention of human rights, derive from the European social charter or the Community Charter of the Fundamental Social Rights for Workers; their importance lie in the fact that these social rights are included in a single instrument which contains civil and political rights as well, a fact which enhances the undivided character of the human rights, a benefic thing for the protection of rights of the next generation.

The rights set out in Title VI JUSTICE are similar to those in the Convention (art. 6 - Right to a fair trial, art. 7 – no punishment without law, art. 13 – right to an effective remedy, art. 17 – prohibition of abuse of right, art. 4 - right not to be tried or punished twice from Protocol no. 7), which is indicative of the correspondence between the two fundamental acts.

Therefore, according to some opinions, ”the content of the Charter is not revolutionary, as most of the rights stipulated in it are a restatement of the rights established by other texts”⁶; still, several new rights whose conceptual value is more important than their number can also be found.

Moreover, it has been said that the ambition of the Charter is not to create new rights but to make visible and known what remained until then unnoticed by the European citizens; thus, the Charter uses short sentences and a style as simple as possible in order to promote the acceptance of the new values by EU’s citizens and the latter’s identification with those values⁷.

As mentioned before, the Charter consolidates all personal rights in a single text, implementing the principle of the indivisibility of fundamental rights. More importantly, this document aims to respond to problems arising from current and future developments in information technology or genetics engineering by establishing rights such as personal data protection or rights in connection with bioethics.

At the same time, the Charter responds to the legitimate demand for transparency and impartiality in the functioning of the Community administration, incorporating the right of access to the Community’s administrative documents and the right to good administration. Furthermore, beyond the aim of a better transparency and to strengthen respect for the rule of law, the objective

⁵ L. BURGORGUE-LARSEN, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne racontée au citoyen européen*, Revue des affaires européennes, R.AE.-L.E.A., 2000, p. 402

⁶ F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l’homme*, 2e édition, L.G.D.J, Paris, 2001, p. 380

⁷ J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *The EU Charter of Fundamental Rights* in http://www.ecln.net/elements/conferences/book_atheens/dutheil.pdf

of this Charter is to underline the Europeans' sense of belonging to a unity⁸, in the context in which the Europeans are guaranteed specific rights.

Therefore, we can say that this international juridical instrument brings together in a single normative text all of the fundamental rights that can be found in Community treaties, common constitutional principles of the member states, the European Convention of human rights and the social coalitions of the Council of Europe and other international instruments on the matter. It is definitely stated that its aim is to protect only the fundamental personal rights as regards the activities carried out by EU institutions and the member states in applying the treaties of the Union.

CHAPTER II The invocation of the European Charter by the European human rights judge

Another element which completes the autonomy of the Charter is the one that, although being only a solemn proclamation of the fundamental rights, it was invoked by the Community Court of Justice and by the Court of Strasbourg itself.

In this respect, it should be mentioned, as essential elements in the evolution of the Charter in gaining a compulsory character, the conclusions of the general attorney in a Luxembourg Courts case-law "the Charter is not legally binding, but it is worthwhile referring to it given that it constitutes the expression, at the highest level, of a democratically established political consensus on what must today be considered as the catalogue of fundamental rights guaranteed by the Community legal order"⁹.

As a matter of fact, the community judge himself referred, in case C-275/06, to the Charter when he underlined "the necessity to find a balance between different fundamental rights protected by the Community juridical order"¹⁰. In the case, the referring Court makes mention of art.17 and art.47 (right to a fair trial) in the Charter that guarantees the right to own, particularly the right to intellectual property, and the right to an effective remedy. As a consequence, the Community judge stated that the directives mentioned do not force the member states to foresee in cases similar to the one deduced by trial, the obligation to disclose personal data in order to protect author rights in civil proceedings. Transposing EU directives compels the authorities and the instances of the member states not only to interpret their national law in accordance with the mentioned directives, but also not to interpret them in way which might conflict with the respective fundamental rights or with other respective fundamental rights of the Community general law, such as the principle of proportionality.

On the other hand, the Court in Strasbourg is the competent authority in matters of human rights enshrined in the European Convention for human rights and fundamental freedoms and in additional protocols, its interpretations being made in the light of the social and economic evolution and the changes at European level.

It can be noticed that the tendency of the jurisprudence of the Court in Strasbourg to admit that the margin of appreciation allowed to contracting parties is, as a rule, wide, as regards the positive obligations. Thus, for example, the Court has always refused to consider a discrimination differences in treatment in the matter of expelling between EU citizens and tertiary state citizens, arguing that "As for the preferential treatment given to nationals of the other member States of the Communities, there is objective and reasonable justification for it as Belgium belongs, together

⁸ R.M BEȘTELIU, C. BRUMAR, *Protecția internațională a drepturilor omului*, Note de curs, Ed a IV-a revizuită, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p 88

⁹ CJCE, *Booker Aquacultur Ltd și Hydro Seafood GSP Ltd împotriva The Scottish Ministers*, Joined Cases C-20/00 and C-64/00, 10 April 2003, Opinion of advocate general Mischo, 20 September 2001

¹⁰ CJCE, *Productores de Música de España (Promusicae) împotriva Telefónica de España SAU*, case C-275/06, 29 January 2008

with those States, to a special legal order”¹¹. In the case, Mr. M.C., a Moroccan national, who considers himself to be a victim of discrimination on the ground of nationality, the Court in Strasbourg stated that, not taking into account art.14 (prohibition of discrimination) and art.8 (respect for private and family life) of the Convention¹². According to the judge in Strasbourg Court, such a preferential treatment is based “on to a special legal order”¹³.

The European court of human rights admitted clearly the special legal order, which established its own citizenship. The judges from Strasbourg takes into account the special character of the community juridical system as well.

When it had to make a statement on a potential conflict between a community rule - Directive 65/65/EEC on the approximation of provisions laid down by law, regulation or administrative action relating to medicinal products and a disposition of the Convention, the European court of human rights censured implicitly the community directive, rejecting the argument brought by the French government who was hinting at this “community exception”¹⁴.

The Court in Strasbourg quoted from the Charter of fundamental rights¹⁵, mentioning that art. 9 – Right to marry and found a family from the Charter of fundamental rights deliberately departs from the wording of art. 12- right to marry from the Convention, in removing the reference to man and woman, a reference which underlines the importance of the Charter in relation with the unique system of human rights established by the Council of Europe, but it also indicates that the provisions of the Charter or other conventions of the Council of Europe, the evolution of the society, the changes in the personal life of the individual, as well as certain national laws which allow same sex partners to start a family.

This characteristic of the Charter, to be drawn taking into account all the realities of the present day society, is underlined in a dissenting opinion uttered in a case deduced by trial of the European court of human rights. Thus, it is pointed that, at EU level, one should invoke art 18 of the Charter of fundamental rights which guarantees the right to asylum to refugees with due respect for the rules of the Geneva Convention, which relates to this matter, as well as Directive 2005/85/EC on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status, holding that “a person cannot be put under arrest because s/he applies for asylum”. In judges’ opinion, that is a minimum guarantee which completes the provisions of Directive 2003/9/EC on minimum standards for the reception of asylum seekers in Member State. At Council of Europe level mention is made of the Recommendation (2003) of the Committee of Ministers on measures of detention of asylum seekers.

Keeping in mind all these norms, the judges of the European Court human rights who expressed a dissenting opinion hold that it should be known that if, at present, the Convention are we now also to accept that Article 5 of the Convention, which has played a major role in ensuring controls of arbitrary detention, should afford a lower level of protection as regards asylum and immigration which, in social and human terms, are the most crucial issues facing us in the years to come? Is it a crime to be a foreigner? We do not think so”¹⁶. Therefore, the judges from Strasbourg, when referring to the relevant community law on the matter of asylum and the similar norms of the Council of Europe, seem, in our opinion, to underline that unlike the norms in the

¹¹ CEDH, *CASE OF MOUSTAQUIM v. BELGIUM*, no. 12313/86, 18 February 1991

¹² CEDH, *CASE OF MOUSTAQUIM v. BELGIUM*, no. 12313/86, 18 February 1991. Mr Moustaquim claimed to be the victim of discrimination on the ground of nationality, contrary to Article 14 taken together with Article 8 (art. 14+8), vis-à-vis juvenile delinquents of two categories: those who possessed Belgian nationality, since they could not be deported; and those who were citizens of another member State of the European Communities, as a criminal conviction was not sufficient to render them liable to deportation.

¹³ CEDH, *CASE OF MOUSTAQUIM v. BELGIUM*, no. 12313/86, 18 February 1991

¹⁴ CEDH, *CASE OF CANTONI V. FRANCE*, no. 45/1995/551/637, 15 November 1996

¹⁵ CEDH, *CHRISTINE GOODWIN v. THE UNITED KINGDOM*, no. 28957/95, 7 July 2002

¹⁶ CEDH, *CHRISTINE GOODWIN v. THE UNITED KINGDOM*, no. 28957/95, 7 July 2002

European Union law and those in the Charter of fundamental rights, the dispositions of the European Convention of human rights do not harmonies with the evolution of the society, the social and political phenomena that are occurring on the European continent.

A dissenting judge from the European Court of human rights refers to the provisions of the Fundamental Charter, to the fact that they are new and that they make agree to the progress of society and, implicitly, to their autonomy; thus, holding that "Article 2 applies to human beings even before they are born, an interpretation which seems to me to be consistent with the approach of the Charter of Fundamental Rights of the European Union"¹⁷, which raises for discussion, in a fully innovative way, the interpretation of a norm of the European Convention of human rights through a provision in the European Union Charter.

The same role of being a source for human rights, although not clearly defined, the Charter intended to have, is pointed at in a recent case¹⁸, in which international juridical instruments are being enumerated which consecrate, in one form or another, the principle of *non bis in idem*: art. 4 of Protocol 7 of the European Convention on human rights, art 147 of 14.7 of the International Covenant on Civil and Political Rights adopted by the United Nations and art. 50 of the European Charter on fundamental rights use the phrasing "same offence", the American Convention on human rights mentions the "same cause", The Convention Implementing the Schengen Agreement uses the phrasing "same acts" and the International Criminal Court makes use of the phrasing "same conduct".

Still, as it has been held in the doctrine, the Charter does not compete with the Convention; it should only fill the existing void, represented by the verification of Community acts on human rights"¹⁹.

Conclusion

The role of the Charter among other international juridical instruments on human rights protection is highlighted, in a very recent court-case, by the Court in Strasbourg, which incorporates it among the "external sources of the Convention", a phrasing which obviously establishes, in our opinion, the autonomous position of the Charter in connection with the European Convention of human rights, and allows the specialized judge from the Council of Europe to admit or recognize the existence of other sources on protection of human rights; in other words, a new formula is being consecrated to favor a well defined status of the Charter.

"The introduction of a Charter of Fundamental Rights for the European Union marked the fulfillment of a long-standing demand posed by national constitutional courts, governments, institutions of the European Union—especially the European Parliament—and most European legal scholars since the early 1960s"²⁰.

Thus, respecting the fundamental rights at European level will take into account not only exogenous sources on the matter, but also an internal source, with a compulsory character, which has an autonomous state in connection with these international law sources on protection of human rights.

As a consequence, the autonomy of the Fundamental Charter is highlighted by its content, by the established and guaranteed rights, and by the case-law of the European Court of human rights which had invoked the Charter before it became compulsory at European/community level, and placed it among international legislation on human rights; for all that the same specialized European instance, and a part of the doctrine, place the Charter on a position which diminishes its autonomy.

¹⁷ CEDH, *CASE OF VO v. FRANCE*, no. 53924/00, 8 July 2004

¹⁸ CEDH, *CASE OF SERGEY ZOLOTUKHIN v. RUSSIA*, no. 14939/03, 10 February 2009

¹⁹ J.-F. RENUCCI, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 730.

²⁰ Th. von DANWITZ, *The EU Charter of Fundamental Rights*, *Transatlantic Internationale Politik*, 2/2001, in

References

- Beșteliu, Raluca Miga, *Drept internațional public*, vol. II, (București, Ed. C.H. Beck, 2008)
- Beșteliu, Raluca Miga, Brumar Catrinel, *Protecția internațională a drepturilor omului, Note de curs, Ed a IV-a revizuită*, (București, Ed. Universul Juridic, 2008)
- Fuerea, Augustin, *Drept comunitar european. Partea generală*, (București, Ed. All Beck, 2003)
- Renucci, Jean François, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, (București, Ed. Hamangiu, 2009)
- Renucci, Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme*, 2e edition, (Paris, L.G.D.J, 2001)
- SUDRE, Frédéric, *Drept european și internațional al drepturilor omului*, (București, Ed. Polirom, 2006)
- Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Protection Human Rights: The European Perspective, Ed. Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, Bonn, München, 2000
- Burgorgue-Larsen, Laurence, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne racontée au citoyen européen*, Revue des affaires européennes, R.AE.-L.E.A., 2000
- Corneliu Bârsan, *De l'interférence vers une harmonisation de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et celle de la Cour de la Luxembourg concernant la protection des droits de l'homme. Le problème de l'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Université Paris I Panthéon –Sorbonne, Faculté de droit de l'Université de Bucarest, *L'Union Européenne entre réforme et élargissement-comparaison entre l'approche d'un Etat membre et la vision d'un Etat candidat*, (București, Ed. All Beck, 2003)
- Beatrice Andreșan Grigoriu, Tudorel Ștefan, *Tratatele Uniunii Europene, Versiune consolidată*, (București, Ed. Hamangiu, 2007)
- Vincent Berger, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, Ed a 6-a în limba română*, (București, Institutul Român pentru Drepturile Omului, 2008)
- Irina Moroianu Zlătescu, Radu C. Demetrescu, *Drepturile omului. Mecanisme și instituții specializate ale Națiunilor Unite*, (București, Institutul Român pentru Drepturile Omului, 2002)
- *Principalele instrumente internaționale privind drepturile omului la care România este parte, Volumul I Instrumente universale*, (București, Institutul Român pentru Drepturile Omului, 2002)
- *Principalele instrumente internaționale privind drepturile omului la care România este parte, Volumul II Instrumente regionale*, (București, Institutul Român pentru Drepturile Omului, 2002)
- www.europa.eu
- www.coe.int
- www.unige.ch
- www.curia.eu
- www.ridi.org
- www.droits-fondamentaux.org
- www.infoeuropa.ro
- www.just.ro
- www.irido.ro
- www.arena.uio.no
- www.openeurope.org.uk
- www.ecln.net
- <http://www.ip-global.org/>

THE LAW – AN ESSENTIAL PART OF THE SOCIAL LIFE

IULIA BOGHIRNEA*
OLIVIAN MASTACAN*

Abstract

The law settles the most important areas of the social life but, with all this, it does not succeed (nor does it follows) to norm the entire area of social behaviors. It exists only in society; the legal phenomena are social phenomena. All the legal phenomena give birth to the social legal system, not being able to survive in an isolated state.

The law is not harsh, evolving with the changes in that particular society, being in a constant interdependence.

Key words: *the social feature of law, the finality of law, social security, state and citizens' relationships, system of law.*

1. Introduction

The relation between individual and society is an active relation. The social relations and the individual's activities generate the human society, just like a "whole articulated with all elements of the movement and interaction", causing the whole evolutionary process to be an evolutionary one¹.

Within the social system, *the individual is key element* and within the area of the legal regulations, the human factor is a configuring factor because people are the recipients of the right configuration and "nothing social can escape the law". The science of law formulates the general principles, based on which the law structures an adequate mechanism of influencing the human's behavior, based on some requirements of values². It analyzes the area of the social relations to which individuals participate as carriers of legal rights and obligations, with all the legal consequences.

The increasingly sharp diversification of the social relations requires the creation of these new branches of law (medical law, sports law, computer law, the lawyers' law, notary law, etc.) to reflect under legal aspect the conduct of these relations. But the "atomization" trend of these branches of law can become harmful because there is the danger of losing sight of the character of generality of law, giving priority to the most comprehensive regulation of the relations. Under these conditions may appear very different concrete situations to escape detailed regulations so we can find in the "non-right hypothesis"³ on which almost a century ago Jean Carbonnier talked about⁴. He considers that "the law can only exist in society", and, as a consequence, "the legal

* Lecturer, Ph.D., The Faculty of Juridical and Administrative Science, The University of Pitești (iuliaboghirnea@yahoo.com)

* Lecturer, Ph.D., The Faculty of Judicial, Administrative and Social Sciences, Valahia University of Targoviste

(ghili_m@yahoo.com)

¹ Vasile Popa, Ion Dragan and Lucian Lepadat, *Psiho-sociologie juridică* (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 1999), 50.

² Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, 3rd Edition (Bucharest, C.H Beck Publishing House, 2008), 4.

³ Meaning that the "absence of law in a number of human relations where law had had the theoretical vocation to be present"; see Jean Carbonnier, *Sociologia franceză contemporană* – anthology written by Ion Aluas and Ion Dragan (Bucharest, Political Publishing house, 1971), 741.

⁴ (Aluas and Dragan, 1971, 741 and following).

phenomena (...) are social phenomena”⁵, which together give birth to the society’s legal system, not existing in an isolated state⁶. The legal phenomena can be born and can manifest only on the territory of this legal system⁷.

The legal analysis over society emphasizes the fact that all legal phenomena are social phenomena⁸. The legal reality is a sociological phenomenon, and all these phenomena, in all their connection, are the society, the product of a slow historical evolution⁹. The law is not immutable; it evolves with the changes in that society, being in a constant interdependence.

On the other hand, opposite to the affirmations of the positive law’s school, who believed that through reason can be created universal laws for all times and places, there are not general laws applicable everywhere, without the concrete observance of the new born situations in each society.

2. The social feature of law

The Romans used to say that “if there is a society, law will be there” (*ubi societas ibi ius*), believing in the eternity of law, but they did not believe in the vice versa of this quotation saying that “if there’s law, there is a society” (*ubi ius ibi societas*).

The conception of the natural law’s school starts from the Aristotelian one, according to which the individual is a *zoon politikon* (social animal). From the instinctive need to live in a society, emerges the need to establish legal standards (on their basis being that *appetitus societas*). Hugo Grotius (1583-645) is the representative of the Natural Law School and believes the natural law as being the totality of the principles dictated by the reason for the satisfaction of the human’s natural tendency towards a social life. Thus, it is not enough the individual’s “social appetite” because is also necessary the reason, which dictates principles (fundamental precepts). Grotius stated that the *origin of law* is the human nature characterized by the sociability instinct and the reason. Grotius explains this *instinct for sociability*, showing that “we are driven by our nature to seek others even when we do not need anything”. This *need for other, for life in a community with them* is, in Grotius vision, *the deepest base of law*. In this regard, the law would be worthless for a man living on an isolated island.

The law arisen from the social nature of individuals is then perfected by reason, different from the *ratio recta*, which allows us to know if an action or an omission from our behavior corresponds or contravenes to the life in a society, namely if it agrees or disagrees our social and reasonable nature. Starting from such premises, Grotius reaches the simple and surprising idea that *the mother of law is the society, and its grandmother is the nature*¹⁰. Thus, Grotius believed that the natural law is so fixed and immutable, that not even God can change it, namely He cannot make something that by its nature is so correct to be, formed by principles valid for all peoples or, at least, for all “well led” peoples¹¹.

To clear the idea of the immutability of the natural law, Grotius emphasizes that what is changeable and creates difficulties or is deceiving are not the legal standards, but the facts to which they are applicable to: “if, for instance, the creditor forgives the debts, the person is not held to pay, but not because the positive law would have stopped to state that the debts must be paid,

⁵ Legal phenomena interact with the political, economical, religious, ethical etc phenomena.

⁶ Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, (Paris: Press Universitaires de France Publishing House, 1978), 16.

⁷ (Carbonnier, 1978, 204).

⁸ Nicolae Popa, Ioan Mihaiescu and Mihai-Constantin Eremia, *Sociologie juridică*, (Bucharest: University of Bucharest Publishing house, 2000), 3.

⁹ Mircea Djuvara, *Teoria generală a dreptului. Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, (Bucharest: All Publishing house, 1999), 298.

¹⁰ Liliana Ciubuc, *Drepturile omului: Aspecte juridico-filosofice*, (PhD thesis, University of Chișinău, 2006), 21-22.

¹¹ Grotius Hugo. *Despre drepturile războiului și al păcii*, 1st Volume. (Bucharest, Scientific Publishing house, 1968)

but because the person no longer owes what owed". The mutual promise, based on the natural law, is the base of the mandatory force, of the state's power of coercion. By the promise, each person bounds herself and creates rights for others. In the light of these statements, Grotius showed that the principles (precepts or requirements) of the positive law are: *aliendi abstinentia* (respect to what belongs to another); *promissorum implendorum obligatio* (respect the engagements); *damni culpa dati reparatio* (reparation of the damages caused to another); *poenae inter hominis meritum* (fair punishment). In the conception of Hugo Grotius, these were the principles and *the basis on which the natural law is built*, as an eternal immutable law different from the positive law which is a voluntary law, imperfect, changeable.

The French Revolution's legislators, powerful driven by the ideas of the natural law, had the opinion that "there is a universal, immutable law, a source of all positive laws; it is only the natural reason because it governs all individuals"¹². In the conception of the natural law's current, the human rights result from his rational quality, the human essence lies in his individuality and the human being reaches its destination because it behaves as a carrier of reason. These ideas come back in the moment in which the emancipation of the individual and his opportunities of affirming his dignity and personality are in danger.

Dimitrie Gusti, the founder of the monographic school in Bucharest, believes that the law has an «eminently social nature», «springing only in society»¹³. Outside the society the law is meaningless, because it develops only inside it. Dimitrie Gusti warned that if the law does not crystallizes the legal experience for centuries of each nation and the essential rules of ethics, which are found dispersed in the behaviors of each people, appears the phenomena of differentiating between the written laws and the «vivid law» of customs¹⁴, namely that law requested by life and manifested «against the law subjected arbitrarily»¹⁵.

The social feature of law results, as showed above, also from its historical evolution, from the fact that it has changed once with the society, from the way of manifestation in relation to ethics and politics, as well as from "the coat" of the vivid law which he receives in the social reality's area.

3. The finality of the law – order, balance and social security

Having an eminently social nature, the law is the main way of organizing the society (*ubi ius ibi societas*) with the purpose of coordinating the behavior, by legal standards, mandatory and by which the "absolute" right of manifestation is limited. Thus, the law settles the most important areas of the social life but, with all this, it does not succeeds (nor does it follows to) to settle the entire area of the social behaviors. Religion, ethics, technique etc contain, in their turn, rules that complete the area of the individual's social relation regulators. Generally, all types of human activity are subjected, in a way or another, to the action of social setting, in the meaning that it cannot unfold unorganized, without subjecting themselves to some purposes or criteria that found their prediction in a system of principles and norms¹⁶.

¹² (N Popa, op cit. 2008), 32

¹³ Dimitrie Gusti and Traian Herseni, *Elemente de sociologie cu aplicări la cunoașterea țării și neamului nostru*, 8th reviewed Edition, (Cartea Românească Publishing house, 1943), 225-226.

¹⁴ Dimitrie Gusti believed that this "vivid law is known as custom law or the custom of the land", referring, mainly, to the idea promoted by the free law school (H. Kircmann, H. Kantorowicz, E. Ehrlich) according to which, besides the law of the state there is a "free law", independent from the state and superior to the state's law. The Austrian Eugen Ehrlich, professor of Roman law at the University of Cernăuți was the one who placed the bases of the theory and method of the "vivid law", finding, in the monographs realized in several Romanian villages, different aspects regarding "the local legal customs still enforced" in those times.

¹⁵ Dimitrie Gusti, *Cercetări parțiale și cercetări integrale sociale în Opere vol. I*, (Bucharest, Scientific Publishing house, 1968), 500-501.

¹⁶ Nicolae Popa, *Prelegeri de sociologie juridică*, (Bucharest, Topography of the University of Bucharest, 1983), 101.

Social life assumes norms, with the role of forces organizing the human interaction. As it is known, the law is the ensemble of norms established and sanctioned by the state in the well-determined social and economic conditions and by its nature is “an instrument to regulate, to limit the unlimited force”. Standardizing the behavior is, therefore, the basic element for a social action.

Law is an observance science before all and based on concrete observations it bases its all development¹⁷. From all these observations, by induction (passing from particular to general), are born the necessary laws to satisfy the society’s needs. “They seem to us, says Mircea Djuvara, so obvious, that we might believe that they are built by reason, when, really being the result of a long evolution and of a deeper continuous observation of the facts”. In other words, “the law starts from the facts, from particular cases, from the observance of the social relation; to imagine the law outside the observance of the social relations is absurd”¹⁸.

The many social relations that are born between individuals have, besides their part of ascertain, a “legal aspect of appreciation”. Mircea Djuvara considers that “there is not an establishment of a social relation that would not have a parallel correspondent in law (...). But this relation cannot have sense, nor can exist, without the fact to which it is applicable to (...). The conscience of concrete facts is, thus, the base of law”¹⁹. Even more, in the case in which, the *de facto situation*, does no longer fits in the area of the enforced legislation and becomes conflicts to it, the needs of society determine the laws to change (i.e.: the Roman civil legislation has changed on the Praetorian way because of the social needs and the new circumstances).

Law must never estrange from “the content of the social life, the economical and spiritual manifestations”²⁰ of a society because, otherwise, all the laws created by the legislator will be artificial constructions, incapable of reaching their expected purpose and, in this regard, Dimitrie Gusti wrote: “uselessly are created the most perfect laws from the Earth if it is not strengthened the economic and cultural base of the social and national life”²¹.

The positive law, which is a law effectively applied²², is based on individual concrete legal relations. “From these relations, says Mircea Djuvara, are emitted, slow by slow, general laws, that passing through the nebulous prism of the collective conscience of that particular society, it tries to then crystallize itself in the positive law, because without these precisions it would become inapplicable”²³.

The legal standards and the other social norms coexist, thus the features of the first category are met, in a way or another, in the separate analysis of each social norm. “The legal standard is the basic cell of law, is the elementary legal system”, states Prof Nicolae Popa, so that the law cannot exist and cannot be explained outside its normative reality²⁴. The legislator, thus, creates an

¹⁷ Mircea Djuvara offers the example of the 1866 Romanian Constitution, which was “almost all” copied from the Belgian Constitution, which does not assume the fact that the Romanian constitutional law to be totally different from the Belgian constitutional law. “Those who state that the great principles, parliamentary, democracy, can apply almost identical, to all peoples, do not understand the meaning of the law. They make the same mistake, also made by the authors of the natural law school, stating that the same institution can be rationally regulated for all peoples, whatever the factual circumstances are”. (Djuvara, 1999), 288-289

¹⁸ (Djuvara, 1999), 287.

¹⁹ (Djuvara, 1999), 288

²⁰ (Gusti, 1968), 500

²¹ Dimitrie Gusti, *Realitate, știință și reformă socială. Câteva lămuriri*, în *Opere*, 3rd Volume, (Bucharest, Scientific Publishing house, 1970), 212.

²² The positive law is the law laid down by different sources: written legislation, custom (legal custom), case law, administrative practice and those who get to be applied. See Albert Brimo, *Les grandes courants de la philosophie du droit et 'Etat*, (Paris: Pedone Publishing house, 1978), 272. (See also Djuvara, 1999), 304. Any society has its own law, positive, which “is determined by the phenomena that it precedes”. The positive law is a given fact of the experience, says Georgio del Vecchio in *Lecții de filosofie juridică*, (Buchares, Europa Nova Publishing house, 1993), 343.

²³ (Djuvara, 1999), 294

²⁴ (N.Popa, 2008), 11.

“etalon” of a possible behavior of the subjects of law participating to the social relations which are found in the content of each legal standard.

An American paper shows that “the law is one of the most deep concerns of the individual’s civilization, because it offers protection against tyranny and anarchy, it is one of the main instruments of society for preserving freedom and order against the arbitrary intrusion with the individual interests...”²⁵. Vilfredo Pareto, a well-known Italian sociologist at the beginning of the XXth century, showed that: “order is a problem of the social inclusion, the society being impossible without a certain order and discipline because the necessity for sociability and that for discipline are interconnected”²⁶.

The legal relations that are born based on the legal standards form the legal order, as a component part, and the “nucleus” of the social order because it insures it the social balance, the guarantee for achieving the individual’s essential rights and for the correct function of the institutions, in the conditions in which in society are present numerous opposite interests. Hence, the legal norms are the way of achieving the ideal of justice in accordance with the social will expressed in the content of its provisions²⁷.

In a society cannot exist two or more legal orders opposable one to another. Therefore, there is a single legal order in a society, Mircea Djuvara stating that “two distinct orders, independent, cannot be simultaneous valid for the same persons, the same territory, in the same given time”²⁸. The same situation must be valid also for the international relations between the states. Being about more national legal orders, each state will tend to subordinate the other one. But the relations between states are possible only in the conditions of a single legal order, the international one, which a superior legal order²⁹.

The rule of law reflects the coexistence of two distinct social entities, inextricably linked (the state and law), of their mutual relations, manifested as relations between the power and norms, the first with the trend of domination and obedience, and the other one with the trend of kneading and ordination. From here it results that the issue of legitimacy of the state’s authority with the power to legal regulate is not limited only to its preexistent legal status, but besides it, it pretends some political, and even sociological aspects.

The existence and efficiency of law imposes its eligibility, namely the use of the coercion force, i.e. calling also to the society. It is, as well as “the way in which the state manages to achieve through coercion, the organization of the conditions to live in a society” (Rudolf von Jhering)³⁰ being the pattern of conduct imposed to the individuals in the state’s society, whose infringement or violation “entails a collective reaction from the society” (Léon Duguit) and which includes “the ensemble of precepts of conduct” to insure the order and justice in a society (André Hauriou).

²⁵ Harold Joseph Berman, “The Historical Background of American Law”, *Talks on American Law* (edited by Harold Berman), (New York, 1970), 3.

²⁶ Vilfredo Pareto, *Traité de sociologie générale*, (Paris, Payot Publishing house, 1917), 589.

²⁷ Iulia Boghirnea, *The Creation Of The General Legal Norm* (paper presented at the international conference “Domestic legislation and the European Convention on Human Rights”, Faculty of Law and Social Sciences, 1 Decembrie 1918 (University of Alba Iulia, Romania, November 20-21, 2008, published in the *Analele Universitatii Apulensis*, series *Jurisprudentia* No.11/2008, 28-36).

²⁸ Mircea Djuvara, *Drept și sociologie* (in the *Arhiva pentru știință și reformă socială*, 1936), 790.

²⁹ Thus, in the context in which the international community is facing new more and more diverse issues and interests, we assist to the creation of an international legal order able to manage the contemporary realities.

³⁰ Constraint, in his opinion, is the key element of law, as well as the state is endowed with power, it may achieve through force the pursued purposes. The constraint-power, sustained by Jhering lead him to the idea that “the state is the only source of law”, similar to the idea of several positivists. See in this regard, Nicolae Popa, Ion Dogaru, Gheorghe Danisor and Dan-Claudiu Danisor, *Filosofia dreptului. Marile curente*, (Bucharest, All Publishing house, 2002), 365-366.

Hence, the legal standards are the representation of the society's "airs" and "exigencies" towards the behavior of its members in certain categories of social relations, norms that have the role to protect it effectively through their legal commandment, and by their eligibility feature have the force to prevent and combat the deviant behavior. It derives from the society's need to achieve a goal flown from the very reason of its existence: order, harmony and social security.

1. Conclusions

The national legal system includes by the normative or legislative component also the numerous social relations which by interacting with the law become legal relations and slowly will suffer the influences of the post-modernity with the effective integration of our country in the European structures³¹. This requires a civil society conscious of its rights and purposes, a new type of litigant who will better know his legal rights and obligations, a new type of approach the relations between state and individuals in which the latter one will be considered an equal and a partner of the state in the legal relations, not its adversary or opponent³².

In the future, is needed that the legal sociology works to be applied with a greater interest over these matters.

References:

- Berman, Harold Joseph. "The Historical Background of American Law", *Talks on American Law* (edited by Harold Berman), (New York, 1970)
- Boghirnea, Iulia. *The Creation Of The General Legal Norm* (paper presented at the international conference "Domestic legislation and the European Convention on Human Rights", Faculty of Law and Social Sciences, 1 Decembrie 1918 (University of Alba Iulia, Romania, November 20-21, 2008, published in the *Analele Universitatis Apulensis*, series *Jurisprudentia* No.11/2008)
- Brimo, Albert. *Les grandes courants de la philosophie du droit et 'Etat*, (Paris, Pedone Publishing house, 1978)
- Carbonnier, Jean. *Sociologie juridique*, (Paris, Press Universitaires de France Publishing House, 1978).
- Carbonnier, Jean. *Sociologia franceză contemporană* – anthology written by Aluas, Ion and Ion Dragan, (Bucharest, Political Publishing house, 1971)
- Ciubuc, Liliana. *Drepturile omului: Aspecte juridico-filosofice*, (PhD thesis, University of Chişinău, 2006)
- Djuvara, Mircea. *Drept și sociologie* (in the *Arhiva pentru știință și reformă socială*, 1936)
- Djuvara, Mircea. *Teoria generală a dreptului. Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, (Bucharest, All Publishing house, 1999)
- Grotius, Hugo. *Despre drepturile războiului și al păcii, 1st Volume*, (Bucharest, Scientific Publishing house, 1968)
- Gusti, Dimitrie and Traian Herseni, *Elemente de sociologie cu aplicări la cunoașterea țării și neamului nostru, 8th reviewed Edition*, (Cartea Românească Publishing house, 1943)
- Gusti, Dimitrie. *Opere, 1st Volume*, (Bucharest, Scientific Publishing house, 1968)

³¹ Augustin Raducanu, *Tranziția de la modernitate la postmodernitate a sistemului juridic românesc în condițiile integrării României în Uniunea Europeană*, (in the Scientific Book of the Annual Session of the Administrative Sciences Institute in Sibiu, entitled The Implications of the Treaty establishing a Constitution for Europe on the public law and services, (Sibiu, Burg Publishing house, 2007), 447.

³² von Jhering Rudolf. *Lupta pentru drept*, (Constanța: Graphic Art Institute, 2008)

- Gusti, Dimitrie. *Cercetări parțiale și cercetări integrale sociale în Opere vol. I*, (Bucharest, Scientific Publishing house, 1968)
- Gusti, Dimitrie. *Realitate, știință și reformă socială. Câteva lămuriri*, în *Opere*, 3rd Volume, (Bucharest: Scientific Publishing house, 1970)
- Jhering von, Rudolf. *Lupta pentru drept*, (Constanța: Graphic Art Institute, 2008)
- Pareto, Vilfredo. *Traité de sociologie générale*, (Paris, Payot Publishing house, 1917)
- Popa, Nicolae. *Prelegeri de sociologie juridică*, (Bucharest, Topography of the University of Bucharest, 1983)
- Popa, Nicolae, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor and Dan-Claudiu Danisor, *Filosofia dreptului. Marile curente*, (Bucharest: All Publishing house, 2002)
- Popa. Nicolae, Ioan Mihaiescu and Mihai-Constantin Eremia, *Sociologie juridică*, (Bucharest, University of Bucharest Publishing house, 2000)
- Popa. Nicolae, *Teoria generală a dreptului*, 3rd Edition, (Bucharest: C.H Beck Publishing house, 2008)
- Popa, Vasile, Ion Dragan and Lucian Lepadat, *Psiho-sociologie juridică*, (Bucharest: Lumina Lex Publishing house, 1999)
- Raducanu. Augustin, *Tranziția de la modernitate la postmodernitate a sistemului juridic românesc în condițiile integrării României în Uniunea Europeană*, (in the Scientific Book of the Annual Session of the Administrative Sciences Institute in Sibiu, entitled The Implications of the Treaty establishing a Constitution for Europe on the public law and services, (Sibiu, Burg Publishing house, 2007)
- Vecchio del, Giorgio. *Lecții de filosofie juridică*, (Bucharest, Europa Nova Publishing house, 1993)

SOME CONSIDERATIONS REGARDING THE QUALITY OF FORMAL SOURCE OF THE CASE LAW IN THE TWO MAIN SYSTEMS OF LAW

IULIA BOGHIRNEA*

Abstract:

The quality of the case law as a source of the law is presented entirely different in the Anglo-Saxon system in comparison with the continental system. Here, the role of the case law is not only to enforce the law, but also to elicit the rule which applies, resulting that it is the main source of law. A system based on jurisprudence creates a whole different relationship with the legislator (made up of politicians), which will not be the only one that passes regulations.

Key words: *common law, Roman-Germanic legal system, case law, rule of law, leading case*

1. Introduction

From etymological point of view, the words “case law” has two meanings. On one side, *case law*, which designates the science of law, and on the other side it comes from the Latin “*juris*” (regarding law) and „*prudencia*” (knowledge or ability) meaning “the right of the wise persons”, who knew to distinguish what was right from what was wrong¹ in a methodical way.

The term of “case law”, usually called “the courts habit”, knew many acceptations in Roman law. It meant the science of law created by juriconsults². Romans had a very different conception about the case law, than today; they confused it with law in general, as it results from a adage of Justinian who defined the case law as being *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti scientia*.

Today, the system of *common law* keeps this precious sense that designates with this term the philosophic knowledge *the science* or *the law philosophy*³. The ones who teach the law philosophy distinguish though between the case law and the law philosophy. For them the law philosophy implies the application of the methods and the use of the “tools” necessary for studying law. In contrast, the case law is the study of the basic concepts of law (written or unwritten). For example, an English case law text will have chapters like: (1). What is the state (“*statute*”)?; (2). What is the rule of the previous? (3). Why the custom becomes law? (4). What is the “legal right” or the legitimate interest? s.o.

In the civilist system and also in other jurisdictions (like Quebec) they have adopted a more prosaic sense. So this word has two meanings. In a broad sense, it designates all the court decisions given by the courts of all levels⁴, and in the narrow sense, it corresponds to the phenomenon of law creator, meaning „*interprétation d’une règle de droit définie, telle qu’elle este admise par les juge*”⁵ or it can mean the assembly of all judgments established by the courts or by

* Lecturer, Ph.D., The Faculty of Juridical and Administrative Science, The University of Pitești (iuliaboghirnea@yahoo.com)

¹ Prof. Cuq, in his book, „*Les institutions juridique des romaines*”, at the chapter called „*La Jurisprudence*”¹, we will see the words about the activity of the juriconsults - *prudentes* – so, doctrine and not practice.

² *The juriconsults or jurisprudentes* were private persons who were dealing with the study of law and whose opinion had great weight. Their studies contained in works with varied character greatly influenced the development of Roman law. The law created by the juriconsults was called *ius civile*. Emil MOLCUȚ, *Drept roman*, (Bucharest, Press Mihaela SRL Publishing House, 1999), 39

³ According to *The Pinguin English Dictionary*, (G.N. Garmonsway, 1965) 397

⁴ Nicolae POPA, *Teoria generală a dreptului*, (Bucharest, C.H. Beck. Publishing House, 2008), 156

⁵ „Interpretation is a rule of law defined as it is admitted by judges”, J.L. AUBERT, *Introduction au droit*, *op.cit.*, 25.

the arbitral courts and that consist in an uniform and consistently interpretation of legal norms⁶ in a certain matter or the procedure regarding the usual solving of a law problem.

The case law has often been understood as a custom created by judges⁷. This statement, however, is inaccurate.

First, the custom direct results from popular consciousness, while the case law is a body of decisions made by magistrates.

Secondly, custom requires, usually, a period of time, while the case law may be based on a decision only.

The common element of the two categories is that of endorsement, but this should not lead to confusions⁸.

We believe that the question of whether or not the case law is a source of law has not only theoretical interest but also a philosophical one. In fact, it allows us to distinguish the legal systems. Thus, when it is made the difference between the Roman-Germanic legal system and *common law* one, it is immediately stated that anglo-saxon common law is built on the judgments that constitute binding judicial precedents, the role of *statute law* (of the laws) being a residual one, while the "skeleton" of the roman-german system is constituted of laws.

Therefore, a way of transforming the general social will into a legal standard is a judgment call that in a well defined cause and in the absence of a legal norm to frame it become obligatory – regarding the way of determining it – for all the previous and similar causes that will be judged, taking into account the initial decision that is acting like a required pattern and that becomes a judicial precedent. When solving becomes something usual or a practice in the activity of the courts, in the same way and on the basis of the decision of all similar causes, we are in the presence of legal (court) practice that becomes a source of law. In other words, the legal practice turned their decisions to harmonizing the two purposes that often diverge: on one side, the feeling of justice and equity and on the other side, the social utility and the public interest.

2. The value of the source of law of the case law in the two main systems of law

*Common law*⁹ is today one of the biggest systems of law that spreads very fast in the former British colonies and that governess the lives of millions of people from different continents (America, Asia, Africa, Australia). This is composed from the common law, made from judicial precedents, and from the statutory law, made from the parliament's papers.

Institutionally speaking the case law system has an important matter. In this system are created judicial precedents. In this situation is down to the analysis of the problem and balancing the *pro* and *against* arguments in the light of some general principles. The system can face the problems caused by gaps or by the inconsistency of the written law. There is no need of any instructions in applying the law. They are created by legal practice.

Despite some incisive critics about this argument, The Great Brittan never succeeded in making general codes after the continental European patterns. Here, the term of "code" has a different sense by the one we use, designating a collection of edicts, an anthology of laws, a set of norms partially new, partially preexistent. In the United Nations the system of legal practice of

⁶ Dan CIOBANU, *Introducere în studiul dreptului*, (Bucharest, Hyperion Publishing House, 1991), 30.

⁷ Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, first edition, 1899, t.1, nr.14.

⁸ Ion DOGARU, Nicolae POPA, Dan Claudiu DĂNIȘOR, Sevastian CERCEL, *Bazele dreptului civil*, First volume, *Teoria generală, op.cit.*, 145.

⁹ The words *common law* are used with plenty of senses: the most frequent, used by the comparatives is that of the legal system that governs The Great Brittan and the former British colonies; the notion also designates the casuistic element of the Anglo-Saxon law, constituted by the case law of courts as the law made by the court decisions. This system was born in England and gradually extended to the former British colonies. So, in Australia, New Zealand and Canada (with the exception of province Quebec), U.S.A (with the exception of province Louisiana), India, The South-African Republic, Nigeria, Liberia and others. For this matter, see the content: Ioan LEȘ, *Organizarea sistemului judiciar în dreptul comparat*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2005), 8, note 5.

British contrasts with the law systems on the continent because these systems are based on law codes¹⁰.

Regarding the quality of the case law as a source of law, the situation is entirely different in the Anglo-Saxon system comparing to the continental system. Here the part of the case law is not only in applying the law but also in emitting the correct rule of law that is being considered the most important source of law.

In the Roman-German system, the creative part of the case law and of the judicial precedent is minimized but not entirely annihilated, circumscribing to some fundamental rules of the system. For example: the separation of powers, the obligation of the judge to judge, the interdiction to legislate and the relativity of the judged object. But the case law, even if it is not recognized as a formal source of law, it shows us a “fair mirror”, that is the positive law, at a certain time and in a certain country. Here the logic is stricter, but the flexibility is smaller. The absence of law creates problems to judges that have to solve actual cases. There are no laws that are created by judges¹¹.

But the situation of the case law is not that simple because it stretches varies from one legal order to another. Being given the fact that the courts tasks is to evaluate and apply the law in certain cases, in this process they participate actively to the action of evolution and to the elaboration of the law¹². In consequence, they intervene not only to apply the law, but also to extend it, to complete it or even to modify it. So, in the Roman-German system of law, the case law fills the gaps, interprets the general principles of law and tells us the standards. There are known cases in the French law where, a “deformed” interpretation of the law actually makes it to progress, sometimes not just beyond the article of law but also against it¹³. By these, and the fact that it creates the rights, it is a true source of law.

In consequence, the judges are called to complete the laws. Only those who were forming the exegetical teachings didn't get this parable. That is why the case law wasn't recognized, only very hard and later back then, once the illusion according to that the code was included in the law disappeared. So, at the beginning of the 20th century, it began the recognition of the creative part of the case law, without to ignore the differences that separate it from the law, as a source of law. The decisions of the Court of Cassation, in which is decided the sense that must be given to a law article, has a great authority.

The case law role in Germany becomes underlined only after the Second World War. The German doctrine analyzes the foundations, limits and conditions of the role of case law creator. So, after four years since entering into force of the B.G.B, took place the acknowledgment of the *positiven Vertragsverletungen*¹⁴ theory. Dedicating the theory regarding the unpredictability of the civil matter, the German case law was taking a step, that since 1870, the French courts never dared to take it. The German doctrine, being busy to find a solution for the social needs, accepted

¹⁰ In the modern age, the *common law* system built a significant pressure to the Roman-German laws, in matters of commercial law, international law and financial law. Also to check: Ion LEȘ, *Organizarea sistemului judiciar în dreptul comparat*, All Beck Publishing House, Bucharest, 2005, page 10. Also, the private international law used the case law for usage in commercial disputations, traditions and customs in the civil law, and the procedural matter was conformed strictly to the law.

¹¹ For the vast problem of the two legal systems, seen from the perspective of the economic analysis of law also see the encyclopedia edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest (editors) **Encyclopedia of Law and Economics**.(Cheltenham, Edward Elgar, 2000)

¹² Fr. Gény, in his vast creation, does not want to discover the guiding principles of law. Unfortunately he does not exceed the solution of free legal research.

¹³ Leontin Jean CONSTANTINESCO, *Tratat de drept comparat. Metoda comparativă, vol. II*, (Bucharest, All Publishing House, 1988), 189.

¹⁴ In 1911 the courts were establishing the reparation of the damages caused by *culpa in contrahend*. It is recognized a fixing law for the damage caused during the negotiations and before ending the contract – case where the case law was stretching its application domain of the contractual responsibility to remedy the legal defect of tort liability.

and encouraged them without asking itself in the matter of the report between the two powers of state, the legislative power and the juridical power, and without denying the creative role of the case law. Though, after the Second World War, the creative interventions of the case law became more bolded¹⁵ and then, between the doctrinaires were stirred disputes regarding the action of the case law as a creative source of law. Here there still are differences between the French and the German law system regarding the jurisdictional function or the control rights of the Court of Cassation and of *Bundesgerichtshof* (the High Federal Court). Similar differences occur in other juridical systems of the Roman-German law system, but whatever those would be, cannot cancel or diminish the deep connection that binds the legal orders of the Roman-German system in this matter of hierarchy of the sources of right¹⁶.

Even if the demarcation between the *common law* system and the Roman-German law system (the written law) has the tendency to mitigate, as J. Ziller underlines, it continues to remain important for at least two considerations¹⁷:

- first of all, we can talk about a matter of composition, with the sense that “the legislative style of the *common law* states is profoundly different from other countries by having a Roman-German tradition, the first case is about, specially, texts that are the detailed solutions of some particular cases applied to other particular cases. Instead, in the continental European countries, the legislation begins by enouncing the general principles of right, before passing to the possibly solutions that has no claim to exclusivity, with the sense that cannot cover the multitude of situations occurred in practices. In other words, as Mario Losano was saying, on the same line of thought, the technique of wording laws is different in the Anglo-Saxon system from the Roman-German law system. If, in the latest on is searched the synthetic expression under which the judge can add the maximum number of actual cases, the English legislative part must state the cases even with the most minor details and with the methods that they intend to regulate¹⁸.

- second of all, we can talk about a *matter of substance* that is the base for the delimitation at the origins of the two systems.

On the other side, Friedrich von Hayek appreciates the *common law* (*judge made law*) as being highly superior to the Roman-German system of law usually codified, considering that the *common law* appeared through a spontaneous process that, in his opinion, is characteristic to *nomos* – the liberty right¹⁹. “The idol of individual liberty, as the author says, looks like to be bloomed mostly in the heart of the people that, at least for long periods of time, prevailed the laws made by judges”²⁰. Then, he argues: “The case law right is born in the judicial process and needs an abstract character, while the legislation that emanates from the sovereigns orders doesn’t have this type of nature”²¹. So, for Hayek, would be in vain to look for a fundament of law because it auto-creates spontaneously and permanently after the markets economy rules. That is why he makes an interesting difference between the law and legislation: “*For the modern man... the idea that any law that governs the human activity is the masterpiece of legislators is so obvious so that*

¹⁵ It was known as a main principle, the pecuniary reparation for all the immaterial damages caused to personality – against the paragraph availability 847 and 153 fro B.G.B.

¹⁶ Leontin Jean CONSTANTINESCO, *Tratat de drept comparat. Metoda comparativă, op.cit., volume II*, 190-192.

¹⁷ J. ZILLER, *Administration comparés. Les systèmes politico-administratif de l’Europe des Douze*, (Paris, Editions Montchrestien, 1993), 274

¹⁸ Mario LOSANO, *Marile sisteme juridice. Introducere în dreptul european și extraeuropean*, (All Beck Publishing House, Bucharest, 2005), 300.

¹⁹ Philippe MALAURIE, *Antologia gândirii juridice*, (Humanitas Publishing House, Bucharest, 1997), 353.

²⁰ Friedrich von HAYEK, *Droit, legislation, liberté, volume I*, translated from French. R. Audoin, (P.U.F., Paris, 1980), 113.

²¹ Mihai BĂDESCU, *Introducere în filosofia dreptului*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 2003), 146-147 tells that “the English right is not how they think it is, into a wrong translation of the name, an unwritten law right that never been. It is a true case law”.

the affirmation about the law which is older than the activity of conceiving the laws has almost the nature of a paradox". For him, the right is spontaneously created before any written law, because otherwise that society would have not survived. The law is mostly the recognition of our ignorance, of the fact that we cannot know and understand everything, so we need a guide with which we should manage in the society. But, because the law is also made by humans, who are not even omniscient, Hayek claims the superiority of the unwritten British law right (*common law*)²². That is so because the first of them uses the wisdom and the experience of tenth of generations of jurists, not just being the creation of a single legislator, no matter how gifted would this be. Therefore, the hard part in fulfilling the law is that they have to cross from the shoulders of the legislator to the shoulders of the judge²³.

The statement that the law based on the case system is less abstract than the law, formulated in general or written norms, is so opposed to the idea of the famous magistrate from the XVIII century, the Lord Mansfield, who was emphasizing that the unwritten law (*common law*) "is not formed from particularly cases but of general principles that are being illustrated and explained in the presented case...". The permanent necessity to create rules in order to distinguish the essential in the precedents that serves as a guide develops, at the judge that applies the *common law*, a rare aptitude of coming out the general principles, operating after a complete catalogue of applicable rules. After all the appearances, when the generalizations are not already made and applied as such, the capacity of forming abstractions is maintained alive, while the mechanic utilization of general formulas or of writings tends to kill this capacity.

Some pluralistic systems, such as **Scottish law** and in so-called civil law jurisdiction from **Quebec (Canada), Louisiana (S.U.A.), Philippines** do not follow these traditions. However, their substantive law (substantially) is strongly rooted in the common law tradition. Due to their position between these two great systems of law, such legal systems are often called as **mixed legal system**. Ernst Rabel note: "the *common law* and the continental law are generally considered to be different because they combine as oil and water"²⁴ but those countries with mixed jurisdictions though they had the basic code they have adapted the vision of Anglo-Saxon law, regarding the judicial decisions. However, these mixed jurisdictions are "blessed" with the certainty of the Roman-Germanic law along with the flexibility of the *common law* regarding the strength of the judicial practice. The experience of these mixed jurisdictions is "immeasurable" because the instinctive ability to overcome deficiencies and shortcomings in the law and reinforce the strengths of both traditions. For the ideologists of the Anglo-Saxon, mixed jurisdictions can serve as a guide to overcome obstacles and gaps in the administration of a regulatory system. For those from the continental law system, mixed jurisdictions can show the advantages of having a solid legal practice and modeling the "civil law" to suit the requirements of a changing world. For the two traditions (*common law* and *civil law*) mixed jurisdictions are a closer "contact" because of their ability to pass easily through both systems²⁵.

Unlike the *common law* system, that recognizes to the case law the role of source of law, in continental law system the case law has a limited creative role, and indirectly through earlier, such as: the decisions of the supreme courts given into the relation to appeal in the interest of law or the decisions of the constitutional courts and the decisions of the administrative courts of canceling a normative administrative act.

In practice, there is an approximation of the two models, so: while the laws increase in number in the *common law* system, the case law claims its normative role in the other system. It is

²² Augustin RĂDUCANU, *Rolul avocatului în edificarea fundamentelor raționale ale dreptului*, (Bucharest, Journal I.N.P.P.A. number 1/2005), 44.

²³ Same.

²⁴ Ernst LABEL, *Private Laws of Western Civilisation*, (10 L.A.L.REV, 1950), 431.

²⁵ Frederik K. BEUTEL, *The place of Louisiana Jurisprudence in the Legal Science of America*, (4 TUL.L. REV. 70, 71, 1929)

sufficient, not only in Romania and France, but also in Germany, as example, to keep in mind the leading role of the competent court decisions in the constitutionally control of laws against the Constitution. But the force of case law is not confined to both: judges are not only satisfied to apply the rules of the law but also contribute to their creation. In the literature there were also for and against opinions regarding the creative role of the case law.

Thus, the majority of the actual Judicial continental doctrine has decided unfavourably, on the one hand, in more categorical terms or with nuanced formulations, to the maintaining of the case law among the sources of law²⁶, and on the other hand lies in the balance to make statements regarding the interpretative decisions, constant and uniform, (sometimes relied on judicial precedent and considered as secondary sources), to claim that there aren't sources of law, that they can not have a creative role, as it cannot have one, in administrative practice either²⁷.

These are different according to the states that are part of the Anglo-Saxon system or from the continental one. We will try to analyze them in turns, each and every of their specific and differentiating aspects.

Any judicial decision has significance for the subject, but from all of them only the most important matter (in terms of applicability) and naturally, there comes the question: is the case law a source of law or not? The question is necessary as it influences the whole judicial system and its philosophical opinions that it contains.

Thus, in the philosophical thinking dominated by the *cult of the law*, whose absolute force and postulated perfection are derived from the general will that is manifested, there is no room for another source of law, like the case law²⁸.

The absence of the creative force of the latter is a tribute brought to the completeness of the legislative acts, and very often to the state power. Therefore, in ancient law, in the states where the centralization was achieved slowly, history has allowed the weakening of the case law creator and we no longer find it surprising that in the periods that followed the veneration towards the state and to its laws has pushed the case law to an inferior rank.

It is difficult to forbid to a judge not to create rules, when he is ordered to apply and interpret the law, and far from the expressed radicalism, by Robespierre, for example, we must refer to Portalis' wise words from his introductory speech, for whom the case law covers the law gaps and contributes to changing of the legal system, in a desire to adapt law to the present position of society²⁹.

The law system removes itself from such a monistic conception, in the exclusive concern of the law to open new poses regarding the "forces" creators of law, for this case it exists the case law.

Nonetheless, other judicial phenomena claim to express themselves together with this one in a judicial pluralism. Thus, the doctrine that comments systematizes and criticizes judgments, contributes to the development of the legal system.

Also, the supporters of the natural law tend to argue that the case law gives life to it, going beyond the texts of law: the important development of general principles of law, a kind of modern natural law, that has manifested by the help of the high case law jurisdictions. Thus if the case law

²⁶ As far as the French doctrine is concerned we have found: Ph. Le TOURNEAU, *Quasicontract*, in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2000-2^{eme}, mise à jour, t.IX, in special no. 50; P. ROUBIER, *Teorie generală a dreptului*, (Sirey, Paris, 1946), 7-8; L. BACH, *Jurisprudence*, in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, 2000-2^{eme}, mise à jour, t.VI, nr. 188 and it follows; D. DELON, *La jurisprudence, source du droit*, thèse, (Paris II, 1980); For other references see A DANTIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004, nr. 640; J.-L. AUBERT, *Introduction au droit*, Que sais-je?, (Presses Universitaires de France, Paris, 1981), J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, (Presses Universitaires de France, 22^e ed., 2002, nr. 141), 281.

²⁷ Nicolae POPA, Mihai Constantin EREMIA, Simona CRISTEA, *Teoria generală a dreptului*, op.cit., 186.

²⁸ Marie-Anne FRISON- ROCHE, *Introduction générale au droit*, 3rd edition, (Paris, Publishing House Dalloz, 1996), 96.

²⁹ Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Introduction générale au droit*, op.cit., 97.

is a creator of law, more other sources would become compelling³⁰.

The answer to whether the case law is or not a source of law depends, at least we believe it to be so, on the fundamental question of law is or is not reduced to the law.

3. Conclusions

In the actual period we assist to an intense legislative activity in the Anglo-American system that has as a result the creation of a statute law, but the judge power is still the one that controls the application of the laws voted by the parliament³¹. So, by appealing the law, as a secondary source, it is found that the differences of the two law families, the Roman-German and the Anglo-Saxon, are “blurred”. But a legal system based on the case law creates an entire new relation with the legislator (made by politicians) that will not remain the only one that emits norms. In the Anglo-Saxon law system, a case law predominant, the tendency of making the law domain wider compared with the *common law* is far more emphasized, fact proven by the repeated modifications brought by law to different institutions in order to meet the social need stands. It is a revealed observation even in our post-December doctrine, like in the context of claming some British regulations³².

Although, as we have shown, the case law is an important source, it remains secondary to the law, in the continental law system. Its decisions are being limited to the test case, even if by this is covered an entire series of identical cases, as long as there won't be any case law changes.

But, the judicial practice and judicial precedent obtained “the right to live” in the national case law (at the Constitutional Court, of Î.C.C.J, by the appeal in the interest of law) and this fact will be one of the most decisive for implementing the international and the community standards in the internal law, for an effective assuring of the fundamental rights and liberties of man, because to unify the internal judicial practice it is necessary to be taken into account the judges calls that are given in similar cases, just as it is asked, in an imperative mode, by the European Committee³³.

References:

- Mihai BĂDESCU, *Introducere în filosofia dreptului*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 2003), 146-147
- Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest (editors), *Encyclopedia of Law and Economics*, (Cheltenham, Edward Elgar, 2000)
- Leontin Jean CONSTANTINESCO, *Tratat de drept comparat. Metoda comparativă, volume II*, (Bucharest, All Publishing House, 1988), 189
- Bentinio DIAMANT, *Reglementări recente în dreptul englez*, (Bucharest, Studii de drept românesc number 2/1993), 143.
- Friedrich von HAYEK, *Droit, legislation, liberté, 3 vol.*, translated from French R. Audoin, (Paris, P.U.F., 1980-1983). *op.cit.*, volume I, 113.
- Ion LEȘ, *Organizarea sistemului judiciar în dreptul comparat*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2005), 10.
- Mario LOSANO, *Marile sisteme juridice. Introducere în dreptul european și extraeuropean*, (Bucharest, All Beck Publishing House, 2005), 300

³⁰ Marie-Anne FRISON -ROCHE, *Introduction générale au droit, op.cit.*, 98.

³¹ Sofia POPESCU, *Teoria generală a dreptului*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 2000), 157.

³² Bentinio DIAMANT, *Reglementări recente în dreptul englez*, (Bucharest, Studii de drept românesc Number 2/1993), 143.

³³ To be checked the last six reports of the European Commission on the reform in the Justice Department within the Mechanism of Cooperation and Verification established at the time when our country joined the United Nations at 1 of January 2007, especially the interim report published on 23 March 2010, the final version is going to be published in the summer of 2010.

-
- Philippe MALAURIE, *Antologia gândirii juridice*, (Bucharest, Humanitas Publishing House, 1997), 353.
 - Sofia POPESCU, *Teoria generală a dreptului*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 2000), 0 157
 - Augustin RĂDUCANU, *Rolul avocatului în edificarea fundamentelor raționale ale dreptului*, (Bucharest, Journal I.N.P.P.A. no. 1/2005), 44
 - J. ZILLER, *Administration comparés. Les systèmes politico-administratif de l'Europe des Douze*, (Paris, Editions Montchrestien, 1993), 2

ECOMMUNITY LEGISLATIVE PROVISIONS AND THEIR IMPLEMENTATION REGARDING THE ACCESS TO JUSTICE WITH RESPECT TO CROSS-BORDER DISPUTES

Elise Nicoleta VĂLCU*
Ionel DIDEA*

Abstract.

The access to justice is a general right recognised by the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms of 4th November 1950, reaffirmed by article 47, paragraph 3 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which states that legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice.

Legal aid is of particular importance, especially in terms of solving cases with the cross-border element. The cross-border element has the effect of a considerable increment of expenses, and we refer here to travel and translation expenses.

The persons who wish or must initiate litigation abroad might need, in several steps, free legal aid: a) Primary legal advice before the litigation start in their residence State; b) The litigation itself, when the lawyer's fee and the exemption of payment of costs must be considered; c) Implementation phase of decision; d) Extra-judiciary determination.

The Member States (15 at the time) of the European Union, at the European Council in Tampere, which took place during 15th – 16th October 1999, decided to take common measures to eliminate the difficulties for the development without borders of the civil litigations. The declared main purpose was the creation of common minimum standards regarding the free legal aid.

As a consequence, in February 2000, the Green Paper of the Commission (free legal aid in civil matters: the problems confronting the cross-border litigants), and on 27th January 2003 the Council issued the "Directive 2003/8/EC to improve access to justice in cross-border disputes by establishing the minimum common rules". Nationally, the Government Emergency Decree no. 51 of 21st April 2008 regarding the public legal aid in civil matters transposed the European Union Council Directive no. 2003/8/EC by establishing minimum common rules regarding legal aid for such disputes.

Keywords: *access of justice, public judicial aid in civil matters, bailiffs, interpretation, the competent authority.*

1. Introduction

International cooperation is defined in specialised literature as the "mutual aid between states of the world, in various fields, concretely established through treaties, conventions, agreements, etc., which have as final end the promotion and protection of national, regional or world interests, on the basis of the principle of observance of independence and sovereignty of each contracting party".

International judicial cooperation refers to the set of cooperation procedures between foreign authorities in various states, with a view to solving litigations, over the entire course of development of the same, by observing the sovereignty, on mutuality bases.

At the level of the Member States of the European Union, the term of international judicial cooperation has its origin in the provisions of article K1 of Title VI called "Provisions regarding cooperation in fields of justice and home affairs" of the Treaty of Maastricht, where judicial

* Lecturer Ph.D, Faculty of Administrative and Juridical Sciences, University of Pitești, (elisevalcu@yahoo.com)

*Professor Ph.D, Faculty of Administrative and Juridical Sciences, University of Pitești, (notar.didea@yahoo.com)

cooperation in criminal and penal matters is defined as subject of common interest for the Member States.

The field of international judicial cooperation is at the limit between public international law, European law and private international law and makes up a result of the permanent existence of the international dimension of civil, commercial and criminal litigations¹.

For this purpose, states in general and the Member States of the European Union in particular have shown their interest with a view to removing difficulties encountered by citizens and trading companies in civil and commercial proceedings, which defend their rights before entities in other states. In the criminal law the interest particularly shown has been doubled by the general interest, given the incidence of drug traffic, organised crime and terrorism.

At the level of the European Union, the Member States have expressed themselves in the sense of harmonisation of provisions in civil, commercial and criminal matter, aiming through this juridical process at simplifying the judicial cooperation between Member States. Here we remind the Monitoring Report of the European Commission of 16th May 2006, where Member States are recommended to perform a direct contact at the level of the competent courts and authorities in order to achieve a better judicial cooperation.

The forms of international judicial cooperation (article 65 of the Treaty establishing the European Community) in civil, commercial matters and family law are the following: free legal aid in cross-borders cases; Communication of judicial and extrajudicial documents (the class of extrajudicial documents includes instruments that produce their effects in an independent manner from a jurisdiction procedure, as for example the payment order of an amount of money, the protest of a bill, etc); Recognition and enforcement of judicial rulings; Letters rogatory; Insolvency procedure.

2. Cross-border aid according to the Directive 2003/8/EC of 27th January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes.

The access of justice is a general right recognised by the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms of 4th November 1950, reaffirmed by article 47, paragraph 3 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which states that legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice.

Considering the provisions of article 61 letter (c) and article 67 of the Treaty establishing the European Community, on 27th January 2003 the Council adopted the Directive 2003/8/EC², to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes. Moreover, this directive considers the provisions of article 65 letter (c) of the Treaty establishing the European Community that stipulates, among others, measures that aim at eliminating obstacles that are in the way of a good performance of civil procedures by facilitating the compatibility of civil procedure norms applicable in the Member States.

We retain as reference moment previous to the adoption of the directive on the problems put forward the reunion of the Council on 15th and 16th October 1999 in Tampere, where at point 30 of the “Conclusions” minimum standards were established meant to guarantee an appropriate level of legal aid in cross-border cases of the entire Union.

¹ Elise Vălcu, *Introducere în dreptul comunitar material. Curs pentru studenții programului frecvență redusă (Introduction to Material Community Law. Course for Students of Low Daily Attendance Programmes)*, University of Pitești Publishing House, 2009, 107

² Commission Decision of 9th November 2004 establishing a form for legal aid applications under Council Directive no. 2003/8/EC to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes.

This directive is applied in the case of cross-border disputes³ in civil and commercial matter, in the sense that any person involved in a litigation in civil or commercial matter regulated by this directive must have the possibility to value his or her rights before the court, even if his or her personal financial situation prevents the same from being able to meet the legal costs.

Legal aid is deemed to be corresponding when it allows the beneficiary to have effective access to justice under the conditions of this directive.

The beneficiaries of the provisions of this directive are all citizens of the Union, no matter where they have their normal domicile⁴ or residence on the territory of a Member State⁵, whether they are in total or partial incapacity to meet the legal costs given their economic situation⁶. This is valid also in the case of third-country nationals⁷ who have their normal residence on the territory of another Member State and who are legally domiciled on the territory of another Member State.

Legal aid must cover the legal advice before the litigation starts with a view to reaching an agreement before initiating a judicial procedure, the legal aid with a view to initiating proceedings before the court and the representation in court, as well as the payment of legal costs⁸ or the exemption of the payment thereof and of the fees of the persons authorised by the court to execute certain acts during the procedure.

Article 3, paragraph 3 of the directive stipulates that Member States do not have the obligation to provide legal aid or representation in court within the procedures specially destined to allow the litigant parties to defend themselves, unless the court or any other competent authority decides otherwise in order to guarantee equality of parties or due to the complexity of the case.

Moreover, Member States may request the beneficiaries of the legal aid to reasonably contribute to the legal costs.

If the financial standing of the applicant has improved considerably or if the decision to provide legal aid has been made on the basis of incorrect information supplied by the beneficiary, the competent authority may decide on the total or partial reimbursement of the aid.

If legal advice is offered before the litigation, the granting of additional legal aid may be denied or may be terminated for reasons regarding the substance of the case, provided that the access to justice is guaranteed.

But we believe that legal aid must cover the costs directly linked to the cross-border nature of a dispute. Article 7 of the directive stipulates such provisions, indicating that legal aid granted

In the sense of this directive, by cross-border dispute one shall understand any litigation in which the party applying for legal aid on the basis of this directive is normally domiciled or resident of another Member State, different from the one of the court or from the one where the ruling is enforced.

⁴ The Member State in which one party is domiciled is established in accordance with article 59 of Council Regulation (EC) no. 44/2001 of 22nd December 2000 on jurisdiction, recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters

⁵ For the purpose of this directive, "Member State" means all Member States, except Denmark.

⁶ The economic situation of a person is assessed by the competent authority of the Member State of the court, considering the various objective factors, such as income, capital held or family situation, including an assessment of the resources of the persons who depend financially on the applicant. Member States may establish thresholds in excess of which it is assumed that the applicant for the legal aid may meet, in whole or in part, the legal aid. Such defined thresholds may not prevent the applicants for the legal aid whose resources exceed these thresholds from benefiting from legal aid if they prove that they cannot meet the costs because of life cost differences between the Member State where they are normally domiciled or residents and the Member State of the court.

⁷ The Agreement of 1977 and the Additional Protocol to the European Agreement on the transmission of applications for legal aid, signed in Moscow in 2001, continue to be applied in the relationships between Member States and third countries that are parties to the Agreement of 1977 or to the Protocol. But this directive takes precedence compared to the provisions of the Agreement of 1977 and of the Protocol in the relationships between Member States.

³ Domestic law of the Member State where the court is or where the enforcement of the decision is requested is the one which establishes whether the costs may include the costs of the opposite party that the beneficiary of the legal aid is obliged to pay.

in the Member State of the court covers the following costs directly linked to the cross-border nature of the litigation:

(a) interpretation;

(b) translation of the documents requested by the court or by the competent authority and transmitted to the beneficiary, which are needed in order to settle the litigation;

(c) travel expenses that the beneficiary of the legal aid must meet when the physical presence of the persons involved in substantiating the case of the beneficiary during meetings is imposed by the law or by the court in the Member State concerned and when the court decides that there is no other possibility that the persons in questions be appropriately heard. In order to determine whether the physical presence of a person is needed during a hearing, the court in a Member State should consider all the advantages offered by the possibilities stipulated by the Council Regulation (EC) no. 1206/2001 of 28th May on the cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters.

By its provisions, the directive also regulates a series of costs charged to the Member States where the normal domicile or residence is, determined by the cross-border particular nature, retaining:

(a) the expenses regarding aid granted by a local lawyer or by any other person authorised by the legislative provisions in order to provide legal advice, incurred in the Member State concerned until the application for legal aid is received in the Member State of the court according to this directive;

(b) the translation of the application and of the necessary documents enclosed, when the application is lodged with the authorities of the Member State concerned, therefore the competent sending authority assists the applicant, making sure that the application is accompanied by all the documents enclosed, knowing that the same are requested in order to consider the application. Moreover, it also assists the applicant in supplying any necessary translation of the enclosed documents.

The legal aid continues to be made available in the case of resorting to a legal remedy, undertaken by the beneficiary or against the same⁹ in so far as the conditions related to the financial resources and the substance of the dispute continue to be complied with.

In addition, a beneficiary who has received legal aid in the Member State of the court receives the legal aid stipulated by the legislation of the Member State in which the recognition or the enforcement of the decision is requested.

Legal aid may extend over the extrajudicial procedures, such as intermediation, under the conditions laid down by this directive, when the legislation imposes the resorting to such procedures or when a court recommends to both parties to resort to such a procedure, but the enforcement of authentic deeds in another Member State may also be included.

The legal aid is made available or is denied by the competent authority of the Member State of the court or of the State where the enforcement is requested, except for the advice granted before the starting of the litigation if the applicant for the legal aid does not have his or her normal domicile or residence in the Member State of the court, while such Member State must apply its own legislation, pursuant to the principles of this directive. This is also valid if the court settles the case in substance, but also when it must pronounce itself on its jurisdiction.

The applications for legal aid may be submitted to:

(a) the competent authority of the Member State where the applicant is normally domiciled or resident (sending authority), or

(b) the competent authority of the Member State of the court or of the Member State where the decision must be enforced (receiving authority).

The competent sending authority transmits the application to the competent receiving

⁹ In this respect please see article 9 of the directive

authority in the other Member State within 15 days from the receipt of the application, dully filled-in in one of the languages mentioned in paragraph (2), and from the receipt of the enclosed documents¹⁰ which are translated, if needed, in one of the languages concerned.

Article 16 stipulates that in order to facilitate the transmission, a standard form is established for the application for legal aid and for the transmission of such applications. In this sense the Commission Decision 2004/844 of 9th November 2004¹¹ was drawn up in order to establish a form for the applications for legal aid, in application of the Directive 2003/8/EC.

3. Public judicial aid in civil matter according to the Government Emergency Decree no. 51 of 21st April 2008¹²

Internally, the Government Emergency Decree no. 51 of 21st April 2008 on public judicial aid in civil matter implements the European Union Council Directive 2003/8/EC to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes.

The scope of this decree also refers to the civil, commercial, administrative, labour and social security matter, unlike the implementation norm, but also to other case as well, except for the criminal ones, unlike the last norm where article 1, paragraph 2 explicitly and imperatively stipulates that the directive “is not specially applied to tax, customs or administrative matters”.

Article 48 of the decree completes the provisions of article 14 of the Directive 2003/8/EC, in the sense that if the directive stipulates that “The Member States appoint the competent authority...”, the Government Emergency Decree appoints by means of the contents thereof the Ministry of Justice as Romanian central authority in the making available of the legal aid, in the sense of the Directive (EC) no. 8/2003. Moreover, article 50 of the decree sets forth that the Ministry of Justice is authorised to carry out, as central authority, the obligations resulting from this emergency decree or assumed within the framework of the international judicial cooperation, by means of the international instruments to which Romania is part, concluding according to the law collaboration agreements with: a) lawyers for the purpose of supplying advisory services in the matter of obtaining public judicial aid or legal aid; b) bailiffs; c) translators and interpreters.

This emergency decree is applicable in all cases in which public judicial aid is requested before the courts or other authorities having jurisdiction powers in Romania, the same being requested by any natural person who is normally domiciled or resident in Romania or in another Member State of the European Union (article 2), given that he or she may not meet the costs involved by a trial or by the obtaining of legal advice with a view to defending a right or a legitimate interest in court, without endangering the maintenance.

Article 7 of the ordinance completes the provisions of the directive that stipulate that the Member States are free to establish minimum limits in excess of which it is assumed that a person may meet the legal costs, under the conditions defined by this directive. Such thresholds are established considering various objective factors, such as income, capital held or family situation.

¹⁰ Documents transmitted according to this directive are exempt from notarisation or from any equivalent formality.

¹¹ Notified under number C(2004) 4285

¹² Government Emergency Decree no.51 abrogated articles 74-81 of the Civil Procedure Code, republished, subsequently amended and completed, paragraph (1) of article 21 of Law no. **146/1997** on judiciary stamp duties, published by the Official Gazette of Romania, Part I, no. 173 of 29th July 1997, subsequently amended and completed, and article 295, paragraph (11), letter b) of Law number **571/2003** on Tax Code, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 927 of 23rd December 2003, subsequently amended and completed. The provisions of this emergency decree, which implement the provisions of the Directive (EC) no. 8/2003 prevail over the provisions included in the bilateral and multilateral agreements concluded by the Member States, including: a) European Agreement on the transmission of applications for legal aid, signed in Strasbourg on 27th January 1977, amended by the Addition Protocol to the European Agreement on the transmission of applications for legal aid, signed in Moscow in 2001b) Convention on international access to justice, signed at the Hague, on 25th October 1980.

Thus the decree sets forth that “public judicial aid may be made available, on a cumulated basis ... without exceeding, over the course of one year, the amount equivalent to 12 minimum gross salaries in force in the country during the year when the application was lodged”.

Article 10 of the ordinance retains the provisions of the directive regarding the limitations of granting the aid at the “death of the party of following improvement of the material standing thereof up to a level that allows him or her to meet the legal costs”.

As regards the forms of the legal aid, article 6 lists a limited number of situations when aid may be granted

a) payment of fee for assuring the representation, the legal aid and, as the case may be, the defence, by a lawyer appointed or chosen, in order to perform or protect a right or a legitimate interest in the court or in order to prevent a dispute, hereinafter referred to as the aid granted by lawyer;

b) payment of expert, translator or interpreter used during the trial, with the approval of the court or of the authority having jurisdiction powers, if such payment is incumbent, according to the law, on the person applying for public judicial aid;

c) payment of fee of bailiff;

d) exemptions, discounts, spacing-out or postponements of payment of judicial fees stipulated by the law, including those owed during the forced execution stage.

The legal aid granted on the basis Regulation (EC) no. 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations designates the aid necessary in order to allow the parties to know and value their rights and to guarantee that their requests, transmitted by means of the central authorities or directly to the competent authorities shall be settled in an efficient and complete manner. To the extent to which it is necessary, it covers the following:

(a) advisory services during the pre-litigation stage, with a view to reaching an agreement before initiating the judicial procedures;

(b) legal aid with a view to instituting the proceedings before an authority or a court and representation while in court;

(c) total or partial exemption from legal costs and fees of persons authorised to execute certain acts during the procedure;

(d) in Member States in which the unsuccessful party is obliged to pay costs to the opposite party, if the beneficiary of the legal aid fails in the submissions thereof, given that costs are incurred by the opposite party, provided that such costs have been covered if the beneficiary has had the normal residence in the Member State in which the court concerned is;

(e) interpretation;

(f) translation of the documents requested by the court or by the competent authority and transmitted to the beneficiary of the legal aid, which are needed in order to settle the litigation;

(g) travel expenses that the beneficiary of the legal aid must meet when the physical presence of the persons involved in substantiating the case of the beneficiary during meetings is imposed by the law or by the court in the Member State concerned and when the court decides that there is no other possibility that the persons in questions be appropriately heard.

4. Conclusions

Either the financial means of a party involved as a complainant or defendant in neither any litigation, nor the difficulties arose as a consequence of the foreign element of a case, must not limit the effective access to justice (Point 6 of the Preamble to the Directive on free legal assistance). Following the subsidiary principle (Point 7 of the Preamble to the Directive on free legal assistance), this purpose can only be achieved by creating minimum common rules.

References:

- Directive 2003/8/EC of 27th January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes
- Government Emergency Decree no. 51 of 21st April 2008 on public judicial aid in civil matter
- Council Regulation (EC) no. 44/2001 of 22nd December 2000 on jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters
- Vâlcu Elise Nicoleta, *Introducere în dreptul comunitar material. Curs pentru studenții programului frecvență redusă (Introduction to Material Community Law. Course for Students of Low Daily Attendance Programmes)*, (Pitești, University of Pitești Publishing House, 2009)

BRIEF CONSIDERATION REGARDING INTERNATIONAL COOPERATION IN MATTERS RELATING TO MAINTENANCE OBLIGATIONS

Ionel DIDEA*
Elise Nicoleta VĂLCU*

Abstract.

On 18th December 2008, the Council adopted the Regulation (EC) no. 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations. This regulation is applicable to all maintenance obligations that derive from a family, relative, marriage or alliance relationship.

According to article 15 of the Regulation, the law applicable to maintenance obligations shall be determined according to the Hague Protocol of 23rd November 2007 on the law applicable to maintenance obligations in Member States where the instrument concerned is applied.

The applicability of the protocol within the European Union shall guarantee the application in the Member States of unitary and harmonised norms regarding the applicable legislation in matters of maintenance obligations.

Additionally, the harmonised norms regarding the applicable legislation are a prerequisite for the elimination of the exequatur for the decisions related to maintenance obligations. As a result, the decisions issued in the Member States where the protocol is applied shall move freely to other Member States, without any control regarding their base in the Member State that requests the execution. Therefore the political objective that has been on the agenda as of the meeting of the European Union in Tampere in 1999 shall be achieved.

Given the close link between the objective of the Regulation (EC) no. 4/2009 and the norms regarding the applicable legislation, the protocol should apply within the European Union no later than the date of the regulation, namely as of 18th June 2011.

Keywords: maintenance obligations, family, filiation, marriage or affinity relationship, Hague Protocol

1. Introduction

The Regulation (EC) No 4/2009 on the competence, applicable law, recognition and execution the decisions and cooperation in maintenance obligation area states measures to obtain by the entitled persons of an executor title valuable in the EU which has as an effect the regular payment of the owed maintenance.

According to the regulation, the recognition in a Member State of a decision on maintenance obligations has as unique purpose the allowance of recovering the maintenance debt established by the decision. It does not imply the recognition by that Member State of the family or near relations, marriage or alliance which are the base of the maintenance obligation that led to the decision.

2. Maintenance obligation according to the Hague Protocol of 23rd November 2007 on the law applicable to maintenance obligations

The European Community aims at creating a genuine judicial space based on the principle of mutual recognition of judicial rulings.

* Professor, Ph.D, Faculty of Administrative and Juridical Sciences, University of Pitești, (notar.didea@yahoo.com)

*Lecturer Ph.D, Faculty of Administrative and Juridical Sciences, University of Pitești, (elisevalcu@yahoo.com)

The European Council, convened in Brussels on 4th – 5th November 2004 adopted a programme called “Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union”.

In addition, the Council adopted during its session that took place on 2nd and 3rd June 2005 an action plan of the Council and of the Commission that transposed the Hague programme into concrete actions and that specified the necessity to adopt proposals regarding maintenance obligations.

During the Hague Conference on private international law, the Community and the Member States thereof participated in negotiations following which they adopted on 23rd November 2007 the Hague Convention on the obtaining abroad of the child support and other forms of family maintenance (hereinafter referred to as the “Hague Convention of 2007”) and the Protocol regarding the law applicable to maintenance obligations (hereinafter referred to as the “Hague Protocol of 2007”).

On 18th December 2008 the Council adopted the Regulation (EC) no. 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations. In conformity with article 15 of the Regulation, the law applicable to maintenance obligations is determined according to the Hague Protocol of 23rd November 2007 on the law applicable to maintenance obligations in Member States where the instrument concerned is applied. The applicability of the protocol within the Community shall guarantee the application in the Member States of unitary and harmonised norms regarding the applicable legislation in matters of maintenance obligations.

Moreover, the harmonised standards regarding applicable legislation are a prerequisite for the elimination of the *exequatur* relating to decisions regarding maintenance obligations. Consequently the rulings issued in the Member States where the protocol is applied shall move freely to other Member States, without any control regarding the base thereof in the Member State where the execution is requested. Therefore the political objective that has been on the agenda as of the meeting of the European Union in Tampere in 1999 shall be achieved.

The Hague Protocol on law applicable to maintenance obligations was concluded on 23rd November 2007. It aims at modernising the Hague Convention of 24th October 1956 on the law applicable to child support obligations and the Hague Convention of 2nd October 1973 on the law applicable to maintenance obligations and at drawing up some general standards regarding the applicable law that completes the Hague Convention of 23rd November 2007 on the obtaining abroad of the child support and other forms of family maintenance.

The purpose of the protocol is to improve security and legal predictability by creating common provisions on the law applicable to maintenance obligations. The main aim of the harmonisation of standards regarding the applicable legislation resides in allowing creditors to act to the best of their knowledge of the situation, without being affected by the various national systems. The protocol tries to reach a balance between the rights of the creditor and the rights of the debtor of the maintenance obligation.

The primary purpose of harmonisation of standards on applicable legislation is to allow the person to whom the maintenance is due (“creditor”) to act to the best of their knowledge of the situation, without being affected by the various national systems. The protocol tries to reach a balance between the rights of the creditor and the rights of the debtor of the maintenance obligation.

The protocol determines the legislation applicable to maintenance obligations that derive from a family, filiation, marriage or affinity relationship, including any type of maintenance obligation to a child, irrespective of the marital status of the parents¹.

¹ article 1 paragraph 1 of the Hague Protocol on the law applicable to maintenance obligations

As a general rule, maintenance obligations are regulated by the legislation of the State where the creditor has the normal residence². Nevertheless, special norms assure the protection of the maintenance obligation creditor if the same cannot obtain the maintenance under the legislation of the State where the same has the normal residence³.

In case of spousal maintenance, any party may request the application of the law of another State that has a tighter connection to the marriage⁴. A special norm regarding the defence offers the debtor, under certain conditions, the possibility to challenge a maintenance request based on the reason that there is no such obligation neither according to the legislation of the State where the debtor normally resides, nor according to the legislation of the State the common citizenship of which both parties have, if they have the same citizenship. Finally, the parties may choose the law applicable to a maintenance request either for the purpose of performing a certain procedure, or in general.

The application of the legislation laid down pursuant to the protocol may be denied only in so far as the effects thereof are obviously contrary to the public order in the State of the forum⁵.

Upon establishing the value of the maintenance, the needs of the creditor and the resources of the debtor must be taken into account, even if the applicable law stipulates otherwise.

3. Maintenance obligation regulated by the Regulation (EC) no. 4/2009

Regulation (EC) no. 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations adopted on 18th December 2008 stipulates that the law applicable to maintenance obligations is determined according to the Hague Protocol of 23rd November 2007 on the law applicable to maintenance obligations (hereinafter referred to as the “protocol”) in Member States where the instrument concerned is applied.

Starting from the idea that the maintenance obligation creditor should be able to easily obtain a ruling in a Member State that is automatically binding in another Member State without any other formality, it has been considered that this regulation has as main objective the creation of a community instrument in matters relating to maintenance obligations that meets the provisions regarding the conflicts of jurisdiction, conflicts of law, the recognition and own force, the execution of decisions, the legal aid and the cooperation between central authorities.

The scope of this regulation resides in all types of maintenance obligations that derive from a family, relative, marriage or alliance relationship in order to guarantee an equal treatment in favour of all maintenance obligation creditors.

In addition, by means of this regulation the recognition and execution of judicial transactions and of authentic deeds are assured, without allowing this to harm the right of any of the parties to such a transaction or deed to challenge such instruments before a court in the Member State of origin.

With a view to assuring a fast and efficient recovery of such a maintenance debt and for the purpose of preventing the dilatory legal remedies, the rulings in matters of maintenance obligations passed in a Member State are in principle invested with provisional enforceability. Therefore it is necessary to ascertain whether the court of origin may declare the decision as having provisional enforceability, even if the national law does not stipulate the *de jure* enforceability and even if a legal remedy against the ruling has been or shall be lodged based on the national law.

The parties may agree that the following court or following courts of a Member State has / have jurisdiction to settle disputes that derive or that may derive in matters of maintenance obligations:

² article 3 paragraph (1) of the Hague Protocol on the law applicable to maintenance obligations

³ article 4 of the Hague Protocol on the law applicable to maintenance obligations

⁴ article 5 of the Hague Protocol on the law applicable to maintenance obligations

⁵ article 13 of the Hague Protocol on the law applicable to maintenance obligations

(a) a court or the courts in a Member State where one of the parties has the normal residence;
(b) a court or the courts in a Member State the citizenship of which one of the parties holds;
(c) as regards the maintenance obligations between spouses or ex-spouses:
(i) the court that has jurisdiction to settle the disputes thereof in matters of marriage, or
(ii) a court or the courts of the Member State where the last joint residence of the spouses was during at least a year.

In the sense of article 9, it is deemed that the proceedings are initiated before the court:

(a) on the date on which the document instituting the proceedings initiated before the court or another similar document is lodged before the court, provided that the plaintiff has not continued to neglect the measures incumbent upon the same in order to notify or communicate such document to the defendant;

(b) if the document needs to be notified or communicated before it is lodged before the court, on the date when the same is received by the authority in charge of the notification or communication, provided that the plaintiff has not continued to neglect the measures incumbent upon the same in order to lodge the document before the court.

The recognition of a ruling in matters of maintenance obligations in another Member State aims at allowing the recovery of the maintenance debt set forth by the decision concerned. This does not involve the recognition by the Member State in question of the family, relative, marriage or alliance relationships that are at the basis of the maintenance obligation leading to the passing of the ruling.

The parties that are actually involved in a dispute under this regulation have effective access to justice in another Member State, including access to execution procedures and to legal remedies.

The legal aid granted on the basis of this chapter designates the aid necessary in order to allow the parties to know and value their rights and to guarantee that their requests, transmitted by means of the central authorities or directly to the competent authorities shall be settled in an efficient and complete manner. To the extent to which it is necessary, it covers the following:

(a) advisory services during the pre-litigation stage, with a view to reaching an agreement before initiating the judicial procedures;

(b) legal aid with a view to instituting the proceedings before an authority or a court and representation while in court;

(c) total or partial exemption from legal costs and fees of persons authorised to execute certain acts during the procedure;

(d) in Member States in which the unsuccessful party is obliged to pay costs to the opposite party, if the beneficiary of the legal aid fails in the submissions thereof, given that costs are incurred by the opposite party, provided that such costs have been covered if the beneficiary has had the normal residence in the Member State in which the court concerned is;

(e) interpretation;

(f) translation of the documents requested by the court or by the competent authority and transmitted to the beneficiary of the legal aid, which are needed in order to settle the litigation;

(g) travel expenses that the beneficiary of the legal aid must meet when the physical presence of the persons involved in substantiating the case of the beneficiary during meetings is imposed by the law or by the court in the Member State concerned and when the court decides that there is no other possibility that the persons in questions be appropriately heard.

In the meaning of a request for recognition and agreement of enforcement of an order or in the meaning of enforcing a legal decision, the term “creditor” includes any public institution as acting instead of an individual to whom the maintenance is owed or to an institution to which is owed the reimbursement for services instead of maintenance.

The right of a public institution to act as an individual to whom the maintenance is owed or to request the reimbursement of services granted to the creditor instead of maintenance is subjected

to the law applicable for the institution.

A public institution can request the recognition of and agreement for executing or the execution:

- a) Of a decision given against the debtor at the request of a public institution which requires the payment for performances as maintenances;
- b) Of a decision given between a creditor and a debtor on the limitation of performances of the creditor as maintenances.

The requested Member State offers free judicial assistance for all requests on maintenance obligations which result from the relation parent-child, or of a person who has not yet reached 21 years-old submitted by a creditor.

The competent authority of that Member State can refuse the free judicial assistance when it considers that the request or other ways of attack are, obviously, not grounded.

A creditor who follows the recovery of some maintenance claim according to the present Regulation can submit the following requests:

- a) The recognition or the recognition and agreement for the execution of a judgment;
- b) The execution of a judgment given or recognized in the requested Member State;
- c) The pronouncement of a judgment the solicited Member State when there is not a decision, including when is necessary, the establishment of filiations;
- d) The pronouncement of a judgment in the solicited Member State when it is not possible the recognition and the agreement of the execution of a judgment given in a different state, another from the requested Member State;
- e) The modification of a judgment given in the Member State;
- f) The modification of a decision given in a different state, another from the solicited Member State.

A debtor against who is pronounced a civil judgment in the maintenance obligations' area can submit applications for:

- a) The recognition of a judicial decision which lead to the suspension or limitation of the enforcement of a previous judgment in the requested Member State;
- b) The modification of a decision given in the requested Member State;
- c) The modification of a decision given in a different state, another from the requested Member State.

A defendant who has not appeared before the court of his Member State has the right to attack the judicial decision in front of the competent court from the Member State in case if:

- a) He has not received the notification of the court or an equivalent document in proper time that he could defend himself;
- b) Was prevented from contesting the maintenance claim for reasons of major force or of exceptional circumstances, without the defendant to have had any guilt in this regard, if the defendant has not introduced an action against the decision when he had this opportunity.

The term for using a way of attack begins from the day in which the defendant took effective notice of the content of the legal decision and was able to act, at most beginning with the day of the first enforcement measure which has as effect that his assets to become totally or partially unavailable. The defendant acts with promptitude, in any case, within 45 days. The actual term can no longer be prolonged for reasons of distance.

In case the court rejects the attack for the reason that none of the mentioned conditions is fulfilled, the decision remains valid. When the court decides that that particular way of attack is justified for grounds that one of the conditions is fulfilled, the decision is null and void.

However the creditor does not loses the performances for the interruption period of neither the prescriptive or decay terms nor the right to retroactively request the maintenance given by the initial decision.

The central authorities cannot impose to the complainant any expenses for offered services in accordance to the actual Regulation, except some exceptional expenses, resulting from the request of a specific measure. The costs connected to the localization of the debtor are not considered as exceptional.

The requested central authority cannot recover the expenses of the provided services without the previous agreement of the complainant on delivering such services at such a cost.

Regarding the necessary documents for the enforcement of a judicial decision in another Member State, the complainant delivers to the competent authorities delegated with the enforcement:

a) a copy of that decision that will meet all necessary conditions for establishing its authenticity;

b) the extract on the decision of the court of origin by the form presented in Annex I;

c) where appropriate, a document establishing the situation of the remainders indicating the date of the calculation;

d) where appropriate, the transcript or translation of the form's content mentioned on point b), in the official language of the Member State or when that Member State has more official languages, in one of the official languages for the judicial proceedings correspondent to the place where the request was submitted, or in another language that the involved Member State declared to accept.

The competent authorities of enforcement of the Member State cannot impose to the party who requests the enforcement a translation of the judicial decision. However, it can be requested a translation in the case in which the enforcement of the judicial decision is contested, that will be made by an authorized person in one of the Member States.

The competent authority of enforcement of the Member State refuses, totally or partially, at the request of the debtor, enforcement of the origin judicial decision if his right to obtain the enforcement of the decision of the origin court in the legal conditions of the origin Member State or of the enforcement Member State prescribed, taken in consideration the longer prescription term. Also, the competent authority of the enforcement Member State can suspend, totally or partially, at the request of the debtor, the enforcement of the origin judicial decision if it is irreconcilable with an enforcement decision given in a Member State or with a decision given in another Member State or in a third country that accomplishes the necessary conditions to its recognition in the enforcement Member State.

Also, the competent authority of the Member State can suspend, totally or partially, at the request of the debtor, the enforcement of the origin judicial decision if the competent court of the origin Member State was invested with the solution of a way of attack regarding the origin judicial decision. Not least, the competent authority of the enforcement Member State suspends, at the request of the debtor, the enforcement of the origin judicial decision in the case in which the executory force of it is suspended in the Member State of origin.

The enforcement procedure of the judicial decisions given in another Member State is settled by the law of the enforcement Member State. A decision given by a court of a Member State, executory in the Member State of enforcement, is enforced in the same conditions as a decision given in that Member State.

The party that requests the enforcement of a decision in another Member State that does not have the obligation to have, in the enforcement Member State, a mail address, nor an authorized representative, without prejudicing the competent persons in the areas of enforcement procedures.

In any case, the decision given in a Member State may not be reviewed in the Member State in which its recognition, enforceability or performance is sought.

The norms regulate the issue of cooperation between the central authorities. Art 49 of the document states in this sense that the federal Member States, Member States that have more judicial systems or Member States with autonomous territorial units are free to appoint several

central authorities and to specify the area of the territorial or personal extent of their attributions.

Where a Member State has appointed more than one central authority, it appoints the central authority that receives the communications to be transmitted to the central competent authority in that Member State. The central authorities have general and special powers. Specifically, are retained as general powers:

a) Mutual cooperation, including through information exchange and promote the cooperation between the competent authorities of their Member States to achieve the objectives of this Regulation;

b) Search, as possible, for solutions to difficulties encountered in implementing this Regulation.

For this purpose is used the European Judicial Network in civil and commercial matters created by Decision 2001/470/EC.

Central authorities provide assistance in relation to applications submitted under this Regulation. In particular, they:

a) Transmit and receive such requests;

b) Initiate or facilitate the institution of proceedings regarding such claims.

In connection with such request, the central authorities take appropriate measures to:

a) Provide or facilitate the provision of legal aid when circumstances so require;

b) Help locate the debtor or the creditor;

c) Help obtain relevant information on income and, if necessary, of other financial terms of the debtor or creditor, including the location of assets;

d) Encourage amicable solutions to obtain voluntary payment of maintenance, where appropriate through mediation, conciliation or similar means;

e) Facilitate ongoing enforcement of judgments in matters of maintenance obligations, including arrears;

f) Facilitates rapid collection and transfer of maintenance payments;

g) Facilitate the obtaining of documentary or otherwise, without prejudice the Regulation (EC) 1206/2001;

h) Provide assistance in establishing parentage where necessary for the recovery of maintenance;

i) Initiate or facilitate the institution of proceedings to obtain any provisional measures which are territorial in nature and whose purpose is to ensure the completion of a pending maintenance application;

j) Facilitate the notification of documents, without prejudicing the Regulation (EC) 1393/2007.

Art 58 of the Regulation governs the relationship at the institutional level established between the central authority and the applicant's requests. In this regard, the central authority of the requesting Member State shall assist the applicant, ensuring that his request is accompanied by all information and documents known to be necessary for the application to be solved.

Once satisfied that the application meets the requirements of this Regulation, the central authority of the requesting Member State shall send the application to the central authority of the requested Member State.

The requested central authority within 30 days confirms the receipt of the request, using the form and informs the central authority of the requesting Member State on the initial steps that have been taken or will be taken in processing the application and requests documents and additional information. In the same 30 days, the requested central authority offers information to the requesting central authority the name and details of the person or unit responsible for informing the state in which the application is located.

Within 60 days of the confirmation receipt the requested central authority shall inform the requesting central authority on the status of the application.

The requesting and requested central authorities shall inform each other on:

- a) The person or unit responsible for a particular case;
- b) The stage of the case and provide timely responses to inquiries.

5. Conclusions

The main objective of this regulation resides in applying some measures that allow the effective recovery of debts in cross-border situations and therefore to perform the free circulation of people within the European Union.

References:

- Hague Protocol on law applicable to maintenance obligations concluded on 23rd November 2007.
- Regulation (EC) no. 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations

LEGAL SANCTION IN ANCIENT EAST

Laura - Cristiana NEGURĂ*

Abstract

The Institutes of Justinian and other Graeco-Roman recitations of tort-type delicts and remedies are recognized as root stock of modern western tort law, common law, or civil code-based alike. Long before these sources, however, both ancient and primitive cultures adopted norms and customs which defined permissible individual and group conduct, and which provided for remedies ranging from money damages to banishment. Among the surveyed examples of ancient cultural responses to tort-type delicts were numerous instances in which both the civil wrong identified and the remedy provided for can be harmonized readily with modern tort law, whether it is practiced in common law or civil code nations or throughout the world. A broad range of such examples can be found not only in the nations or regions in which such norms obtained, but also in their specific subject areas: public nuisance, manslaughter, assault, trespass, conversion, negligence, strict liability, deceit, defamation, and even invasion of privacy. Indeed, a review of ancient tort-type law dispels any Eurocentric claim that western Europeans led in the conception and nurturance of tort principles at any point in history.

Throughout primitive and ancient law are examples of structures suggesting that the social group placed a greater premium on restoring order and good will than it did on determining that one disputant was right and the other was wrong.

Key words: *sanction, tort, Hammurabi, Manu, Mu.*

Introduction

The social feature of the law as a historically erected and variable institutional reality can not be defined without an organized sanction, carried through public force. The law has always an outside and restrictive nature. The constraint is public, organized and recognized by the society (legitimate).

Whether it is excessively harsh, feature which characterise the organisation and consolidation process of the States (see Code of Hammurabi), whether it is considered a divine creation (Laws of Manu), and the legal sanction is applied to acts committed in contempt of law, aiming to remove the injustice and to restore the normal functioning of society¹.

The sanction is seen as a natural reaction of society against its members injured in a value², in most cases the sanction is not something normal, but rather is related to the idea of evil, an “*evil which is applied by the state to the man who defeated its provision*”.

However, it can be argued that in modern societies association of the legal sanction to the idea of “*evil*” and “*aggression*” is limited, because of the reactions of society can be not only negative but positive. As highlighted professor Nicolae Popa “*the sanction ensure the efficacy of the legal disposition*”³.

Sanction’s goal is closely linked to its development. Legal sanction has evolved with the development of legal and moral conscience of society. Although improvements to the sanction have been brought, from the terrible punishment of slavery to current penalties “*humanized*”, the sanction is still intended to create a physical and / or moral pain. Its role remained the same: to

* Assistant, Faculty of Law, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: negura_laura@yahoo.com);

¹ Mihai Bădescu, *Legal sanction in theory, law philosophy and in Romanian law*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 2002), 3;

² Lidia Barac, *Legal responsibility and sanction*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 1997), 213;

³ Nicolae Popa, *General Theory of Law*, 3-rd edition, (Bucharest, C.H. Beck Publishing House, 2008), 125;

ensure effective legal system⁴.

1. Mesopotamian civilization and culture

The first great civilization of Antiquity was established around the fertile valleys of Mesopotamia. In fact, the term “*Mesopotamian civilization*” is a generic term. In reality, Mesopotamia integrated the civilization and cultural contributions of three distinct nations whose history took place on its territory. The ancient nation, the Sumerians, occupied the south of the country alongside the Persian Gulf coast. Then, the Akkadians located in the central area (*up to the current Baghdad*), which were the founders of Babylon. Finally, the Assyrians were warlike tribes coming from northern mountainous regions. Through a long process of contacts and their fusion was formed what is called “*Mesopotamian civilization*” - the amount of data as a summary which over three millennia of coexistence also knew integration phenomena and periods of political and cultural dominance of a nation or another⁵.

Law was considered by the Sumerians and Babylonians as being divine. Sumerians even had a goddess of law, *Nanse*, and at the Babylonians, the law was guaranteed by the deity of Heaven and Earth, *Shamash*.

The great discovery of Babylonian law is the Code of Hammurabi⁶. Hammurabi, who ruled Babylonia from about 1792 to 1750 B.C., is the most famous of the Amorite tribal kings who gained control of the lower Euphrates Valley (*modern Iraq*) about 2050 B.C. Like most sovereigns of that period, he attended to the welfare of his cities and their inhabitants, attempted to appease the deities, and protected his people through alliances and wars. His reign was relatively peaceful until the last decade of his life when he fought his enemies and expanded his empire. Hammurabi combined his newly acquired territories with his inherited lands and extended his bureaucracy to create a unified kingdom. After his death, the Amorite dynasty declined, and within two centuries the Kassites conquered Babylonia. The Babylonian kingdom was swept away but Hammurabi's set of laws, promulgated to unify his diverse subjects, survived and became an enduring legacy.

Known as the Code of Hammurabi, these laws were inscribed on a seven-foot stele – a tone slab or pillar – which was enshrined in the temple of *Marduk*, the national god of the Babylonians. The stele miraculously survived over the centuries, being rediscovered by a French expedition under the direction of Monsieur de Morgan, in the months of December, 1901, and January, 1902, at *Susa (the capital of ancient Elam)* in southwest Iran, and is on display today in the Louvre Museum at Paris. Once thought to be original with Hammurabi, the Code is now considered a summary of a body of long-standing Sumerian laws. Recent discoveries of Sumerian clay tablets, dating from about 2200 B.C. and inscribed with laws covering prices, wages, payments of loans, marriage contracts, property, and slaves, indicate that the Code borrowed laws from Hammurabi's predecessors. It is probable that the bureaucrats who drew up the Code relied on various local ordinances, some of them written, which had been used to control commerce, trade, and personal relationships for centuries⁷.

The Hammurabi Code is preceded by two collections written in Sumerian, the Laws of *Ur-Nammu*, possibly promulgated by his son, *Shulgi*; and the Laws of *Lipit-Ishtar*. In Akkadian there are the Laws of *Eshnunna*. Absolute dates have not yet been established; disclaiming accuracy, we may assume that Laws of Ur-Nammu and Laws of Lipit-Ishtar, are of the 21st, respectively the 19th century. Laws of Eshnunna and the Hammurabi Code, both written in Akkadian, may have been

⁴ Mihai Bădescu, *quoted work*, 41;

⁵ Ovidiu Drămba, *The history of culture and civilisation*, vol. 1, (Bucharest, Scientific and Enciclopedic Publishing House, 1984), 61;

⁷ Roy T. Matthews, F. DeWitt Platt, *Readings in the Western Humanities*, vol. 1, Fourth edition, (New York, McGraw-Hill Higher Education, 2001), 1;

promulgated in the 18th and 17th century⁸.

At one time scholars thought that the Code of Hammurabi influenced the Mosaic laws of the Hebrews (*see the Holy Scriptures*), but now it appears that the two sets of laws shared a common cultural tradition.

The Code is divided into three parts: the prologue, the laws and an epilogue. The prologue repeats a message similar to other inscribed on ancient monuments. Hammurabi's achievements are listed and support from the gods is assured.

On the stela inscribed with the Code of Hammurabi, the prologue covers less than five columns (or about 300 lines) and the epilogue another five columns (or about 500 lines) of the stela's original total of fifty-one columns (or about 4,130 lines). The frame thus consumes one-fifth of the total composition. The prologue and epilogue making up the frame certainly functioned deliberately together with the approximately two hundred and eighty-two law provisions to present a unified message to the intended audience⁹.

The laws and regulations, usually including the punishments for breaking the law, are conditionally phrased; that is, if a person commits a certain act, he / she will be punished in certain prescribed ways. The extensive list of laws (282 examples) attempts to incorporate every phase of life – commerce, trade, parental and domestic relations, slavery, libel, slander, theft, marriage, divorce, adultery, property rights and ownership, and employer - employee regulations. Punishment for breaking the laws is based on the *lex talionis* or the law of retaliation, “*an eye for an eye*”, which most ancient societies imposed on wrongdoers. A long epilogue reiterates that Hammurabi has governed wisely and with the blessings of the deities and, in conclusion, warns future rulers that if they do not follow the laws and obey the gods, they will be cursed. These excerpts illustrate how much the laws, regardless of their nature and types of punishment, were grounded in everyday life and the shared experiences of humans who lived in communities and were willing to accept a set of rules to settle their differences¹⁰.

For the listening audience, then, which also includes the literate individuals reading (aloud or silently) for their own private purposes, the distinction between the frame and the body would be obvious whether reading from the stela or from copies of the text on clay tablets. Although there is this decisive aural break between the prologue and the laws, and later between the laws and the epilogue, there is absolutely no corresponding visual break on the stela. In the visual presentation, the key break would be that between the illustration of the god and king interacting and the text. The laws themselves, each of which is introduced by the Akkadian particle *Summa*, “*If*,” begin without visual marking less than halfway through the fifth column.

There is no special ruling, no double line, no blank space, no change of script, no italics or boldface - no visual signal, in other words, to alert the illiterate observer of the monument that we are about to move from the literary to the legal, from the introduction to the laws. The transition is seamless, reinforcing the unified message of the composition.

The seamless transition in the text, however, does not mean that there never was a seam, it simply means that the monument, as artifact, did not convey that seam. Both the prologue - epilogue frame and the body of laws might each have survived independently in antiquity. Does such a possible independence, however, necessarily force us to conclude that there were two compositions, with two different histories of transmission? And further, is this independent identity of the two parts a primary or secondary development? That is, was there an independent royal-literary composition that was attached to an independent body of laws to create a single new document? Or, did the dependent parts of a single document appeal to different audiences and thus

⁸ Reuven Yaron, *Enquire now about Hammurabi, ruler of Babylon*, (Jerusalem, Legal History Review, vol. 59, Issues 3 – 4, 1991), 223;

⁹ Martha T. Roth - *Mesopotamian Legal Traditions and the Laws of Hammurabi*, (Chicago, Kent Law Review, vol. 71, Issue 1, 1995), 15;

¹⁰ Roy T. Matthews, F. DeWitt Platt, *quoted work*, 1;

begin independent expressions¹¹?

The Code of Hammurabi is the earliest known code of laws. What the laws of Moses were to the Hebrews, the laws of Lycurgus to Sparta, the laws of Solon to Attica, the Laws of the Twelve Tables (451 and 450 B. C.) were to the early Romans, the Code of Hammurabi was to the Babylonian empire. The code insists on justice to the widow, the orphan and the poor, that the strong might not oppress the weak, the righting of wrong, and uplifts woman in her social and legal position¹².

Regarding navigation, a collision between two boats on a body of water having a perceptible upstream and downstream would trigger a presumption of fault on the part of the upstream captain, on the logic- faulty or not - that the upstream captain had a greater opportunity to reduce avoidable accidents than did his counterpart, as the former would be traveling at a slower speed.

The Laws of Hammurabi, in particular, is a historical artifact, operating in and through time and space in distinctive and measured ways¹³.

The first law provision in the Hammurabi collection, immediately following the itemized glorification of Hammurabi's military might in the prologue, is: "*If a man accuses another man and charges him with homicide but cannot bring proof against him, his accuser shall be killed*". And the last provision, immediately preceding the epilogue and its curses directed against anyone who would vandalize or disrespect the stela is: "*If a slave should declare to his master, 'You are not my master', he (the master) shall bring charge and proof against him that he is indeed his slave; his master shall cut off his ear*". Both of these laws involve verbal utterances and charges that are not substantiated: The first law deals with a false accusation of the grave offense of homicide, which in the political realm is tantamount to utterances construed as treason; the last law deals with denial by a slave of the master - slave relationship, which in the political realm would be understood as rebellion. Thus, the contemporary subject audience would hear an immediately threatening political message, and would be reminded of their oath of loyalty to Hammurabi, and of the consequences of disloyal, treasonous, or rebellious behavior.

Regarding the sanction, the penalty regime was very harsh, otherwise characteristic of the organization and consolidation process of States. Punishment system lacks unity. Penalty varied upon social conditions of the accused or the injured party.

An offense against a person of lower class was punished less severely than against a member of the same class, "*If somebody's eye out a free man, then shall remove to him*" (Article 196); "*If he broke an eye or a bone to a Muskenn, then he shall pay half of a silver mine*" (Article 198); "*If a free man (Awelum) gave a slap to another free man who is equal to him, then he shall pay a silver mine*" (Article 203); "*If someone's slave gave a slap to a free man, then an ear shall be cut off*" (Article 205), but if the victim is a slave, the fine will amount to half the price of slave (Article 199) and will be cashed in by its owner.

The same concept was also present for professionals who caused accidents in the exercise of their function: "*If a physician has made someone a difficult operation with the bronze lancet and that man died, or if a physician opened to someone the eyehole with the bronze lancet, and he has broken the patient's eye, then his hand shall be cut*" (Article 218); "*If a builder has made a home for someone, but he did not work quite strong, that the house made fell, killing its owner, then the builder shall be killed*" (Article 229).

In order to be punished, the defendant must have committed the offence or the crime deliberately. Recklessly punishable offences were easier punished if it was proved that the act was not committed deliberately; "*If in a fight, someone hits another man and makes a wound, if he swears «I did not hit him intentionally», to pay only the physician*" (Article 206); "*If because of his*

¹¹ Martha T. Roth, *quoted work*, 16;

¹² Frank L. Fetzter, *The Code of Hammurabi*, (Commercial Law Journal, vol. 35, Issue 12, 1930), 728;

¹³ Martha T. Roth, *quoted work*, 17;

blows, the wounded died, would swear (that was not intentional) and if (the dead) was a free man, he will pay a silver mine" (Article 207).

A contribution of Semites is the law of retaliation. The principle of retaliation is a Semitic contribution, i.e. the dynasty of Hammurabi. This principle dominates the chapter regarding the offences and the violation of the physical integrity between patricians and suffers attenuation only in respect of the plebeians and slaves.

Hammurabi's laws linked for all time concepts of "eye for eye", "tooth for tooth", "slap on the cheek", "brawlers and a pregnant woman's miscarriage". The fact that these rules were found in close proximity in Hammurabi bound them together in history for *two reasons*. *First*, the individual logic or wisdom of the (approximately) 282 laws of Hammurabi was not as important as the exquisite order and placement of the individual rules within the whole code, which allowed one to extrapolate to many more rules that were not among those written down on the stela. The fact that they were located close to one another, suggested that they were related. *Second*, the laws of Hammurabi were enormously influential and much copied throughout the ancient Near East and Egypt. In the second millennium, the language in which they were written, Akkadian, became the diplomatic "*lingua franca*" throughout the Near East and Egypt and a need-to-know language for all scribes. Even as a dead tongue, for over a thousand years, scribes learned to write by practicing copying rules from Hammurabi and other Akkadian scripts. Thus, when Exodus 21:22 - 25 combined the rule of "eye for eye" with brawling and a pregnant woman miscarrying, or when Jesus said in Matthew's gospel, "[y]ou have heard it said 'an eye for an eye', well I say to you turn the other cheek", the people hearing this had presumably previously and repeatedly heard these themes coupled together in the vaunted and much copied laws of Hammurabi. In the laws of Hammurabi, the powerful sixth ruler of the conquering Amorite (First) Dynasty of Babylon (circa 1750), "eye for eye" and its associated rules appear in rules 196 et seq. as follows:

EYE

- 196- Eye for an eye among upper class.
- 197- Bone fracture for bone fracture among upper class.
- 198- Eye or bone injury among commoners, compensation 60 shekels.
- 199- For slave, less compensation, 20 shekels.

TOOTH

- 200- Tooth for tooth among upper class.
- 201- Tooth injury among commoners, compensation 20 shekels.

CHEEK

- 202- Strike the cheek (insult) 12 among upper class by lesser to higher status - flogging with an ox hide whip 60 lashes.
- 203- Strike the cheek among upper class equals, compensation 60 shekels.
- 204- Strike the cheek among commoners, compensation 10 shekels.
- 205- Slave of upper class strikes the cheek of upper class, slave's ear cut off.

BRAWLING RECKLESSNESS

- 206- Among upper class unintentional wounding in brawl, pay doctor's fees.
- 207- Among upper class unintentional homicide in a brawl, compensation 30 shekels.
- 208- If victim was a commoner, compensation 20 shekels.

PREGNANT WOMAN INJURED IN A BRAWL BETWEEN MEN

- 209- Upper class brawler's wife miscarries, compensation 10 shekels.

- 210- If she also dies, kill perpetrator's daughter of same age and status.
- 211- Commoner miscarries, compensation 5 shekels.
- 212- If commoner's wife also dies, compensation 30 shekels.
- 213- If slave mistress miscarries, compensation 2 shekels.
- 214- If slave mistress also dies, compensation 20 shekels.

The thing to note in the above passage from the laws of Hammurabi is that: (1) there are strikingly different penalties based upon class (upper class, lower class or slave); and (2) the penalties among the upper class, the conqueror warriors, were on their face physical and brutal, while, seemingly ironic, the penalties among the lower class were merely monetary and less onerous. For example, for a slap in the face or on the cheek (*i.e. insult*) the upper class penalty for lesser to higher status was a very harsh penalty of 60 lashes with an ox hide whip, while insult among commoners entailed a penalty of only 10 shekels. Yet unintentional wounding or homicide in a brawl or fight, irrespective of class, was punished relatively lightly - suggesting that fighting or a martial tradition was accepted. Thus, apparently, “*eye for eye*” in Hammurabi represented a vestige of the conquest of Babylon by the famously war-like Amorites¹⁴.

In some cases, specific forms of retaliation keep retaliation known as “*family compensation*”. Articles 209 and 210 provide that, if someone has caused the death of a free man's daughter, then, as punishment, the daughter of the delinquent shall be killed.

Retaliation was gradually attenuated through the so-called voluntary compositions; the victim may waive in exchange for an equivalent retribution (metal, animal, etc.).

To falsely swear as a witness in a trial or fail to establish the statement one has made, was punishable by death if the case were a capital offense trial. To bear false witness in a civil case was punishable by the same damages as would result in that suit.

Crimes punishable by death were numerous and included the following: to steal goods from a temple or house; to purchase or receive on deposit from a minor or slave, silver, gold, male or female slave or domestic animals, except by consent of elders; kidnapping; inducing a male or female slave from the house of another or to leave the city; detaining a slave; breaking into a house, in which event he should be killed before the breach made in the house and there buried; highway robbery; taking the property of one whose house was burning, the thief to be cast into the self-same fire; a builder whose house fell and caused the death of the owner should be put to death and if the owner's son was killed, the builder's son should be put to death; bringing about the death of her husband for the sake of another man; falsely claiming property to be lost; to hire another to perform the errand when ordered on an errand of the king; to cause the death by neglect or abuse of one seized for debt; adultery was punishable by the death of both parties; forcing cohabitation with a virgin fiancée of another living in her father's house.

Retaliation in part of the criminal law remained as a ruling principle, as will be seen in the following illustrations: one knocking out the eye of a patrician should lose an eye; a broken limb was the penalty for breaking the limb of a patrician; a tooth for a tooth; cutting off the hand that struck a father or stole a trust; cutting off the breast of a wet nurse who substituted a child for the one entrusted to her; the loss of tongue that denied father or mother; the loss of a surgeon's hand which caused loss of life; loss of a slave's ear for striking a free man or denying his master; branding on the forehead for, falsely pointing the finger at a priestess or the wife of another. The tooth of a plebian was paid for by one-third of a mina of silver (*which we notice in comparison to one-half of a mina of silver for wrongfully cutting down a tree in a neighbor's orchard*). A builder must make his boat sound and if it is found during the first year not to be sound, the boatman must

¹⁴ Andrew R. Simmonds, *Measure for Measure: Two Misunderstood Principles of Damages, Exodus 21:22-25 “Life For Life, Eye For Eye” And Matthew 5:38-39 “Turn The Other Cheek”*, (St. Thomas Law Review, vol. 17, Issue 1, 2004), 127;

repair the boat or give a strong boat to the owner. One who hired a domestic animal which was killed by a lion or lightning in an open field, was not responsible for the loss and the loss fell upon the owner. If a herdsman was careless, he was required to make good the loss to the owner. Frequent disputes seem to have prompted a fixed amount of damages in many instances. To cut down a neighbor's tree without his consent required the payment of half a mina of silver.

Debt was secured on the person of the debtor, but he could by contract pledge his field, crop, house or other property. Distraint on the debtor's corn was prohibited. Personal guarantees for others were often given. Pay through a banker or by written draft against deposit was frequent. Bonds to pay were treated as negotiable. The code regulated the liquor traffic and fixed a fair price for beer¹⁵.

Evidently Babylonia had its fugitive slave problem, for to assist a runaway slave was one of the most reprehensible of crimes. So, too, it was a capital offence to shelter a fugitive slave and refuse to turn him over to his master. If a fugitive slave was found in the open country, he was to be brought to the palace so that his owner might be discovered and a reward was paid to the finder. If the finder kept the fugitive in his home, it was the equivalent of theft and punishable by death, but if the fugitive escaped, the finder could exculpate himself by oath. The slave was branded, but apparently by some delible mark, so that if he was freed the mark of degradation might be obliterated. Hence probably came the provision that if the brander, without the knowledge or consent of the owner, branded him indelibly, his hands were to be cut off, while the one who maliciously caused him to do so was to be killed and buried in his own house. A man might pledge his wife and children for a debt, but at the end of three years they were to be liberated. If he delivered over slaves to work out his debt, the creditor might at his will remove or sell them. But such female slave as may have born children to her master must be ransomed. If a male slave has married a free woman, his owner has no claim upon their children. Upon his death, his owner has a claim upon only half his goods; his wife and children inherit the other half. There is no need to compare these laws with the many Biblical passages relative to the same subject. It is sufficient to say that the early Hebraic law concerns itself with the Hebrew slave only. He was therefore of the same race and religion as his master, and his position was not entirely intolerable. Indeed, many slaves, like Eliezer, became trusted servants. At the end of six years, they became free¹⁶.

The code does not provide all modes of executing the death penalty; only the flooding, burning and hanging are foreseen¹⁷.

Usually the man may repudiate his wife, if he makes a certain payment for her maintenance and in place of the dowry he received with her; but a heavy penalty, sometimes death, is stipulated for the wife who repudiates her husband. Disinheritance of children was not allowed except by judicial act. The father had to justify his desire to exclude a son from the succession by proving serious misconduct, and the judge then pronounced decree cutting off that son from family rights¹⁸.

Pursuant to Mesopotamian law, should the slander pertain to the sexual honor of another, the punishment might be shaming or flogging.

Hammurabi's Code was certainly the most widely known and most influential legal system of antiquity. Many centuries after its date it was used in the law-schools of Babylonia and Assyria. Its influence on the Hebrew law is at the present time a subject of lively controversy among Semitic scholars.

¹⁵ Frank L. Fetzner, *quoted work*, 726;

¹⁶ Benton S. Oppenheimer, *Some Ancient Laws*, (University of Cincinnati Law Review, vol. 9, Issue 2, 1935), 119;

¹⁷ Mihai Bădescu, *quoted work*, 76;

¹⁸ D. Oswald Dykes, *The Code of Hammurabi*, (Juridical Review, vol. 16, Issue 1), 79;

2. Civilization and culture of Ancient Egypt

The spirit of Ancient Egypt has captivated most of us at some time. Pyramids, mummies, pharaohs, hieroglyphs, and the romance of archaeology mesmerize us and kindle our imaginations. Egypt seizes us with its powerful magic and mystery. Even before Jean Francois Champollion achieved his first major philological breakthroughs in deciphering Egyptian hieroglyphs in the 1820s, people were fascinated by the physical vestiges of ancient Egyptian culture and civilization: its art, artifacts, and architecture¹⁹.

Since Predynastic period, from the fourth millennium B.C. Egyptian society was organized into small agricultural communities, led by a council of elders, with administrative, fiscal and judicial functions; functions that will later be taken over by specialized state bodies, recruited from among the scribes. These rural communities, which will perpetuate a long time, consisted of free people, but required on all sorts of corvees, prestations and tribute in kind²⁰.

Social order represented, for the ancient Egyptians, an aspect of cosmic order, and the royalty was considered as existing since the beginning of the world, and the pharaoh, the embodiment of “*maat*” (order). The design of the ancient Egyptians, the idea of human justice requires an equilibrium, an equality that must be respected, a social report. For that reason affirms the idea that anyone violates the order must be punished: “*Punish the one who deserves to be punished and nobody will defame justice*”.

Indeed in ancient Egypt sentences seem to have been very severe, especially during the New Kingdom, when it is believed that Egyptian laws had been inspired by the Code of Hammurabi. In this regard, some examples seem edifying: during the process of investigation of the causes the beating with baton blows was often used. For slander, abuse and theft the same punishment was foreseen. Perjury was punishable by cutting the nose and ears, and even by deportation. Imprisonment existed for preventive detentions or for the ones awaiting for the execution for the death penalty.

Capital punishment was applied in cases of rebellion and conspiracy against the state, in cases of rape, female adultery, murder or theft from a royal tomb. All corrupt judges were punished with death by suicide imposed. The most common ways of implementing the death penalty was decapitation and burning. Very important to note is that the Egyptians, for other crimes, were the ones who invented forced labor camps.

The religious character of the sanction is once again highlighted by the appreciation of the ancient Egyptians that the rewards they are human punishment are followed by the divine punishment. God does not forget, punishes the wicked, on the pert and perky in his city, one that casts a poor man in poverty, “*And who does not observe the law gets his condemnation*”. The idea of an ultimate sanction, which is the whole religious representations, reinforces the belief that no act against truth and justice goes unpunished. Thus, if such an act is not punished by human, it will not be ignored by the gods, justice and truth, which is the domain of morality and legality, will win²¹.

In ancient India, if a person were accidentally killed by an animal-drawn vehicle, the driver would be subjected to the same monetary liability as would be imposed upon a thief of a chattel of equivalent value²². In China, for injuries resulting in death, traditional law distinguished between intentional killing and accidental killing. It is a historical verity that intentional battery is an offense that creates a high risk of retaliation, or self-help, or “*blood feud*” between kinship groups. Yet some native Indian groups even while making allowance for such violent responses, provided simultaneously for the peaceable intercession of village council. In the Asian context, numerous

¹⁹ Russ VerSteege, *Law in Ancient Egyptian Fiction*, (Georgia Journal of International and Comparative Law, vol. 24, Issue 1, 1994), 37;

²⁰ Ovidiu Drămba, *quoted work*, 125;

²¹ Mihai Bădescu, *quoted work*, 41;

Indian groups, in contrast, demonstrate, without exceptions, “a general disapproval of retaliation as a means of obtaining justice”.

Within the tribal customary law of the Awlad Ali of Egypt, for battery resulting in injury, *diyyah* or blood-money, would be paid to the family of the victim, together with *kebara*, calculated in money and animals. In ancient Indian law, the “low born” were treated very differentially than were the Brahmins. For injurious assaults against one of a superior caste, punishment ranged from amputation of the limb used by the assailant to banishment or exile, or for spitting on one’s superior, the cutting off of the assailant’s lips. Other aggression causing injury and pain to another (or to an animal) called for the king to “impose a punishment proportionate to the severity of the pain”.

In the authoritative and ancient work Manu, entitled alternatively the *Law Code of Manu* or *Manava Dharmasastra*, the text references ancient Indian law governing the trespass of animals. For such fields surrounding a settlement as are left open, any farm animal damage to crops should not be punished. To receive any protection for one’s fields, a person should erect there a fence over which a camel cannot look and cover every hole through which a dog or pig could poke its head. For damage caused herded livestock to such fenced land, a fine of 100 panas should be imposed and if the livestock are unherded, they should be impounded. For livestock damage to other fields, “one and a half [p]anas should be assessed for each animal”, and the owner of the land should be compensated for any crop loss.

In ancient India, should a cart or coach kill a large animal (such as a cow or an elephant), its owner (if the driver was unskilled) would be fined half the amount that would be applicable if the offence had been theft. For the similar death of a small farm animal, the fine would be 200 panas; for a “beautiful animal” or a bird, the fine would be 50 panas, and for a donkey, a sheep or a goat.

During the Egyptian Sixth Dynasty, from approximately 2460 to 2200 B.C., the law bled together the notions of theft as a criminal action as opposed to conversion, to be prosecuted by a civil complainant. During the reign of Pepi I, c. 2325, a prosecutor named Weni was appointed, and he presided over these and other matters. His recitations of the suits brought before him gives evidence of the law employed and the remedies exacted. Weni recounts being sent by the king “to prevent [the army] from taking bread or sandals from a wayfarer, to prevent any one of them from taking a loin-cloth from any village, [and] to prevent any one of them from taking any goat from any people”. Upon a finding of responsibility, the remedy exacted would typically be that of requiring the thief to return any stolen goods to the victim, and also payment to the victim of money damages in the amount of two to three times the value of the property stolen.

In the ancient Egyptian Book of the Dead, punishment or damages is symbolized by Ammit, “the Devourer,” a ferocious monster with a crocodile’s head, a lion’s neck and a hippopotamus’ body, perched near the scales of justice waiting eagerly to devour the condemned. The ancients viewed death as a big mouth (hence the image of the crocodile’s jaws) with one lip on the ground and the other on the ceiling of the sky and with an appetite to match (hence the neck of a lion and the belly of a hippopotamus).

Death did not just devour the deceased; she digested and excreted the dead. Several ancient cultures evidently considered defamation or false witness to have such a corrosive effect on the public peace and order as to require the most severe penalties. In ancient Egypt, one tried for defamation could, as today, interpose truth as a defense. Interestingly, if found liable, the libelant was not punished for this first transgression. Instead, he or she was required to take an “oath of mutilation” covenanting that they would submit to amputation of their nose, ears, or both should they engage in a further transgression²³.

²³ M. Stuart Maddent, *The cultural evolution of tort law*, (Arizona State Law Journal, vol. 37, Issue 3, 2005), 852;

There is no compelling evidence to indicate that the ancient Egyptians recognized any theory of legal recovery even remotely similar to our modern tort law. Rather, it appears that criminal laws, perhaps, fulfilled some of the functions of modern tort²⁴.

3. Hebrew civilisation and culture

Hebrew civilization was formed and lasted for 14 centuries on a very limited area: the Israel area was at the beginning of approximately 15,000 square kilometers. The country had a variety of relief and climatic conditions. Numerous earthquakes, desert winds, long periods of dryness, devastating cloud of locusts, mosquitoes that spread malaria were added continuous invasions of nomadic tribes. To all these were added also the permanent danger of a ferocious fauna (lions, bears, wolves, leopards and poisonous snakes). Watercourses were very few and very poor. Ore deposits were also very poor.

Despite all the above-mentioned conditions, the biblical texts name Palestina as “*the country were milk and honey in pour*”²⁵.

It is well known that in the ancient civilizations of the East, religion dominated all aspects of life, in any but the dominant character is not so clearly and so exclusive as that of the Jews. To them, between the religious life, the moral and legal substance because there was a unit common to both the origin and it is carrying, and precepts for the conduct of life and was assured only: the acquisition of holiness before God. Hebrew culture is today, while configured, disfigured and transfigured by the religious factor.

If the condemned could not be found or caught, he was cursed, and who knew him and, having knowledge that he was cursed, not denounced it, he suffered himself the penalty imposed to the condemned. After the delivery of the sentence, it followed immediately the execution of the sentence.

Corporal punishment usually consisted of baton blows (*not more than 40*). Another penalty was deprivation of freedom, for example, thieves who could not repay the theft were sold as slaves. Imprisonment brought by other nations around was applied after the return of the Jews from Babylonian captivity.

The death penalty was prescribed by law for voluntary omicid, for kidnapping a person in order to bring in a state of slavery, for idolatry, witchcraft and failure to respect Sabbath, and for the case when the daughter of a priest prostitute oneself. It also was applied to a serious fault of the child's behavior towards the parents, for adultery, sodomy, homosexuality, incest and bestiality. Burning alive was the punishment in cases of incest or for the case when the daughter of a priest prostitute oneself, or for the adulterous woman. Punishment of crucifixion was not known at Jews, punishment which was applied by the Persians, Greeks and Romans.

The execution of the death penalty, which usually took place in public and which consisted in killing blows of stones, was entrusted to the family who had suffered insult or to the community.

In case of a serious crime, the death penalty was aggravated by hanging, impalement or burning of the dead body. These provisions sanctioning the death penalty or other sanctions were imposed in atrocious circumstances quite rare and were formulated in order to prevent the perpetration of such crimes and to frighten potential offenders.

In nomadism, the Jew people had as the supreme law the blood revenge, a principle which could not be suppressed even later. Death demanded to be punishable by death, and the family of the killed had to kill the murderer or one of his family members. Law of blood revenge was preserved in the next period of sedentary life, and it has been filled with the legal principle of retaliation.

²⁴ Russ VerSteeg, *quoted work*, 60;

²⁵ Ovidiu Drâmba, *quoted work*, 167;

This crude principle did not apply either to Hebrew “*ad litteram*”. Even death penalty could have been redeemed with money, at least if it was not a murderer.

The same old Hebrew code “*The Book of Alliance*” provided some alternatives that greatly attenuated the law of retaliation. In Hebrew law are met many influences of the Babylonian code, but overall, the originality of the Hebrew law is clear. In order to impose as an absolute rule of law what it made, the legislator Moses claimed that they were delivered on Mount Sinai by Yahwe himself. In his famous code of legal rules, Hammurabi himself was described as having received the code from the hands of the god Shamash. But, unlike the Babylonian god, Yahwe-Jehovah was essentially the god of equity, morality and justice.

Several ancient cultures evidently considered defamation or false witness to have such a corrosive effect on the public peace and order as to require the most severe penalties. In ancient Egypt, one tried for defamation could, as today, interpose truth as a defense. Interestingly, if found liable, the libellant was not punished for this first transgression. Instead, he or she was required to take an “*oath of mutilation*”, covenanting that they would submit to amputation of their nose, ears, or both should they engage in a further transgression.

Under ancient Indian law, defamation of a Brahmin by one of a lesser caste might be punished corporally. For more prosaic libel and slander between social equivalents, a fine would be the suitable punishment. This differentiation seems to be the exception that tests the rule of equal protection often, but not invariably, represented throughout ancient law²⁶.

4. Persian civilization and culture

Between the rivers Tigris and Indus, the Caspian Sea, the Persian Gulf and the Indian Ocean, the Iranian Plateau covers an area of 3,000,000 square kilometers. On this territory have cross 4,000 years ago many trade routes linking the Near East, on the one hand, India and China, on the other hand with the countries of the Eastern Mediterranean basin. The history of Persia has been closely linked in antiquity and in the early Middle Ages, with the history of Assyria and Babylon, Egypt, Greece and Rome, Byzantium and Islam. Area par excellence of contacts between East and West, Persia perceived and digested, transferred, or intermediated, the historical experience of several nations around, creating and spreading original cultural and civilization forms²⁷.

In the absolutist monarchical regime such in the Persian despotism, the king was the only source of law. His judgments became his immutable laws; laws who, allegedly “*inspired*” by the supreme god Ahura Mazda, meaning that they were the expressed will of Deity itself. Therefore, violating the King’s judgement, so the law, was a serious crime against religion, an intolerable insult to God. As a result, there was not an organic compact, stable and unique code of Persian law. The tests of the king’s laws were drawn up by priests which for longtime met also the function of judges. The punishments were generally very cruel, like the Assyrians ones. The easiest punishment (*and which in some cases could have been replaced with a fine*) consisted in lashes, between 5 and 200. The maximum number of lashes were administered to the one who poisoned the dog of a sheppard (*while for an involuntary omicid there were provided only 90 lashes*). The law established also that for a crime committed by someone to be punished his whole family.

The most serious crimes and offences were punished with mutilation, the removal of eyes, with scrap with red iron or with death. Darius, punishing a traitor, had taken to be recorded in the following terms his decision: “*I had him cut his nose and ears, cut his tongue and remove eyes. Then I demanded to be killed by crucifixion*”. The crimes for which death penalty was provided were: betrayal, theft, sodomy, murder, guilt for having entered in the intimate life of the king or for

²⁶ For example, inscribed on the tomb of the Egyptian Vizier Rekhmire (1479-1425 B.C.) is: “*I judged both [the insignificant] and the influential; I rescued the weak man from the strong man; I deflected the fury of the evil man and subdued the greedy man in his hour. I was not at all deaf to the indigent*”;

²⁷ Ovidiu Drâmba, *quoted work*, 203;

having relations with one of the king's concubines or for having seated even casually on the royal throne. Capital punishment was executed by poisoning, impalement, crucifixion, hanging upside down, lapidation, skinning, crushing his head, coverage with heated ash, burial alive by the neck and other such horrors²⁸.

5. Indian civilisation and culture

From ancient cultures, the Indian culture can not be compared, as extension, range and duration, than the Chinese. India and China are also the only large countries which present an uninterrupted cultural continuity based on traditions that climbs to the III millennium B.C., traditions present even today.

More than in any other country of the Ancient Orient, in India the concept of law and of worship is confused. A religious rule became also a legal rule which regulate social relations. The set of customs and traditions have been in close contact with the prescriptions, dogmas and religious rituals. In India, the law appears as a complex and strange mixture of caste rules, of royal provisions and of rural traditions.

These religious, moral, civil, legal rules were gathered in collections, each collection being drawn up by a school or by a brahmanical sect that enjoys real authority over their respective followers.

The best known of these collections is the Laws of Manu²⁹, whose original nucleus was perhaps a sutra dating the V century B.C. The Laws of Manu is the most important law code of ancient India, attributed by tradition to Manu, the first man. The code is written in lyrics (*of 2685 staves*), the 12 books include: principles of theology, trade, metaphysics and cosmogony, precepts of morality, education, economy, rules for carrying out acts of worship, and marital debt to relatives, friends and strangers, debts of principal castes and of the secondary ones, both to each other, and caste members among them, notions of domestic and foreign policy, strategy and tactics, tips regarding the conclusion of political and military alliances, and comprehensive land, civil, criminal, commercial law et cetera³⁰.

The Laws of Manu begin with a cosmogonic outline of which we find out that at the beginning "*it was only an indefinite, incomprehensible, unknowable night*"³¹. Generally seen, the Laws of Manu has color and religious sanction like all the law of ancient nations.

Attributed to the laws of other legislators, as were Kratu, Urihaspati, Paraşara, Narada, the Laws of Manu has received a great pass and still form even today the basis of Indian law, public and private. Their strength comes from the fact that it was been drawn up within the meaning of holy writings, whose spirit is not removed in any point.

To prevent confusion and decay, the sage Manu, son of Brahma, drew up the code of laws, setting out good and evil in deeds and ancient customs of the four castes. The source of the code of law is the ancient custom approved by the divinity, the elaboration of the code expressing the transition from the custom to law.

About Manu, which is assigned the composition of this law do not know anything precise. What is said in the text about is related to myth. However, we have no reason to doubt his historical existence, but we can not know where he lived and who he was.

The social balance, so necessary in the coexistence of castes, could not be achieved without a guarantee of compliance of debts, which in the Laws of Manu is regarded as punishment. The penalty is a creation of divinity. It should be applied to those who deserve it, because: "*If the king would not punish continually those who deserve being punished, those strong would roast those weak, as fishes are roasted in spits*" (VII, 20). Moreover, "*the punishment is justice*" (VII, 18) and "*justice is in the penalty law*" (IX, 249) which expresses the concept that law must be related to

²⁸ Ovidiu Drâmba, *quoted work*, 217;

²⁹ Ovidiu Drâmba, *quoted work*, 243;

penalty.

Identification of justice with punishment does not mean assimilating it to the act of punishment, but with his consequences. Failure to apply the penalty has the same consequences as a guilty punished.

Regarding the penalties imposed for offenses committed in contempt of the Law's provisions, we ascertain that offences and crimes were carefully examined and severely punished. Because "*if destroyed, justice destroys, if defended, she defends... Justice is the only friend that it remains you after death*" (VIII, 15, 17).

In reality, it is a justice of class, if a sudra hurts a member of the other three castes, then his hand would be cut; if he only dares to sit besides him, then he would be marked with red iron and banished (VIII, 279, 282), and if he insults someone of an upper caste, then his tongue would be cut, a red iron would be dug into his mouth or boiling oil would be pour in his ears (VIII, 270 - 2).

However, if a Brahmin has committed all possible crimes, the only punishment was "*to be banished from the kingdom*", leaving to him all his goods and not being harmed (VIII, 380-1).

In the vedic period (1500-500 B.C.) corporal punishments did not apply, but only fines, then the death penalty applied for murder, but also for other cases: the plot against the king, entrance in the palace rooms reserved for women, theft of elephants or horses belonging to the king, theft of storage of grain, of arsenals and of temples (VIII, 280). For other types of theft was provided the chopping of the fingers, of the hand, of a leg or impaling (VIII, 276-8).

Male adultery was punishable by imprisonment, but also impaling, if the woman belonged to a group of "*wives*" of the king. To the adulterous woman a strange punishment was reserved: her hair was cut off, she was greased with butter, with hands tied behind her back and made to cross the city riding backward on donkey, symbol of incontinence.

The Laws of Manu provide that the adulterous woman to be devoured by dogs in a public place and the man to be burned alive (VIII, 371 - 2).

Gradually, from Gupta dynasty in India, corporal punishment and tortures were gradually suppressed after that, the old judicial system and the old judicial practices have returned, but in a more gentle forms. Buddhism with his humanitarian ideas they teach had, undoubtedly, a positive influence in this respect. The Laws of Manu affirm, more explicitly than other spiritual creations of the Ancient East the dependence vision of society and law, ethics, proposing a unitary concept over man, cosmos and the social, political and legal settlement of the society.

Under ancient Indian law, defamation of a Brahmin by one of a lesser caste might be punished corporally. For more prosaic libel and slander between social equivalents, a fine would be the suitable punishment. This differentiation seems to be the exception that tests the rule of equal protection often, but not invariably, represented throughout ancient law³².

Perhaps greater than in other countries of the Ancient East, in India the concepts of law and worship are confused. A religious rule became also a rule which regulate legally the social relations.

Justice was applied, if the case, by the head of the family, the village chief, the head of the caste, the governor of the province, the minister of "*justice*" of the kingdom or even in very serious cases personally by the king. Criminal cases were generally judged by the Brahmans, and the civil cases by the laic magistrates.

In case of false testimony heavy corporal punishment were applied to the witnesses. The accused may have been subject to torture (*but the Brahmans, pregnant women, elderls, children, diseased people and imbeciles could not have been tortured*)³³.

³² Ovidiu Drâmba, *quoted work*, 270;

³² Ovidiu Drâmba, *quoted work*, 311;

³³ Ovidiu Drâmba, *quoted work*, 270;

Among the agricultural community of the Konyak Nagas of India, conversion might be punished by fines, but the stricter penalty of banishment might be reserved for chronic offenders.

6.Chinese civilisation and culture

The oldest area of historical civilization and of evolved culture was located between Nil and Indus. The second area was located in the Far East, in the pond of the river Huang-Ho (the Yellow River), holding in his time of maximum extension an area of over 9,000,000 square kilometers. In these areas, most of the major ancient civilizations that have survived until today are the Indian and Chinese civilizations³⁴.

In China but also in India continuity solutions exist, they are traceable along four millennia. Traditions, customs, old culture forms are kept in evolved ways of expression, obviously but similar to those ancient. For Chinese the tradition is an active spiritual reservoir; the tradition has not ankylosed, but remained a propelling element. The huge geographic space where this culture so organic and uniform was formed influenced the history.

From ancient times, the Chinese legal regime was characterized by a draconian repression system. Punishments were barbarian as in all Asian countries. Most familiar punishment, after the slightest punishment (*the hair cutting*) consisted in baton blows (*at the beginning between 300 and 500, then in the II century B.C. the number was reduced at 100*). After this punishment, it followed the mutilation. Most ordinary mutilations were scrapping the face with red iron, chopping the ears, nose, tongue, castration and amputation of foot. In this respect it is relevant a royal ordinance whereby the kings threaten: "*If among you lie malefactors... I shall cut their nose and I shall exterminate them without sparing their sons*".

Subsequently, in the Han era (167 B.C.) criminal mutilation was replaced by the penalty of baton strokes. The death penalty existed in most different forms: strangulation, decapitation, breaking the body between two carriages and throwing the guilty party in a reservoir with boiling water. In the Shang era the capital punishment was provided also for drunks. Those senior sentenced to death are given for the suicide.

Penalty regime in Ancient China highlights some specific features³⁵:

- first of all, the penalties looked upon exclusively the crimes repression. Beside the criminal code, a civil code did not exist;

- second of all, the sanctions were extended to the entire family of the guilty and sometimes even to the neighbors. For example, in case of rebellion, the punishment by decapitation looked both guilty and his relatives, on the male line, from grandparents to grandchildren of brother and the relatives on the female line became slaves.

From the idea of solidarity and joined responsibility on which the Chinese family structure was based was resulting the practice of family vendetta that Confucian texts debt rose to the rank of "*The son can not live under the same sky with his father's murderer*". Therefore, the one who was indebted to avenge a family member for an act which was not punishable by law, was always prepared to execute the vendetta at the right time:

- the punishment was more aggravated, as the guilty was more related to the victim. For example, the capital punishment by strangulation was foreseen for the guilty who caused death, even incidentally, unintentionally, to his father, mother, grandfather or grandparents;

- the judge who intentionally acquitted a guilty or condemned an innocent was punished with the sanction foreseen by law for the guilty. The judge who rendered with bad faith a wrong sentence for which the sanction was the capital punishment was also executed;

- the person who committed a felony, but appeared before a judge before the felony has been known, was automatically acquitted. It is stipulated that anonymous denunciations were

³⁴ Ovidiu Drâmba, *quoted work*, 311;

³⁵ Ovidiu Drâmba, *quoted work*, 337;

punishable by death, even they contained the truth. The judge who retained such denunciations was sentenced to 100 strokes of baton, while the accused was removed from the case, even if the accused was guilty.

These features of the legal sanction, denoting archaic primitive reminiscences are explained by the backward social state in which the Chinese society has continued for millennia. However, the Chinese code represents a remarkable effort of legal thought.

7. Japanese civilisation and culture

Japan has a civilization which was formed by massive loans, almost in all areas, from the much older culture of China. A lively desire for knowledge, great insight and poignancy, a pragmatic spirit, disciplined and organized, a strong attachment of practically everything have been the intellectual characteristics of the Japanese throughout its history³⁶.

In the prefeudal age of Japan, customary law rules differed from one region to another. In general, the head of the family was the one to judge and punish his family members and servants. When evidences or witnesses lacked, a fortune teller priestess, after falling into a trance, established the “*truth*”.

The local samurai was the one who judged all causes, according to rules adopted by the Shogun government. The punishments were based not only on the seriousness of the crime, but also on the social position of the guilty: more the position was high, the more the punishment was more severe. Indeed this criterion surprise, but it is characteristic for the Japanese aristocratic mentality. Convicted for less severe crimes were removed for a period of time from among the community and nobody was allowed to help or even speak to them. For more serious crimes, the transgressive were excluded from all civil rights, despised by all, isolated in special districts, with lepers, forced to execute the most “*impure*” occupations, reduced to the status of beggars. The Japanese used also the hardest penalties, tortures or gallows³⁷.

Conclusions

The intersections between several ancient criminal codes and Christian indulgences are striking. Both systems regulate human behaviour by imposing money penalties on wrongdoers. Further, both appraise harm, restore religious harmony, regulate markets, provide restitution and are heavily status dependent.

This article’s modest goal, however, has been merely to advance our understanding of ancient law by examining and analyzing the legal implications derived from several major works of antiquity.

For example, the rules and procedures of sports and games arguably reflect a society’s attitudes towards conflict resolution and notions of justice.

The penalty is justified by the very existence of the general interest of coexistence, because the legal rules govern in the benefit of all people. Therefore, we assume that the penalty is a warning *ante factum* for those who are tempted to elude the rule of law indicating the consequences and disadvantages arising from this eludation³⁸.

Whatever the specific particularities of national legal systems, in any historical time and place, the legal sanction had an important role in the normative-legal dimension of society. The legal sanction has to prevent the perpetration of illegal acts; when the prevention failed, she must determine the offender to commit a less serious offence; the legal sanction should maintain the criminality at a low level³⁹.

What is the goal of the review contained in this article? It cannot be to amuse ourselves with

³⁶ Ovidiu Drâmba, *quoted work*, 377;

³⁷ Ovidiu Drâmba, *quoted work*, 387;

³⁸ Mihai Bădescu, *quoted work*, 296;

³⁹ Mihai Bădescu, *quoted work*, 298;

examples of how more efficient, transparent, humanitarian, or behaviorally expert we have become as we compare modern Western law to its ancient counterparts around the globe. To begin, no responsible legal anthropologist, or for that matter no sociologist, should examine an incident of how another culture responded to a social need and do so only after removing the subject from its context, taking it, in a sense, by forceps and removing it from its carefully constructed diorama. All of us have mused at one point or another as to how incomprehensible certain things or affairs of our modern lives would appear to visitors-of this world or another-who might a thousand years from now encounter such things as stranded, noncontextual relics. As is true today was true also in ancient times: very few legal rules have no social bona fides; very few rules are per se meritless. Further, our legal exploration cannot be to congratulate ourselves that modern Western civil code and common-law legal systems have seemingly achieved consistent levels of efficient and moral norms. The objective of this review is to unveil and to examine how other cultures in distant times responded to a social imperative that has been constant for all of man's days: How may social groups, large and small, respond to the need to cabin individual behavior to advance common well-being? First and foremost, it is shown that a standard of egalitarianism and equal application of law typically characterizes primitive groups deriving sustenance from hunting or agriculture. Beyond this, perhaps the greatest consistency between and among the legal norms and rules discussed is that of proscriptions of unconsented-to taking. Whether the delict involved deprivation of another's right to their own reputation or the theft of goods, no human group, even in the earliest time, permitted one individual to take from another simply because he was stronger, crueler, faster or less principled, i.e., simply because he could otherwise get away with it. The collective was better served by deterring such behavior with such remedies as requiring the return of what was owed, be it the return of the object or its equivalent, or its money equivalent, or, in the case of a dignitary harm, the rendering of an apology or its symbolic equal, or alternatively suffering the penalty that would accompany the false allegation had it been true. A similar congruence can be seen in the treatments of trespass to land or private nuisance. If the harm to the property, or the interruption of the occupant's right to profitably exploit it, could be quantified in lost crops or otherwise, the amends would be in kind. Otherwise the injured party could be made whole by money damages. In turn, under the law of public nuisance, which in all times has been described as behavior that detracted from good of the general community, a culprit might first receive a sound thrashing, in the hope that it would deter continued deleterious behavior. Certain progressive or humanitarian progress is also evident. At the most ancient end of the cultural timeline investigated, the penalty for delicts ranging from manslaughter to battery to kidnapping might be corporal punishment or even death. Or the transgression might result in vendetta, or in a blood oath, binding the parties and their families to a violent continuation of the dispute. With the passage of time, though, there were introduced alternative means of remedying such wrongs, to wit, the payment of money to the victim or to his or her family - developments that brought the rectificatory norms into greater alignment with modern standards of corrective justice. While this article has provided a sometimes diverting romp in the fact and the lore of ancient normative treatment of civil wrongs, it is also a precis to a longer inquiry into the wheres, the whens, and the whos of the origins of our modern tort law. It can be seen that the carbon dating of the roots of modern common law reach back further than the rise of a lawyer class in pre-empire England, and with regard to the modern civil code treatments for extra-contractual harm, antedate even the Roman law that underlay the Napoleonic Code.

References

- Lidia Barac, *Legal responsibility and sanction*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 1997), 213;
- Mihai Bădescu, *Legal sanction in theory, law philosophy and in Romanian law*,

(Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 2002), 3 - 298;

- D. Oswald Dykes, *The Code of Hammurabi*, (Juridical Review, vol. 16, Issue 1), 72 - 85;
- Ovidiu Drâmba, *The history of culture and civilisation*, vol. 1, (Bucharest, Scientific and Encyclopedic Publishing House, 1984), 77 -388;
- Frank L. Fetzler, *The Code of Hammurabi*, (Commercial Law Journal, vol. 35, Issue 12, 1930), 726 – 729;
- <http://heinonline.org/>;
- M. Stuart Maddent, *The cultural evolution of tort law*, (Arizona State Law Journal, vol. 37, Issue 3, 2005), 831 - 860;
- Roy T. Matthews, F. DeWitt Platt, *Readings in the Western Humanities*, vol. 1, Fourth edition, (New York, McGraw-Hill Higher Education, 2001), 1;
- Benton S. Oppenheimer, *Some Ancient Laws*, (University of Cincinnati Law Review, vol. 9, Issue 2, 1935), 101 - 140;
- Nicolae Popa, *General Theory of Law*, 3-rd edition, (Bucharest, C.H. Beck Publishing House, 2008), 125;
- Martha T. Roth - *Mesopotamian Legal Traditions and the Laws of Hammurabi*, (Chicago, Kent Law Review, vol. 71, Issue 1, 1995), 13 - 40;
- Andrew R. Simmonds, *Measure for Measure: Two Misunderstood Principles of Damages, Exodus 21:22-25 “Life For Life, Eye For Eye” And Matthew 5:38-39 “Turn The Other Cheek”*, (St. Thomas Law Review, vol. 17, Issue 1, 2004), 123 - 172;
- Benjamin Taibleson, *Archaic Criminal Codes and Penitential Indulgences*, (Journal Jurisprudence, Vol. 2, Issue 1, 2009), 11 - 28;
- Russ VerSteege, *Law in Ancient Egyptian Fiction*, (Georgia Journal of International and Comparative Law, vol. 24, Issue 1, 1994), 37 – 98;
- Reuven Yaron, *Enquire now about Hammurabi, ruler of Babylon*, (Jerusalem, Legal History Review, vol. 59, Issues 3 – 4, 1991), 223 – 238.

THE IMPLICATIONS OF THE TRANSPOSING OF EUROPEAN DIRECTIVES REGARDING THE IMPROVEMENT OF THE EFFECTIVENESS OF REVIEW PROCEDURES CONCERNING THE AWARD OF PUBLIC CONTRACTS

Liana-Teodora PASCARIU*

Abstract

Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts were transposed in Romanian legislation by amending O.U.G. nr. 34/2006.

In order to combat the illegal direct award of contracts, which the Court of Justice has called the most serious breach of Community law in the field of public procurement on the part of a contracting authority or contracting entity, it should be in legislation provision for effective, proportionate and dissuasive sanctions. The present study examines if a review procedure is available at least to any person having or having had an interest in obtaining a particular contract and who has been or risks being harmed by an alleged infringement and pursues if the transposed directives strengthen the effectiveness of national review.

Key words: *European directives, contracts, public procurements, administrative litigation, legislative harmonisation*

Introduction

As a member country of the European Union, Romania has assumed the implementation of Community law, which requires adoption of measures under the transposition into its own national legal system, with respect to deadlines, conformity and correct application. European Directives, which require the establishment of some Community rules to be followed by some of the Member States or by all, must be implemented in their national legislation, the Member States being free to decide how they will do so¹.

Regarding public procurement, this study will answer the question whether the Community directives have been implemented effectively and if indeed led to the improvement in the effectiveness of review procedures for the contract award. This is a particularly important aspect if we consider that EU public procurement market represents over 16% of GDP of the Union, providing transparency and efficiency in managing public money, jobs and business opportunities.

Finally, we are going to analyze the legal framework for public procurement in Romania, Community legislation in the field, concrete way in which Community Directives have been transposed into internal legislature, but also the implementation effects, making a summary of practice in the field.

Sure, especially after 2006, with substantial changes to national legal framework of public procurement, and field experts have tried to find solutions through relevant research, to the problems arisen in practice, in conjunction with the competence of the public procurement contract, procedures award, conclusion, execution or annulment of these types of contracts. Present paper completes this theoretical matter, being backed by an analysis of practice and highlights issues that have not been detailed until now and which require a broader approach.

* Lecturer. Ph.D Candidate, lawyer, Faculty of Economic Science and Public Administration, University „Ștefan cel Mare” Suceava, Public Administration and Law Department; (liap@seap.usv.ro)

¹ L. Florescu, "Infringement Proceedings", <http://lucianflorescu.legaladviser.ro/wp/2009/06/05/Infringement-Proceedings-Communities>.

Study of efficacy of review procedures in relation to public procurement contracts

The procedure for awarding public procurement contract in Romania has been a constant concern of the legislature in recent years, based on the need for clear procedures in spending public money and reaching at an effective and transparent competition between economical operators in order to achieve a more efficient administration of public property assets. One key element in the EU integration process, with impact on all other areas of interest for the communitarian acquit for "Internal Market", was the development of a system of efficient and credible public procurement. The previously system, established by GEO no. 60/2001, had serious deficiencies, observed over time, both in terms of effective deployment of procedure and in terms of efficient appeal of documents disposed during this proceeding.

In order to improve the legislative framework of public procurement, the Romanian government issued Emergency Ordinance no. 34/2006, concerning the award of public procurement, of public works concession contracts and services concession contracts. Through this legislative act the dispositions of Directive no. 18/2004/CE and Directive no. 89/665/EEC (in terms of procurement in the "classic" sector) and the dispositions of Directive no. 17/2004/CE and Directive no. 92/13/EEC (relating to "utility" business acquisitions) are being transposed into the national legislation.

In the Romanian Government meeting of 7 March 2009 major changes to rules on public procurement were adopted by emergency ordinance, undertaken by the government program at the end of 2008². The adoption of the Ordinance has not been without criticism, focusing in particular that the project of the normative act has not been subdued to the procedure of information and public debate.

Only three months after the coming into application of the Government Emergency Ordinance no. 19/2009, a number of discrepancies between some provisions of this emergency decree with Directive 2007/66/EC of the European Parliament and the law Council of 11 December 2007 have been noted. This was likely to give rise to infringement proceedings by Romania of the Community law, according to art. 226 European Community Treaty, and to generate further financial adjustments to contracts financed from the Community funds. Under these circumstances, a new legislative amendment was required, as the Government Emergency Ordinance no. 72/2009.

The need of amending the public procurement legal framework has thus resulted from the adoption, at the Community level, of *Directive no. 2007/66/EC of the European Parliament and the Council of 11 December 2007 of amending Directives No. 89/665/EEC and no. 92/13/EEC regarding the improvement of the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts*, but also the assuming, by Romania, of the action plan developed from the issues raised by the European Commission in the evaluation of the Lisbon Strategy implementation at the EU Member States level and the euro area, published on January 28, 2009.

Consultations of the interested parties and the case law of the Court of Justice have revealed a certain number of weaknesses in the review mechanisms in the Member States. As a result of these weaknesses, the mechanisms established by Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC do not always make it possible to ensure compliance with Community law, especially at a time when infringements can still be corrected. Consequently, the guarantees of transparency and non-discrimination sought by those Directives should be strengthened to ensure that the Community as a whole fully benefit from the positive effects of the modernization and simplification of the rules on public procurement achieved by Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC. Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC should therefore be amended by adding the essential clarifications,

² E.G.O. no. 19/2009 was published in Romanian Official Journal no. 156/12.03.2009.

which will allow the results intended by the Community legislature to be attained³.

In the practice of the Court of Justice of European Communities⁴ it has been defined the public procurement contract as a written contract for pecuniary interest concluded between a contractor and a contracting authority (State, local authorities, public bodies) which covers in particular the design and /or execution of works. The fact that the contractor does not perform work but entrusts himself to the sub-contractors has no relevance, the contract law being framed within public procurement.

Procurement contract is defined⁵ as *a contract that includes the contract sector category, for pecuniary interest, concluded in writing between one or more contracting authorities on the one hand, and one or more economic operators, on the other hand, with the execution of works, supply of products or services.*

Without detailing the typology of contracts, which goes beyond this study, we show that after the criterion of their object, amended E.G.O. no. 34/2006 divides contracts into work contracts, supply contracts, service contracts and sector agreements.

Of interest here whether, after the legislative changes required following the adoption of Directives mentioned above, at theoretical and practical level it felt an improvement of the effectiveness of remedies in public procurement contract in litigation matters. As the new statement of art. 255 paragraph. 1 of E.G.O. no. 34/2006 amended shows, the legal standard establishes a protection system for businesses involved in the award, which has a legitimate interest in respect of such award proceedings and which has suffered or may suffer harm as a result of an act of contracting authority, likely to produce legal effects or as a result of failure to solve a legal term of an application of this procedure for the award. The influence of Community Directive has led the introduction of new points on accelerating the procedure and ensuring sound judgments by shortening terms and efficiency reviews.

Ordinance provisions are naturally complementing with those of the administrative litigation Law⁶, which, reviving the provisions of Article 52 paragraph. 1 of the Constitution stipulates in Article 1 the possibility of referral to court litigation by any person who considers endangered in his rights or in a legitimate interest by a public authority.

Corroborating the provisions of GEO no. with the Law 34/2006 554/2004, in finding that procurement contracts, it applies legal regime of administrative law, both in terms of the contract award and to conclude on issues, performance, annulations or its appealing in court.

Doctrine⁷, the opinion that we concur, assimilates the legal regime of administrative law established by Law 554/2004 and administrative proceedings held by public authorities and makes award contracts concerning the management and use of state's private domain and of administrative-territorial units.

We can therefore say that this type of contract, by reference to the administrative contract, represents the specific difference while the administrative contract is the proximate type. In this context, the public procurement contract, in the no 34/2006 GEO sense as it was originally drafted had a double law subordination having to comply with both the legal regime established by the law of administrative court and the legal regime established by public procurement legislation⁸. With the substantial change of Ordinance by GEO19/2009 and GEO No. 72/2009, the procurement

³ Art. 3 of the introduction of the Directive no. 2007/66/CE published in European Union Official Journal from 20.12.2007.

⁴ Case no. C-2002/05 of European Court of Justice., in Curierul Judiciar nr. 3/2007, pg. 52.

⁵ Art. no. 3 first al. of E.G.O. no. 34/2006 with modifications.

⁶ Published in Romanian Official Journal no. 1154/07.12.2004.

⁷ E. Albu, "Administrative Contracts. Procurement and Administrative Court" (the Judicial Courier 1 , 2007), p.66.

⁸ M.I. Niculeasa, "Public Procurement Law. Comments and explanations" (Bucharest: CH Beck Publishing, 2007), 34.

contract would apply its own legal proceedings, other than the administrative litigation law, procedure whose rules are detailed specified by new articles of the Ordinance concerning procurements.

Therefore, in litigation matters arising from public procurement contracts has set up a voluntary judicial administrative procedure applicable to all transactions that take place during the procurement and contract award procedure required prior to litigation arising after the contract, as pointed out consistently in practice⁹. Preliminary proceeding, in accordance with art. no. 720¹ Civil Procedure Code, applies only in respect of disputes arising after the public procurement contract.

Any person who is endangered in a right or a legitimate interest by an act of the contracting authority through violation of procurement laws, may request annulment of the act, order the contracting authority to issue a document recognizing the claimed right or legitimate interest in the special administrative jurisdiction by way of addressing a complaint to the National Claims Settlement, an administrative-judicial body initially located near the National Authority for Regulating and Monitoring of Public Procurement¹⁰, established by Ordinance 34/2006 and past along with Ordinance amendment in March 2009 under the authority of the Government General Secretariat.

These provisions in fact entered the transposition of Article 17 of the preamble, which states that a review procedure should be available at least to any person having or having had an interest in obtaining a particular contract and who has been or risks being harmed by an alleged infringement.

The administrative review procedure against illegal acts issued by authorities in the award of public procurement contract has not been maintained in original version of Ordinance 34/2006, which established optional the appeal of the act by judicial-administrative mean or direct in court. Regarding the categorization of the contract, the Ordinance gives the person dissatisfied with the order the chance to address to the National Authority for Regulating and Monitoring of Public Procurement to express his point of view. This one is not the same with the administrative complaint procedure provided by Law administrative courts; the legislature did not insert expressly any consequence if any claimant is dissatisfied with the response.

Therefore as legal, the appeal to the National Council Claims Settlement under Article 256 of the Ordinance 34/2006, is a voluntary legal-administrative mean, in accordance with Art. 21 paragraph 4 of the Constitution, and it can be made by any harmed person, "trader" in the text as amended by Ordinance 19/2009, which satisfies the following conditions: has a legitimate interest in connection with that award procedure and suffered, is suffering or likely to suffer harm as a consequence of an act of the contracting authority, likely to produce legal effects or due to failure in legal term to solve a claim on that procedure for the award.

Legislature intended to express and highlight, in the new wording in March 2009 to GEO 34/2006, the actions or omissions of the contracting authority, likely to cause harm by introducing for the first time the unsolved situation in legal term of an application relating to the contract award procedure, by assimilating, under this point, the procurement contract with the administrative act unilaterally.

It is also established, in the new wording of the Ordinance, an exception to the use of administrative-judicial mean for certain types of procurement contracts. Complaints about service award procedures and / or work related to transport infrastructure of national interest are formulated and judged under the Law administrative court no. 554/2004, with subsequent amendments.

⁹ Decision no. 1789/27.03.2007 of High Court of Justice, in G.-V. Bîrsan, B. Georgescu, '*Administrative Litigation Law*' no. 554/2004 annotated (Bucharest, Hamangiu Publishing, 2008) p.62.

¹⁰ The National Authority for Regulating and Monitoring of Public Procurement was created by E.G.O. no. 74/2005 modified.

Phase-court procedures begin with notification to the contracting authority, under Article 2561 of the Emergency Ordinance no. 34/2006, which states that before the competent court, the injured party notifies the contracted authority the alleged violation of laws on public procurement and the intention to seize the Court. The notification does not have the effect of suspending the right to award procedure. Through the last legislative amendment, it was held that the absence of notification does not prevent the placing request before the competent Court.

The procedure for resolving disputes is regulated in Articles 266-276 of the GEO no. 34/2006, according to which the Council jurisdiction extends to appeals made in the award procedure, before concluding the contract, the panels constituted under the Rules of organization and operation of it. Therefore, the appealing of any acts of the contracting authority, subsequent contract signing, is the exclusive competence of courts.

Naturally, the freedom to choose for either the mean of contentious litigation or the administrative jurisdiction assumes that the parties cannot address simultaneous to the National Council of Claims Settlement and to the competent Court for the same application. Otherwise, the renunciation to the administrative and judicial mean is presumed, the applicant having the obligation to notify the Council the introducing of the application before the court.

At one case in the Bucharest Court of Appeal¹¹, was found correctly the validity of the appeal sent to the contracting authority one day before being sent to the Council, because the legislature has considered that the contracting authority is aware that such a complaint has made as soon as possible, the failure to inform the authority in the short term is considered a serious offense, which requires the sanction of nullity. The fact that such communication was made shortly before filling an appeal to the Council cannot draw any penalties, any interest of the authority needn't be protected in this way. On the other hand, failure of a copy of the complaint to the contracting authority draws invalid mandatory appeal, as expressed judicious practice¹².

G.E.O. no. 94/2007 significantly restricted the material competence of the Council, which on the original version had also functions to adjudicate on the legality of the procedures and operations of the contracting authority awarding a public contract, as well as issuing opinions on the case before, if the Court requested so. We consider valid the legislative change based, in the context, on the one hand on the fact that the Council was not party to the proceedings, and on the other hand, since the trader could choose one of the two review procedures against the acts of the contracting authority, whether the presentation point of view of this body was not justified, if the party expressly withdrew the complaint to the National Council Claims Settlement.

Moreover, it is questionable how the Council opinion could influence the adoption decision in Court - if it is suggestively held by the Council, that option for the legal mean of economic operator had no legal significance if the judge was not impartial, if instead the court would take a decision contrary to the viewpoint of the Council, its consultation would have appeared as superfluous.

However, as noted before the Constitutional Court with a plea of unconstitutionality of art. Ordinance no. 266 et seq. 34/2006, in this matter, 'law has provided two alternative ways by which the harmed party in a right or a legitimate interest by an act of the contracting authority may challenge the act, which is not likely to contravene the constitutional principle of equality of citizens before the law and public authorities¹³. The option for one of the two ways (the way of administrative jurisdiction, under the emergency ordinance criticized, or the way of justice), places the harmed in different legal situations and in this point has been emphasized in line with judicial

¹¹ Decision no. 723/17.03.2008 of Bucharest Court of Appeal, in D.D. Serban, "Synthesis of Judicial Practice in Public Procurement", in *Romanian Pandects* 9 (2008): p.93.

¹² Decision no. 978/CA/19.09.2008 of Bucharest Court of Appeal, in D.D. Serban, "Synthesis of Judicial Practice in Public Procurement", in *Romanian Pandects* 10 (2008): p.101.

¹³ Decision no. 313/13.03.2008, published in Romanian Official Journal no. 320/23.04.2008; Decision no. 732/24.06.2008, published in Romanian Official Journal no. 592/7.08.2008.

practice of European Court Human Rights, the principle of equality does not mean uniformity, but the similarity of situations requiring a distinction legal treatment. "

Legal provisions on procedure for resolving disputes have been criticized in practice¹⁴, invoking a procedure designed to serve the judicial exercise of the right of an aggrieved person to challenge acts of public authorities. According to Art. 52 par. (2) of the Constitution, the conditions and limits on the exercise of this right, so the default dispute resolution procedure against harmful administrative act is established by organic law. It has been shown that in the hierarchy of normative acts, special organic laws have a different regime on lying down, adoption, repeal, due to the major importance of the areas they cover.

We share the conclusion of the Constitutional Court¹⁵, which hearing the plea of unconstitutionality of procedures for solving disputes before the National Council Claims Settlement, held that "the existence of a prior administrative judicial procedure is widely accepted in the European Court of Human Rights, case law in connection with the application of art. 6 par. 1 of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, agreed that "*flexibility and efficiency reasons, which are fully compatible with the protection of human rights, may justify earlier intervention of administrative or professional [...] not satisfying the requirements under each issue in hand-mentioned provisions, such a system can be claimed by the legal tradition of many other states member of the Council of Europe*"¹⁶ "

The existence of administrative courts in procurement is a constant and in France, where public procurement Code, amended in 2006 by Decree no. 2006-975 of 1.08.2006, recognizes, in Article 127, the possibility of successful bidders of public procurement contracts to use advisory committees to resolve disputes in this matter amicably. Composition, organization and methods of the Committees, whose main task lies in finding a solution amicable and fair, is established by mentioned decree¹⁷.

Recent legislative changes of E.G.O. no. 34/2006 first establish and deadlines where contracting authorities are obliged to respond to the bidder, which term can only be beneficial to ensure speed and transparency principles in public procurement. Acceleration of the contentious proceeding, in order to insure transposition of Directive no. 2007, is objectionable in many respects. It has been rightly pointed out in the doctrine¹⁸ that legislative harmonization is not necessarily a perfect institutional and functional identity in the Member States. Each country must find its own forms of transposition, adapted, of course, at the national character. The imposition by GEO no. 19/2009 and GEO No.. 72/2009, for example, of short of the maximum time of a few days to resolve a dispute, while the administration of evidence is sometimes necessary (the technical expertise, for example, in a case of common law inferred to the Court, may take several months) may affect in terms of ensuring the right to a fair trial. There is the risk that certain evidence necessary to resolve the case to be removed simply for reasons of time and the right of defense is not met, the Court not having the necessary time for a thorough and detailed analysis of the file.

Transposition of Community has also operated on standstill period of the award procedure, but also in the effective resolution of the dispute in Court. A novelty was also the adoption of corrective mechanisms the contracting authority deems necessary. To emphasize the importance of this stage in the proceedings of the judicial administrative procurement contract award, the legislature amended the very name of Section 5 of the Emergency Ordinance no. 34/2006, entitled "remedial measures". In previous version, it was called "interim measures" and regarded the right

¹⁴ Bucharest Court of Appeal, File case no. 295/2/2008, pe www.legenet.indaco.ro.

¹⁵ Decision no. 1098/15.10.2008 published in Romanian Official Journal no. 791/26.11.2008.

¹⁶ Case "Le Compte, Van Leuven și De Meyere versus Belgium, 1981, on www.legenet.indaco.ro.

¹⁷ *Code des marchés publics (édition 2006). Version consolidée au 7 mars 2009*, on <http://legifrance.gouv.fr>.

¹⁸ **Cătălin-Silviu Sărau**, *Administrative contracts. Legal regulation. Doctrine. Case law*, (Bucharest, C. H. Beck Publishing, 2009), 491.

suspension of the award procedure until the time of the appeal solving by the Council.

To speed the procedure, the law confers enforceable to the decision through which the Council annuls partially or totally the contested act, or requires the contracting authority to issue a note or have any other steps necessary to remove provisions that affect the procurement process. The decision of the Council on the fine plays the same character, not being appealed in time, which is run by the competent authorities according to legal provisions on enforcement of tax claims and the procedure under those provisions.

In agreement with the Community, according to which *the Member States shall take the appropriate measures to ensure that, in respect of contracts falling within the scope of the directive (public contracts, framework agreements, concessions of public works and dynamic purchasing systems), the decisions taken by contracting authorities may be subject to effective review procedures and, in particular, as quickly as possible, in accordance with the established conditions*, Romanian law has developed contentious procedure for public procurement contract in Articles 286-287 of the GEO no. 34/2006 as amended.

The European Community practice¹⁹ has consistently expressed as held above, reinforcing the idea that the Member States must ensure in their national legal order the existence of review procedures as pointed out by Directives. Similarly, in another decision it was noted that the obligation of Member States to ensure the existence of an effective review and characterized by swiftly against decisions taken by contracting authorities concerns not only the decisions taken within the tendering procedure itself, but also those outside the formal framework of public procurement, as those preceding the auction²⁰.

Directive 2007/66/EC on the improvement of review procedures in public procurement provides that the Member States must provide "effective" reviews in public procurements. Hence, it was required and the modification by GEO no. 72/2009, of the provisions on stamp duty, which in the rule set up by GEO no. 19/2009, imposed a stamp duty of 2% or 2,000 lei in order to reduce the number of complaints facing contracting authorities could leading to undue the exercise of a functional review.

The Ordinance allows the Court to take an active role in terms of solutions that may be adopted. This provision of alternative sanctions innovative to the right Romanian legal system that leaves to the judge the wide scope of discretion whether, giving the process the elements of a trial "in fairness", is a transposition of Council Directive 89/665/EEC on reviews in public procurement, as the alternative sanctions under the Ordinance. These sanctions, which can be applied alternative and parallel, are limiting the effects of the contract by reducing the duration of execution of the contract, and the sanction with a fine of the contracting authority, amounting to up to 2% of the value of the contract. Regarding the final and irrevocable enforceability, we show that, given the fact that the Ordinance contains no express provisions, it means that it will apply the provisions of Law 554/2004 and the Code of Civil Procedure in the alternative.

Conclusions

Analysis of successive legislative changes E.G.O. no. 34/2006, in conjunction with Directive 2007/66/EC of the European Parliament and the Council of 11 December 2007 amending Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC regarding the improvement of the effectiveness of appeals concerning the award of public contracts, it results that the Romanian legislature sought legislative harmonization in an area that raises and will raise special problems for the participants in public procurement.

De lege ferenda, it is required, nevertheless, a rethinking of public procurement legislation: on one hand, there are yet transposed provisions (conciliation through European Commission, the

¹⁹ Case C-3147/01 of European Court of Justice, in the Judicial Courier 6 (2004),96.

²⁰ Case C-26/03 of European Court of Justice, in the Judicial Courier 3 (2005), 59.

suspension under certain conditions of procurement procedures, general legislation on the public works concession contracts and services concession contracts, etc.) and on the other hand, the existence of a single act, which is the result of transposition of at least four directives, may not cover clearly and concisely the pointed out area.

The implications of a new system, reevaluated, can only be good for future purchases, providing a rapid procedure, transparent, efficient, ensuring proper management of public money and reducing corruption in administration. Therefore, it is necessary for the future, a greater efficiency of monitoring and verification bodies of procurement and a smoothing in practice, to ensure compliance with the above principles.

References

- Emanuel Albu, *Administrative Contracts. Procurement and Administrative Court*, (Bucharest, the Judicial Courier 1 /2007)
- G.-V. Bîrsan, B. Georgescu, *Administrative Litigation Law no. 554/2004 annotated*, (Bucharest, Hamangiu Publishing, 2008);
- 3.T. Blum, *The practice courts*, (in *Local Economics and Management* 3/2008)
- L. Florescu, *Infringement Proceedings*, [http://lucianflorescu.legaladviser.ro/wp/2009/06/05/Infringement Proceedings Communities](http://lucianflorescu.legaladviser.ro/wp/2009/06/05/Infringement%20Proceedings%20Communities);
- M. I. Niculeasa, *Public Procurement Law. Comments and explanations* (Bucharest, CH Beck Publishing, 2007);
- D. D. Serban, *Synthesis of Judicial Practice in Public Procurement*, (Bucharest, in *Romanian Pandects* 9/2008): 93, 10 (2008);
- Cătălin-Silviu Săraru, *Administrative contracts. Legal regulation. Doctrine. Case law*, (Bucharest, C. H. Beck Publishing, 2009).

REPUBLICAN CULTURE AND HUMAN RIGHTS. THE PHILOSOPHY OF CIVIC VALUES OF REPUBLICANISM

Claudia Cristina BERGHEZAN*

Abstract

The present study debates a theme always marked out in treaties, the derived right and the documents of the European Union, fact which proves the application of certain common values to the member states, like: universal values of human dignity, freedoms, equality and solidarity, values which pursue both a better functioning of the social European politics as well as an open communication, which has its foundation in the principles of democracy and of the constitutional state.

Aware of its spiritual and moral potential, the European Union managed, due to the text from the Carta of fundamental human rights, to materialize these values which are directly connected to the principle of nondiscrimination. The Carte of Fundamental Rights of the European Union has been created to define better the faith of the European citizen, his rights and freedoms, which are based on the principles of equality and non-discrimination, gathering in its contents a series of rights of the individual in the community right.

The theme analyzed in this article has as starting point the civic values of Republicanism, tightly connected to the fundamental principle of equality and nondiscrimination – ideal shared in the Universal Declaration of Human Rights (1984¹), principle considered to be a right of all persons, regardless of race, color, gender, language, religion, birth, politic opinion or other nature, social origin, fortune, universal right, which should represent the multitude of voices of our times, in order to reduce social, political and economical differences and to create an European space of superior life quality.

Key words: civic values, principle, universal right, republicanism, equality

Introduction

“There is no need for a lot of honesty for maintaining or sustaining a despotic monarchic government. For the first one, the force of laws, for the second one the prince’s raised arm is enough to regulate and put everything in order. But a popular state needs an additional resort: virtue.”²

Republicanism represents that conception of public life, which stipulates a democratic order, which depends on the vigor of public and civic responsibility. It has its origins in the antiquity, but its tradition survived through authors like Machiavelli, Montesquieu, Rousseau, Harrington or Ana Arendt.

It seems like the republican ideal started from the Greek philosopher Aristotle, and was formed during history as a system based on civic virtues, on freedom, as non-domination, and on the equality of citizens.

Beginning with the Greek way of thinking and largely with Aristotle, instead of preeminence – beside the fact that man is by nature an animal that reached after sociability – it was militated for the need to cultivate a series of virtues, each playing a determined part in the concordant action.

* Assistant, Ph.D. candidate, Faculty of Law, “Alma Mater,, University, (claudiaberghezan@hotmail.com)

¹ DERECHOS HUMANOS PARA TODOS (HUMAN RIGHTS FOR ALL) 50 Aniversario de la Declaracion de los Derechos Humanos , Declaracion Universal de los Derechos Humanos (1948/1998), Adoptada y proclamada por la Resolucion de la Asamblea General 217 A (i.e) del 10 diciembre de 1948. (The 50th anniversary of the Declaration of Human Rights, The Universal Declaration of Human Rights (1948-1998) Adopted and acclaimed through the Resolution of the General Assembly 217 A (i.e) from December 10th 1948. <http://www.un.org/aboutun/hrights.htm>.

² (Baron Montesquieu. From the Spirit of Laws)

Civic values of Republicanism

According to Philippa Foot, a virtue is a corrective disposition, which refers to a temptation to resist or to an error of motivation, that needs to be compensated, because just “*due to the fact that fear and lust for pleasure operate as temptations, courage and abstinence. Exist as virtues... If human nature would be different there will be no need for a corrective disposition, because fear and pleasure would represent good guides to lead our lives*”³.

Although the crucial condition for the existence of citizenship is the fact that it is universal for all members of a certain political community, in reality, its coexistence depends on the will of each person.

Therefore, civic virtue is transformed into the angular stone of republican order. This is why civic virtue and republican order exist in a relation of interdependency, the virtues of republicanism consisting in civic rights “Freedom, Equality and Fraternity,

Freedom is the concept to guarantee “*the material conditions for a person to have autonomy*”, equality is extending these rights to all persons⁴ and fraternity regards the concept of solidarity and class awareness, The coalition freedom, equality and fraternity “*makes constitutional*” persons and at the same time these civic rights “*cannot be sold*” because “*they are not for buy or sale*”. The Republicanism proposes a public concept in which freedom; equality and justice organize social and political relationships of citizens, who live in the same territory, defined through freedom as non-domination, meaning opposition against the master, fact that characterizes Republicanism as being the opposition to monarchy⁵.

On the other hand, the democratic Republicanism is characterized through “making universal the freedom for all”. Republicans like Rousseau, Machiavelli or Pericles, with all differences of approach, agree to the fact that “a person can consider himself free only when he mustn’t request the permission of thirds in order to survive, Thus, freedom, from the point of view of Republicanism, is based on the right of existence, because only he who benefits from the guarantee of this right can consider himself free. Starting from this approach, there are two possible perspectives: to exclude from citizenship everything that has no guaranteed right to freedom, considering that participating in the political community would have deprived this right: or to accept the fact that all inhabitants of a territory must participate in the political community which has the duty to guarantee the right of existence of all its members⁶. The first perspective is based on the vision of Aristotle and the second is founded on the democratic vision, which stipulates the fact that the citizens of a state must have a minimum coverage for health needs, aliments, clothing, and at the same time they have to be guaranteed a space for social autonomic coexistence, regardless the will and disposition of thirds. This means that neither the republic nor its inhabitants are authorized to interfere in the property of persons, to cancel this autonomic social coexistence. On the other hand, the only acceptable political community would be that in which all its citizens participate under similar conditions to the political power, through guaranteeing the right of existence of each and every one of them. There are sometimes situations in which the right to existence of the whole community can be threatened by large private forces, so that the action of such forces escapes the democratic control.

³ FOOT PHILIPPA “Las virtudes y los vicios y otros ensayos de la filosofía moral, (Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994), 123-125.

⁴ CELADA, REGUERO, J. “La igualdad de trato desde la Estrategia Europea de Empleo. Una Perspectiva globalizadora”, in GALLEGO, MARTINEZ, E. M, CELADA REGUERO, J(cord) Mujer y Empleo. Una Estrategia para la igualdad. (Ed. Comares, Granada, 2004), 53-54

⁵ Pettit, Philip(2001(, Liberalismo y republicanismo” en Monique Canto/perber, Diccionario de ética y filosofía moral, tomo II, México FCE pp. 936/944.

⁶ Peña, Javier , *La ciudadanía hoy: problemas y propuestas*, (Valladolid: Universidad de Valladolid, Colección “Acceso al saber”, 2000), 89

In the opinion of the republican author Philip Pettit, freedom in its fundamental political sense, must be thought only in the domination report between states and not necessarily as absence of interference in private rights of individuals. More exactly, in order to guarantee human relations without domination, it is necessary for the politics and laws to interfere in these fields of individual choice. English Republicans of the XVII-th century or Americans of the XVIII-th century sustained that in report of arbitrary power of the sovereign, there must exist guarantees conferred according to the law "the rule of law". Only the power of law can defend citizens against intrusion and exertion of the king's superior power, for the purpose to avoid the existence of a situation of domination or the dependency in report to it⁷.

The existence of domination situations is not characteristic only for monarchy, and an example in this sense consists in the claims of liberals from the United States, who during Lincoln's period suggested the observance of the individual preferences in report to maintaining the slave system. But he decided to let everyone decide for himself if to tolerate the slave system or not. The ideal of a humanity formed by free and equal persons is today more present than anytime, thus the existence of the conditions necessary for the development of the phenomena of universality being permitted. Skinner shares the idea that the individual acts really free only when he does not depend on someone else's willingness. This because it is thought that in decisive moments some have the possibility to hinder others, the last ones living under the constant threat that these impediments can appear anytime⁸.

The classic Republicanism led a politics against slavery and women discrimination, while English and North American revolutionaries set the fundamentals of modern Republicanism, opening the gates for making it universal. The most significant contribution in the state's democratization was made by the Spanish Republicanism. Today, in a world in process of globalization, in spite of the threats of all kind of fundamentalists and of transnational corporations which sometimes act without social responsibility, there is the great opportunity to create a universal citizenship, already defined, not only through some commune aspirations, but also through an universal statute of effective guaranteed human rights.

During history we find the notion of equality as one of the most important currents that runs over the ample arch of the occidental thinking, from stoics to the primitive Christianity, which resurrects with a new impulse during the reform, assumes a philosophic form through Rousseau and utopia socialists and is expressed under the conditions of some real juridical rules, in declarations regarding human rights, from the end of the XVIII -th century up to the present, with the following formulation: "*All people are (or are born) equal*".

The idea expressed by this motto is, that all people must be considered and treated equally, regarding those qualities that according to the different concepts of society and men, constitute in their essence, the free use of intellect, the freedom to have dignity.

Freedom as and equality are terms hard to separate, as long as equality is reciprocal to freedom, which represents the virtue of a democratic republic. Tocqueville distinguishes three forms of equality: juridical equality, equality of political rights and equality of material existence conditions. The power equality involves the fact that all citizens have the same decision capacity, without letting political decisions in the hands of those who are just professionals. The republican democratic ideal aspires to erasing the difference between governments and governors for the purpose to promote an active politics in which all are listened to and can participate to the governing process. In modern societies the direct democracy appears not to be possible, a certain degree of power designation being necessary, in which citizens cannot participate through

⁷ PETTIT, PHILIP (1999). **Republicanism**. (Madrid, Paidós) 48-51.

⁸ ALVAREZ YAGUEZ, J, *Individuo, libertad y comunidad. Liberalismo y dos modelos de entender la ciudadanía*, (La Coruña: Ludus, 2000), 75-81.

representatives, in making decisions. These must be constantly subjected to control from independent democratic institutions, fact that requires the introduction of mechanisms that allow listening to the population's deliberations and conclusions, in engaging way. Rawls supports the equality of citizens, stating that *"Each person has the same irrevocable right to a fully adequate scheme of fundamental freedoms compatible with a similar scheme of freedoms for all"* Equality according to law implies the fact that the democratic elaborated law can become universal, and that discrimination must not exist, but without understanding that this must be interpreted to be in a pure passive mode⁹.

For the existence of a real democracy it is necessary for the equality of rights to become equality in fact, for the purpose of eliminating existent differences between different social groups or persons, motivated by sex, race, social origin or handicap, because all persons have been born equal according to law and should benefit from the same rights. The inequality of physical strength and power, with which certain persons have been gifted, also determined other inequalities considering that these have not been gifted with the same means of defend. The born inequality cannot be remedied, so that for a real equality of chances citizens must benefit from equal legal rights. In Republicanism, after de model of governing the people, the absolute equality is rules, and citizens have the same rights.

A commune ideal is also shared and supported in the Universal Declaration regarding Human Rights (1948), and according to it, *"All persons have all rights and freedoms proclaimed in this declaration, regardless race, color, gender, language, religion, politic affinities, national or social origin, economic position, birth or any other condition"*. It also mentions the protection of equality, through art. 7 of the Declaration, where the following fact is specified: *"All are equal in front of the law and without differences; all have equal rights to be protected by the law"*. All have the same rights to be protected against discriminations that break this Declaration and against all challenges to such discriminations¹⁰.

An important role it has the Carta of the United Nations Organization, adopted after the San Francisco Conference, which acclaims in its preamble *"the faith in the fundamental human rights, in dignity and in the value of the human person, in equality of rights for men and women, for large and small nations"*. Article 1 paragraph 3 of the Carta confers the United Nations Organization the fundamental purpose *"to realize international cooperation, developing and encouraging the respect of human rights and fundamental freedoms for all, without distinction on race, gender, language or religion"*.

This is the first general consecration of human rights protection on international level, through an international fundamental treaty with universality vocation¹¹.

Article 10 and 13 mention the competency of the general assembly of the United Nations Organization, establishing the attribution to dispose the prosecution of studies and recommendation, in order to *"facilitate for all, without distinction on race, gender, language or religion, the benefit of the human rights and fundamental freedoms"*.

Through the adhesion to the Carta, which is a multilateral international treaty, the member states were acknowledging that *"the human rights" the Carta refers to are of international interest and are no longer the exclusive interest of their internal jurisdiction"*. Also, the obligation assumed by the states, to cooperate with the Organization for promoting human rights and fundamental freedoms, offered the United Nations the legal authority necessary to *"make*

⁹ RAWLS, JOHN, La justicia como equidad. Una reformulación, (Barcelona, Paidós, 2000), 54-62.

¹⁰ DERECHOS HUMANOS PARA TODOS, 50 Aniversario de la Declaración de los Derechos Humanos, (a 50 a Aniversare a Declaratiei Drepturilor Omului), Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948-1998), (Declaratia Universală a Drepturilor Omului 1948-1998) Adoptată și proclamată prin Rezoluția Adunării Generale 217 A (i.e.) din 10 din decembrie 1948 <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>.

substantial efforts in order to define and codify this rights¹¹”.

Equality of rights is absolutely indispensable, because without it we cannot talk about a nation that comprises the universality of citizens speakers of the same language, and with the same civil and politic rights¹². The universal suffrage and equality of rights is also the solution for the peoples economic well being of a country, because, grate economic inequalities are not caused only by problems in the field of production, but also by the fact that material resources are not correctly distributed.

The third virtue of Republicanism, which appeared in 1790 in Europe, is “fraternity”. This notion means ensuring all rights and civic freedoms, both for poor and for other social categories. The slogan “fraternity” has been included in the political program of the French revolution, by the laboring people, who fought for reaching the ideal of emancipation, in the sense that all people should be brothers, and to be freed from the senior tutelages in which they have lived for centuries.

Also, the modern concept of “human rights” has been launched in the “Declaration of Human and Citizen Rights” from August the 26th 1789, adopted by the French Revolution, which acclaims in the first article “*People are born free and stay free in rights. Social distinctions can only be founded on commune utility*”. Putting into practice the fundamental rights acclaimed by the French Revolution in 1789 has been toilsome. After the revolutionary year 1789, on the European continent an ample constitutional movement developed, and numerous constitutions accompanied by declarations regarding human rights appeared.

Fraternity plays a very important part, because it represents the word of order which programmatically unifies the freedom and equality existences of peoples. During the second French Republic, the eclipse of fraternity took place, which coincided to the eclipse of the millenary republican tradition, and the consequence was the modification of the concepts of equality and freedom, whose significations have been changed. Domenech considers necessary the recovery of the profound signification of revolutionary fraternity and converting it into a symbol (motto) for the purpose of civilizing and making democratic all fields of social life. To reach *Freedom, Equality and Fraternity* it is not enough to eliminate the bureaucratic despotism of the State over citizens, but also to eliminate the economic despotism of the employer over the employees and the domestic despotism of men over women¹³.

In this sense, article 3(2) of the European Union Treaty specifies that “*In the implementation of the principle of equal treatment regardless racial or ethnic origin, the Community pursuits the elimination of inequalities and the promotion of equality between men and women, especially considering the fact that, women are often victims of multiple forms of discrimination*”.

Freedom, Equality and Fraternity must be extended on all domains of social life, in order to end all forms of domination between human beings.

Currently, through the Treaty of Lisbon¹⁴ debates and stabilizes the values and objectives on which the European Union is based, values meant to serve as reference point for European citizens and to show what exactly can Europe offer to her world wide partners.

Thus, the 1st article of the Treaty contains an important article, article 1bis, which states that “*The Union’s pillars are values regarding the respect of human dignity, freedom, democracy,*

¹¹ Th. Buergenthal, R Weber, Dreptul internațional al drepturilor omului, (Bucharesct, All Publishing House, 1996), 21-22.

¹² It is important to add, regarding the Carta of Fundamental Rights of the European Union and Treaty through which a Constitution for Europe is established, that it limits the inclusion of a clause of general legal equality (art.II-80 TPCECE) and of a generale clause of non-discrimination on diffeent reasons (art.II-81 TPCECE), in what it expresses, and the interdiction of discrimination on the criteria of nationality. LOMBARDO, Emanuela, “Unele considerente asupra egalității între sexe în Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene”, in FERNANDEZ SOLA, Natividad, (coord), *Union Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, (Dykinson, Madrid, 2004), 332-350

¹³ DOMENECH, ANTONI, *El eclipse de la fraternidad*, (Critica, Barcelona, 2004), 43-45.

¹⁴ Treaty of Lisbon, Europe in the XXI-th century, www.euramis.net/lisbon_treaty/glance/index_ro.htm

*equality of the Constitutional State and the respect of the human rights, including rights of persons pertaining to minorities. These values are commune for Member States in a society characterized by pluralism, nondiscrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men*¹⁵.

In the European Union, the Treaty of Lisbon comes as a confirmation of the principles of democratic equality, stating that all citizens must have equal attention from European institutions, that the consolidation of representative democracy is necessary, through giving a more important part to the European Parliament, all these being realized through a larger implication of national parliaments, and the development of the participative democracy through new mechanisms of interaction between citizens and institutions.

Conclusions

In conclusion, it can be stated that Republicanism does not represent a notion of the past, being more than ever a social value recognized world wide. The Republicanism is reflected at the same time as way of political thinking and as ideology option, representing an ethical compromise for everyone's interest, referring to: the civic virtue, the right and duty to be informed, tolerance, plurality respect and faith in the collective action to change things.

In this sense, both the Carta of the United Nations Organization, the Universal Human Rights Declaration and the French Revolution (1789-1799) were a massive revision of the concept of sovereignty and have spread the new ideas, among them, human rights, especially freedom and equality in front of the law, regardless social origin or religious faith, limited power according to law and its legitimacy through elections, democracy, republicanism.

They have been created to define better the faith of the European citizen, his rights and freedoms, which are based on the principles of equality and non-discrimination, gathering in its contents a series of rights of the individual in the community rights. Through these document, Europe seems to be transforming from a "commune fund of investment" into a "commune patrimony of values", and it acclaims solemnly the fundamental rights acknowledged by the European Union and confers them in an actualized phrasing, a higher degree of clarity.

The most correct classification would be maybe that of fundamental European deed, denomination that without necessarily implying a really constitutional character does not disturb such an evolution. The manner in which it is worded implies the possibility that the Carta can gain such a value in future.

Today, Republicanism means the preference for a pluralist State, based on the ideal of non-domination, from which any possibility of arbitrary interference of the State is excluded, and the principle of equality in front of the law, and the exclusion of all arbitrary preferences, are respected. The ethical political thinking, which had moments of culmination and oblivion during time, is presently recognition of human rights as an ideological "conquest" of the occidental world, which has to be developed through a real practice of political and social life.

The existent differences are also part of the same patrimony of humanity.

References:

▪ Petit Phipip, *Liberalism and Republicanism*, in Monique Canto Sperber, *Dictionary of Ethics and moral Philosophy*, vol. II, (Mexico: FCE, 2001), 936-944

¹⁵ MODIFICATIONS OF THE EUROPEAN UNION TREATY AND OF THE CONSTITUTIVE TREATY OF THE EUROPEAN UNION, *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007*, (Jurnalul Oficial nr. C 306 din 17 decembrie 2007), 12-15.

<http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

-
- Petit Phipip, *Republicanism*, (Madrid, Paidos, 1999), 48-51
 - Peña, Javier, *Citizenship today: Problems and Proposals*, (Valladolid: University of Valladolid, Collection „ Access to Knowledge”, 2000), 89.
 - Alvarez Yaguez, J, *Individual, Freedom and Community, Liberalism and two models for understanding citizenship*, (La Coruña: Ludus, 2000), 75- 81.
 - Lombardo, Emanuela, “Unele considerente asupra egalității între sexe în Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene”, în FERNANDEZ SOLA, Natividad, (coord) , *Union Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, (Dykinson, Madrid, 2004), 332-350
 - Celada, Reguero, J., *Las igualdad de trato desde la Estrategia Europea de Empleo. Una Perspectiva globalizadora*, in GALLEGO, MARTINEZ, E. M, CELADA REGUERO, J(cord) *Mujer y Empleo. Una Estrategia para la igualdad*, (Granada, Comares Publishing House, 2004), 53-54.
 - Rawls, John, *Justice as Equity, Rephrasing*, (Barcelona, Paidos, 2000), 54-62.
 - Domenech Antoni, *The Eclipse of Fraternity*, (Critica, Barcelona, 200),43-45.
 - Th. Buergenthal R Weber, *Dreptul internațional al drepturilor omului*, (Bucharest, All Publishing House, 1996), 21-22.

CULTURA REPUBLICANĂ ȘI DREPTURILE OMULUI. FILOZOFIA VALORILOR CIVICE ALE REPUBLICANISMULUI

Claudia Cristina BERGHEZAN*

Abstract

Prezentul studiu dezbate o temă din ce în ce mai evidențiată în tratate, dreptul derivat și documentele Uniunii Europene, fapt ce demonstrează aplicarea anumitor valori comune statelor membre, cum ar fi: valorile universale ale demnității umane, libertății, egalității și solidarității, valori ce urmăresc atât o mai bună funcționare a politicii sociale europene, cât și o comunicare deschisă ce își are fundamentul în principiile democrației și ale statului de drept.

Conștientă de potențialul sau spiritual și moral, Uniunea Europeană a reușit, datorită textului din Carta drepturilor fundamentale ale omului, să materializeze aceste valori aflate în legătură directă cu principiul nediscriminării. Aceasta a fost creată pentru a defini mai bine credința cetățeanului european, drepturile și libertățile sale, care au ca bază principiile egalității și principiul nediscriminării, adunând în conținutul său o serie de drepturi ale individului în cadrul dreptului comunitar.

Tema analizată în acest articol, are drept punct de pornire valorile civice ale republicanismului, strâns relaționate cu principiul fundamental al egalității și al nediscriminării-ideal împartășit în Declarația Universală a Drepturilor Omului(1948¹), principiu considerat ca fiind un drept al tuturor persoanelor indiferent de rasă, culoare, sex, limbă, religie, naștere, opinie politică sau de altă natură, origine socială, avere, drept universal, care ar trebui să reprezinte multitudinea vocilor din timpurile noastre, pentru a reduce diferențele sociale, politice și economice, și a crea un spațiu european al calității superioare de viață.

Key words: valori civice, principiu, drept universal, republicanism, egalitate.

Introducere

„Nu este nevoie de multă onestitate pentru menținerea sau susținerea unui guvern monarhic sau a unui guvern despotic. Pentru cel dintâi, forța legilor, pentru cel de-al doilea brațul principelui mereu ridicat, sunt de ajuns pentru a reglementa și a pune totul în ordine. Dar într-un stat popular este nevoie de un resort în plus: virtutea.”²

Republicanismul reprezintă acea concepție a vieții publice care preconizează o ordine democratică ce depinde de vigoarea responsabilității publice și cetățenești. Originile sale se regăsesc în Antichitate, dar tradiția sa a supraviețuit prin intermediul autorilor ca Machiavelli, Montesquieu, Rousseau, Harrington sau Ana Arendt.

Se pare că idealul republican, s-a născut chiar de la filozoful grec Aristotel, și s-a format de-a lungul istoriei ca un sistem bazat pe virtuțile civice, pe libertate, ca nedominare, și pe egalitatea cetățenilor. Începând cu gândirea greacă și în bună măsură cu Aristotel, în locul preeminenței în afara faptului că omul prin natura sa este un animal ce tindea spre sociabilitate- s-a militat pentru nevoia de a se cultiva o serie de virtuți, fiecare având un rol determinat în cadrul acțiunii corespunzătoare.

* Assistant, Ph.D. candidate, Faculty of Law, “Alma Mater,” University, (claudiaberghezan@hotmail.com)

¹ DERECHOS HUMANOS PARA TODOS, (DREPTURILE OMULUI PENTRU TOTI), 50 Aniversario de la Declaración de los Derechos Humanos, *Declaración Universal de los Derechos Humanos(1948-1998)*, *Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (i.e) del 10 de diciembre de 1948.* (50 Aniversario de Declaración de los Derechos Humanos, *Declaración Universal de los Derechos Humanos(1948-1998)*, *Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A(i.e) del 10 de diciembre 1948.* <http://www.un.org/aboutun/hrights.htm>.

² Baronul Montesquieu. *Din Spiritul Legilor*

Valorile civice ale Republicanismului

În acord cu Philippa Foot, o virtute este o dispoziție corectivă, ce se referă, fie la o tentație de a rezista, fie la o greșeală de motivație care necesită a fi compensată, intrucat doar „*datorită faptului că teama și dorința de plăcere operează ca tentații, curajul și cumpătarea există ca virtuți... Dacă natura umană ar fi diferită nu ar fi nevoie de o dispoziție corectivă, căci teama și plăcerea ar constitui niște ghizi buni pentru a ne conduce viața*”³.

Deși condiția crucială pentru existența cetățeniei o constituie faptul de a fi universală pentru toți membrii unei comunități politice date, în realitate, coexistența acestora depinde de voința fiecăruia.

Prin urmare, virtutea civică se transformă în piatra unghiulară a ordinii republicane. De aceea între virtutea civică și ordinea republicană există un raport de interdependență, virtuțile republicanismului constând în drepturile cetățenești de „*Libertate, Egalitate și Fraternitate*”.

Libertatea are în vedere conceptul de garantare a „condițiilor materiale pentru ca persoana să aibă autonomie”, egalitatea privește extinderea acestor drepturi la toate persoanele⁴, iar fraternitatea vizează conceptul de „solidaritate și conștiința de clasă”. Coaliția libertate, egalitate și fraternitate „constituționalizează” persoanele și în același timp aceste drepturi cetățenești „nu pot fi vândute” pentru că „nu se cumpără și nici nu se vând”. Republicanismul propune o concepție publică în care libertatea, egalitatea și justiția organizează relațiile sociale și politice ale cetățenilor care locuiesc pe același teritoriu, și este definit prin libertate ca ne-dominare, adică opunerea față de stăpân, ceea ce caracterizează republicanismul ca fiind opunerea față de monarhie⁵.

Pe de altă parte, republicanismul democratic se caracterizează prin „universalizarea libertății pentru toți”. Republicanii ca Rousseau, Machiavelli sau Pericle, cu toate diferențele de abordare, sunt de acord cu privire la faptul că „o persoană se poate considera liberă numai atunci când nu trebuie să ceară permis terților pentru a supraviețui”. Astfel, libertatea, din punct de vedere al republicanismului, este bazată pe dreptul la existență, intrucat numai acela se poate considera ca fiind liber care beneficiază de garantarea acestui drept. Pornind de la această abordare, există posibilitatea adoptării a două perspective: de excludere din cetățenie a tot ce nu are garantat dreptul la libertate, considerând că prin participarea la comunitatea politică ar fi pervertit acest drept; sau de acceptare a faptului că toți locuitorii unui teritoriu trebuie să participe la comunitatea politică ce are ca datorie garantarea dreptului la existență a tuturor membrilor săi⁶. Prima perspectivă are la bază viziunea aristotelică, în timp ce a doua are ca fundament o viziune democratică, care vizează faptul că cetățenii unui stat trebuie să aibă acoperite niște nevoi minime de sănătate, alimente, îmbrăcăminte, garantându-se în același timp un spațiu de existență socială autonomă, independentă de voința și dispoziția terților. Aceasta înseamnă că, nici republica și nici locuitorii săi nu sunt legitimați pentru a interfera în dreptul de proprietate al unor persoane în sensul anularii acestei existențe sociale autonome. Pe de altă parte, singura comunitate politică acceptabilă, ar fi aceea în care toți cetățenii săi participă la puterea politică în condiții similare prin garantarea dreptului la existența a fiecăruia dintre membrii săi. Există uneori și situații în care dreptul la existență a întregii comunități poate fi amenințat de marile puteri private, astfel încât acțiunea acestora scapa controlului democratic.

³ FOOT, PHILIPPA, *Las virtudes y los vicios y otros ensayos de filosofía moral*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994), 123-125.

⁴ CELADA, REGUERO, J, *Las igualdades de trato desde la Estrategia Europea de Empleo. Una perspectiva globalizadora*, în GALLEGO, MARTINEZ, E. M.; CELADA REGUERO, J (coord.) *Mujer y Empleo. Una estrategia para la igualdad*. (Ed. Comares, Granada, 2004), 53-54.

⁵ Pettit, Philip (2001), *Liberalismo y republicanism*, en Monique Canto-Sperber, *Diccionario de ética y filosofía moral*, tomo II, (México: FCE), 936-944.

⁶ Peña, Javier, *La ciudadanía hoy: problemas y propuestas*, (Valladolid: Universidad de Valladolid, Colección “Acceso al saber”, 2000), 89.

În opinia autorului republican Philip Pettit, libertatea în sensul său politic fundamental, trebuie gândită doar în raportul de dominare între state și nu neapărat ca absență de interferență în drepturile private ale indivizilor. Mai precis, pentru a garanta existența unor relații umane fără dominare, e necesar ca politica și legile să interfereze în aceste domenii de alegere individuală. Republicanii englezi al secolului XVII, sau americanii sec. XVIII, au susținut, ca în raport de puterea arbitrară a suveranului, să existe garanții conferite în baza legii „the rule of law”. Numai puterea legii poate apăra cetățenii de imixtiunea și exercitarea puterii superioare a regelui în scopul de a se evita existența unei situații de dominare sau dependentă în raport cu acesta⁷.

Existența situațiilor de dominare nu este caracteristica numai monarhiei, exemplu în acest sens constituindu-l pretențiile liberalilor din Statele Unite, care în perioada lui Lincoln, au sugerat respectarea preferințelor indivizilor raportate la menținerea sclavagismului. Acesta a hotărât însă a lăsa la latitudinea fiecăruia posibilitatea de a decide dacă va tolera sau nu sclavia. Idealul unei umanități formate din persoane libere și egale se dovedește a fi și astăzi mai actual ca oricând, permițându-se astfel existența condițiilor necesare pentru dezvoltarea fenomenului de universalitate. Skinner împărtășește ideea că, individul acționează în mod *realmente* liber în momentul în care numai atunci, când nu depinde de bunăvoință a celorlalți. Aceasta deoarece, se presupune că în momente decizive unii au posibilitatea să pună obstacole altora, aceștia din urmă fiind mereu sub amenințarea ca oricând aceste obstacole pot să apară⁸.

Republicanismul clasic a dus o politică de înlăturare a sclaviei și a discriminării femeilor, în timp ce revoluționarii englezi și nordamericani au pus bazele republicanismului modern, deschizând astfel porțile pentru universalizarea lui. Cea mai semnificativă contribuție în democratizarea statului, a avut-o republicanismul Spaniol. Azi, într-o lume aflată în proces de globalizare, în pofida amenințărilor fundamentalistilor de toate felurile și a corporațiilor transnaționale care acționează uneori fără responsabilitate socială, există marea oportunitate de înființare a unei cetățenii universale, definită deja, nu doar prin unele aspirații comune, ci printr-un statut juridic universal de drepturi umane garantate efectiv.

De-a lungul istoriei întâlnim noțiunea de egalitate ca fiind una dintre cele mai importante curente care parcurge arcul amplu al întregii gândiri politice occidentale, de la stoici la creștinismul primitiv, ce renaște cu un nou impuls în timpul Reformei, asumându-și forma filosofică prin Rousseau și socialiștii utopici și se exprimă în condițiile unor adevărate reguli juridice proprii în declarațiile cu privire la drepturile umane încă de la sfârșitul secolului XVIII și până în prezent, cu următoarea formulare: „*Toți oamenii sunt (sau se nasc) egali*”. Ideea pe care o exprimă această maximă este aceea că toți oamenii trebuie considerați și tratați în mod egal cu privire la acele calități care, potrivit diferitelor concepții ale societății și ale omului, constituie în esența lor, folosirea liberă a rațiunii, libertatea de a avea o demnitate.

Atât libertatea cât și egalitatea sunt termeni care s-au dovedit a fi greu separabili, atata timp cât reciprocul libertății îl constituie egalitatea, care, într-o republică democratică reprezintă virtutea acesteia. Toqueville deosebește trei forme de egalitate: egalitatea juridică, egalitatea drepturilor politice și egalitatea condițiilor de existență materială. Egalitatea de putere implică faptul că, toți cetățenii au aceeași capacitate de decizie, fără ca deciziile politice să fie lasate în mâna celor ce sunt doar profesioniști. Idealul democratic republican aspiră la ștergerea diferenței dintre guverne și guvernați în scopul promovării unei politici active în care toți să poată fi ascultați și să participe la guvernare. În societățile moderne, democrația directă nu apare ca fiind posibilă, fiind nevoie de existența unui anumit grad al delegării puterii la care cetățenii să poată participa prin reprezentanți în luarea deciziilor. Așștia, trebuie însă să fie supuși în mod constant controlului din partea instituțiilor democratice independente, ceea ce face necesar a fi instituite mecanisme care să

⁷ PETTIT, PHILIP, *Republicanism*, (Madrid, Paidós, 1999), 48-51

⁸ ALVAREZ YAGUEZ, J, *Individuo, libertad y comunidad. Liberalismo y dos modelos de entender la ciudadanía*, (La Coruña: Ludus, 2000), 75-81

permița ca deliberările populației să fie ascultate iar concluziile lor, avute în vedere în mod angajant, în măsura posibilului. Rawls sprijină egalitatea cetățenilor cu afirmând ca „*Fiecare persoană are același drept irevocabil la o schemă pe deplin adecvată de libertăți fundamentale egale care să fie compatibile cu o schemă similară de libertăți pentru toți.*” Egalitatea în fața legii implică faptul că, legea elaborată democratic se poate universaliza, și că, nu trebuie să existe discriminare pe niciun motiv, fara a se intelege inasa ca acesta trebuie intrepratat a fi într-un mod pur pasiv⁹.

Pentru a exista o reala democrație este necesar ca egalitatea de drepturi să se transforme în egalitate de fapt, in scopul eliminarii diferentelor existente între diferite grupuri sociale sau între persoane pe motiv de sex, rasă, origine sociala sau handicap, in conditiile in care toate persoanele s-au nascut egale in fata legii si ar trebui sa beneficieze de aceleasi drepturi. Inegalitatea de forță fizică și putere, cu care au fost inzestrate anumite categorii de persoane, a determinat la randul lor nasterea altor inegalitati in conditiile in care acestea nu au fost dotate cu aceleasi mijloace de apărare. Inegalitatea originară nu poate fi remediata, astfel incat, pentru o reala egalitate de sanse, este necesar ca cetatenii sa beneficieze de drepturi egale in fața legilor. In republicanism după modul de guvernare a poporului, domină absoluta egalitate și cetățenii au aceleași drepturi.

Un ideal comun este, de asemenea, împărtășit și sprijinit in Declarația Universală privind Drepturile Omului (1948), conform căruia „*Toate persoanele au toate drepturile și libertățile proclamate în această Declarație, indiferent de rasă, culoare, sex, limbă, religie, afinități politice sau de altă natură, origine națională sau socială, poziție economică, naștere sau orice altă condiție*”. De asemenea se punctează și protecția egalității prin art. 7 din respectiva Declarație unde se specifică faptul că „*Toți sunt egali în fața legii și au, fără nici o deosebire, drepturi egale de a fi protejați de lege*”. Toți au aceleași drepturi de a fi protejați împotriva discriminării care încalcă această Declarație și împotriva tuturor provocărilor la astfel de discriminări¹⁰.

Un rol semnificativ il are si Carta Organizatiei Natiunilor Unite, care , in Preambulul sau proclama „*credința în drepturile fundamentale ale omului, în demnitate și în valoarea persoanei umane, în egalitate de drept a bărbaților cu femeile, ca și a națiunilor, mari și mici*”. Articolul 1 paragraful 3 al Cartei conferă Organizației Națiunilor Unite scopul fundamental „*de a realiza cooperarea internațională, dezvoltând și încurajând respectul drepturilor omului și al libertăților fundamentale pentru toți, fără distincție de rasă, sex, limbă sau religie*”. Aceasta este prima consacrare de ordin general a protecției drepturilor omului la nivel internațional, printr-un tratat internațional fundamental cu vocație de universalitate.

În articolele 10 și 13 se precizează competența Adunării Generale a Organizației Națiunilor Unite stabilindu-se rolul de a „*facilita pentru toți, fără distincție de rasă, sex, limbă sau religie, beneficiul drepturilor omului și al libertății fundamentale*”.

Prin aderarea la acest tratat internațional, se recunoaste ca „*drepturile omului*” la care se referă Carta, sunt de interes internațional, și nu mai fac obiectul exclusiv al jurisdicției lor interne. De asemenea, obligația asumată de către state de a coopera cu Organizația pentru promovarea drepturilor omului și libertăților fundamentale a oferit Națiunilor Unite autoritatea legală necesară pentru „*a depune eforturi substanțiale în vederea definirii și codificării acestor drepturi*”¹¹.

De aceea egalitatea în drepturi este indispensabilă întrucât, fără existența acestora nu putem vorbi de existența unei națiuni care să cuprinda universalitatea cetățenilor cu aceeași limbă, și cu

⁹ RAWLS, JOHN, *La justicia como equidad. Una reformulación*, (Barcelona, Paidós, 2000), 54- 62.

¹⁰ DERECHOS HUMANOS PARA TODOS, 50 Aniversario de la Declaración de los Derechos Humanos, (a 50 a Aniversare a Declarației Drepturilor Omului), *Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948-1998*, (Declarația Universală a Drepturilor Omului 1948-1998) *Adoptata y proclamata prin la Rezoluția Adunării Generale 217 A (i.e.) din 10 din decembrie 1948* <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>.

¹¹ Th. Buergenthal, R Weber, *Dreptul internațional al drepturilor omului*, (Editura All, București, 1996), 21

aceleasi drepturi civile și politice¹². Sufragiul universal și egalitatea în drepturi constituie de asemenea soluția pentru bunăstarea economică a poporului unei țări, pentru că, marile inegalități economice nu se datorează numai problemelor aflate în domeniul producției ci sunt determinate și de faptul ca resursele materiale nu sunt corect distribuite.

Cea de-a treia virtute a republicanismului, apărută în 1790 în Europa, o constituie „fraternitatea”. Aceasta noțiune are în vedere asigurarea tuturor drepturilor și libertăților civile atât pentru săraci cât și pentru celelalte categorii sociale. Lozinca „*fraternitate*”, a fost inclusă și în programa politica a revoluției franceze, de către poporul muncitor care a luptat pentru atingerea idealului de emancipare în sensul ca *toți oamenii să fie frați*, și să fie eliberați de tutelele senioriale în care au trăit timp de secole. De asemenea, a fost lansat și conceptul modern de „drepturile omului”, în „*Declarația drepturilor omului și cetățeanului*” din 26 august 1789 adoptată de Revoluția franceză care proclamă în primul articol „*Oamenii se nasc liberi și rămân liberi și egali în drepturi. Deosebirile sociale nu pot fi fondate decât pe utilitatea comună*”.

Transpunerea în practică a drepturilor fundamentale proclamate de Revoluția franceză din 1789 s-a dovedit destul de anevoioasă. După anul revoluționar 1789, pe continentul european s-a dezvoltat o amplă mișcare constituțională apărând numeroase constituții însoțite de declarații vizând drepturile omului.

Fraternitatea are un rol foarte important pentru că, ea reprezintă cuvântul de ordine care unifică programatic existențele de libertate și egalitate ale popoarelor. În perioada celei de-a doua republici franceze, s-a produs eclipsa fraternității care a coincis cu eclipsa tradiției republicane milenare, ceea ce a avut drept consecință și modificarea conceptelor de egalitate și libertate, care și-au modificat semnificația. Domenech consideră necesară recuperarea semnificației profunde a fraternității revoluționare și convertirea acesteia în simbol (motto) în scopul de a civiliza și democratiza toate domeniile de viață socială. Pentru îndeplinirea dezideratelor de *Libertate, Egalitate și Fraternitate*, nu este suficient a se combate despotismul birocratic al Statului asupra cetățenilor supuși, ci este necesar a fi înlăturat despotismul economic al patronului asupra salariaților precum și despotismul domestic al bărbaților asupra femeilor¹³.

În acest sens, articolul 3(2) al Tratatului Comunității Europene specifică că „*În implementarea principiului tratamentului egal indiferent de originea rasială sau etnică, Comunitatea, vizează eliminarea inegalităților și promovarea egalității între bărbați și femei, ținând cont în special de faptul că femeile sunt adeseori victime ale multiplelor forme de discriminare.*”

Libertatea, egalitatea și fraternitatea trebuie să se extindă pe toate domeniile vieții sociale, pentru a termina cu toate formele de dominație între ființele umane.

În prezent, Tratatul de la Lisabona¹⁴ reia în discuție și consolidează valorile și obiectivele care stau la baza Uniunii Europene, valori menite să servească drept punct de referință pentru cetățenii europeni și să arate ce anume are de oferit Europa partenerilor săi din întreaga lume. Astfel, în articolul 1 din Tratat se introduce un articol important, articolul 1bis, stabilindu-se că „*Uniunea are ca pilon valorile privind respectarea demnității umane, libertății, democrației, egalității, Statului de Drept și respectarea drepturilor omului, inclusiv drepturile persoanelor aparținând minorităților. Aceste valori sunt comune Statelor membre într-o societate*

¹² Este important să adăugăm în ceea ce privește Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene și Tratatul prin care se stabilește o Constituție pentru Europa, că limitează includerea atât a unei clauze generale de egalitate în fața legii (art. II-80 TPCECE) cât și a unei clauze generale de nediscriminare din diferite motive (art. II-81 TPCECE), în care se exprimă și interzicerea discriminării pe criteriul naționalității. LOMBARDO, Emanuela, “Unele considerente asupra egalității între sexe în Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene”, în FERNANDEZ SOLA, Natividad, (coord), *Union Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, (Dykinson, Madrid, 2004), 332-350

¹³ DOMENECH, ANTONI, *El eclipse de la fraternidad*, Critica, Barcelona, 2004, 43-45.

¹⁴ Tratatul de la Lisabona, Europa în secolul XXI-lea, www.euramis.net/lisbon_treaty/glance/index_ro.htm

caracterizată de pluralism, nediscriminare, toleranță, justiție, solidaritate și egalitate între femei și bărbați¹⁵”.

În cadrul Uniunii europene, Tratatul de la Lisabona vine să confirme principiul egalității democratice, statuând că toți cetățenii trebuie să se bucure de atenție egală din partea instituțiilor europene, ca este necesară consolidarea democrației reprezentative prin acordarea unui rol mai important Parlamentului European, aceasta realizându-se și printr-o mai mare implicare a parlamentelor naționale, și dezvoltarea democrației participative prin noi mecanisme de interacțiune între cetățeni și instituții.

Concluzii

În concluzie, se poate afirma că, republicanismul nu reprezintă o noțiune doar de domeniul trecutului, fiind mai mult oricând o valoare socială recunoscută la nivel mondial. Republicanismul se reflectă în același timp atât ca gândire politică cât și ca opțiune ideologică, reprezentând un compromis etic în interesul tuturor, făcând referire la: Virtutea civică, dreptul și datoria de a fi informat, toleranța, respectul pluralității și încrederea în acțiunea colectivă pentru a schimba lucrurile.

În acest sens, atât Carta Organizației Națiunilor Unite, Declarația Universală a Drepturilor Omului, cât și Revoluția Franceză (1789-1799) au însemnat o revizuire masivă a concepției despre suveranitate și au răspândit și noile idei, printre ele, drepturile omului, mai ales libertatea și egalitatea în fața legii, indiferent de origine socială sau credință religioasă, limitarea puterii în cadrul legii și legitimarea ei prin alegeri, democrația, republicanismul. Prin aceste documente Europa pare să se transforme dintr-un „fond comun de plasament” într-un „patrimoniu comun de valori”, proclamând în continuare în mod solemn drepturile fundamentale recunoscute la nivelul Uniunii Europene și le conferă acestora, într-o formulare actualizată, un grad mai mare de claritate.

Azi, Republicanismul implică preferința pentru un Stat pluralist, bazat pe idealul de nedominare, din care este exclusă orice posibilitate de interferență arbitrară din partea Statului, cu respectarea principiului egalității în fața legii și excluderea tuturor privilegiilor arbitrare.

Gândirea etico-politică, ce a avut clipe de apogeu și de uitare de a lungul istoriei, reprezintă o recunoașterea a drepturilor omului ca o „cucerire” ideologică a lumii occidentale, care trebuie dezvoltată printr-o practică reală a vieții politice și sociale. Diferențele existente fac și ele parte din același patrimoniu al umanității.

Referințe Bibliografice

- Petit Phipip, *Liberalism și republicanism*, în Monique Canto Sperber, Dicționar de etică și filozofie morală, vol.II, (Mexico: FCE, 2001), 936-944
- Petit Phipip, *Republicanism*, (Madrid, Paidós, 1999), 48-51
- Peña, Javier, *Cetățenia azi: probleme și propuneri*, (Valladolid: Universitatea din Valladolid, Colecția „Acces la cunoaștere”, 2000), 89.
- Alvarez Yaguez, J, *Individ, libertate și comunitate. Liberalism și două modele de a înțelege cetățenia*, (La Coruña: Ludus, 2000), 75- 81.
- Lombardo, Emanuela, “*Unele considerente asupra egalității între sexe în Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene*”, în FERNANDEZ SOLA, Natividad, (coord), *Union Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, (Dykinson, Madrid,

¹⁵ MODIFICĂRI ALE TRATATULUI UNIUNII EUROPENE ȘI ALE TRATATULUI CONSTITUTIV AL COMUNITĂȚII EUROPENE, *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007*, Jurnalul Oficial nr. C 306 din 17 decembrie 2007, 12-15.

<http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

2004), 332-350

- Rawls, John, *„Justiția ca echitate. O reformulare*, (Barcelona, Paidos, 2000), 54-62.
- Domenech Antoni, *Eclipsa fraternității*, (Critica, Barcelona, 2004), 43-45.
- Celada, Reguero, J., *Las igualdad de trato desde la Estrategia Europea de Empleo. Una Perspectiva globalizadora*, in GALLEGO, MARTINEZ, E. M, CELADA REGUERO, J(cord) *Mujer y Empleo. Una Estrategia para la igualdad*, (Granada, Comares Publishing House, 2004), 53-54.
- Th. Buergenthal R Weber, *Dreptul internațional al drepturilor omului*, (Bucharest, All Publishing House, 1996), 21-22.

EUROPEAN UNION REFORM TREATY -LISBON 2007-

Gabriela Gyongy MIHUT*

Abstract

Henry Kissinger has remained famous through his question: „Who do I call if I want to call Europe?“, question that he addressed when he noticed that his partner over Atlantic has no counterpart to the U.S. President. Well, things should not be forced, but now, at least symbolically, The European Union will have a president. Lisbon Treaty establishes, among others, the position of president of the European Council and, whatever will be his name, now, there is someone to answer the telephone to Obama.

To improve its full potential, the European Union had to modernize itself and to introduce reforms. The Union extended to 27 Member States worked by elaborated rules for a Union formed of 15 countries. In the last 10 years, the European Union looked for the right path to optimize the instruments which has at disposal and for strengthening the ability to act.

At the same time, is granted more and more support for co-operation inside of European Union in areas that affect us, as would be, the climate changes, energetic security and international terrorism. Seeing the fact that European Union evolved, responsibilities has changed too, so it is inherent that is needed to update the way Union works. Among the improvements introduced by the Treaty are welcome to the European Union the necessary means to meet the challenges of today's world.

There are three fundamental reasons for which we need this Treaty: greater efficiency in decision-making process, more democracy by conferring a greater role to the European Parliament and national parliaments, more coherence, externally. All this will enable the European Union to promote the best interests of its citizens every day.

Key words: Treaty, Lisbon, European Union, European Council, Parliament

1. Introduction

European Council meeting in Brussels in June 2007 decided to draft a new treaty to replace the rejected Constitution. This treaty, originally called “Reform Treaty” was to amend both the Treaty establishing the European Community and Treaty on European Union.

Moreover, it was decided that the Reform Treaty to include only a provision regarding the Charter of Fundamental Rights to transform this document into an instrument with the same legal value as the Treaties, unlike the European Constitution which was embedded in the text to its Charter of Fundamental Rights.

Europe has changed in the 50 years since the creation of communities, as well as worldwide.

Today more than ever, a constantly evolving global world, Europe faces new challenges. Century Europe of XXI century faces challenges: globalization of economy, demographic change, climate change, energy supply and new security threats. Member States are no longer able to face all these problems alone without borders. To find solutions and address the concerns of citizens, collective effort is needed at European level. Europe needs to modernize, to have effective tools and consistent, not only adapted to the functioning of a Union recently extended from 15 to 27 Member States but also to rapid changes through which the world today. Therefore, coexistence rules, enshrined in the treaties should be reviewed. This is what the treaty signed in Lisbon on December 13, 2007¹. Agreement on European Union treaty reform is indeed a historic moment but after years of reflection and endless negotiations. Given the political, economic, social and

* Lecturer, Ph.D., Faculty of Law, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest, (e-mail: gmihut@hotmail.com)

¹ Treaty texts was finalized following an informal summit in Lisbon on October 19, 2007

desiring the same time, to meet the aspirations of Europeans, Heads of State and Government decided on new rules on the extent and modalities of future European Union action. Therefore, the Lisbon Treaty allows the European institutions and adapts their working methods and strengthens the democratic legitimacy of the European Union and its fundamental values.

2. Drafting and ratification process

To understand the process of drafting and ratification, will present the top two of the projects developed by European parliamentarians who had a major impact in making the treaty. European Parliament voted in May 7, 2007 two reports that examine issues related to new competencies of the institutions that will result from implementation of the Lisbon Treaty and the legal implications and institutional changes of the treaty, if it enters effect.

2.1. **The report by Jo Leinen (PES, Germany)** presented details of new powers of the European Parliament that will result from implementation of the Lisbon² Treaty.

Carta drepturilor fundamentale

First, Members welcomes legal requirement that the Treaty gives the Charter of fundamental rights and recognition for all EU citizens and residents of rights, freedoms and principles it proclaims and states that Parliament will be committed to ensure full compliance with the Charter.

Extending co-decision (ordinary legislative procedure)

It is also pleased that most decisions in the common agricultural policy (CAP) civil justice, asylum, immigration and visas, and police and legal cooperation in criminal cases will be treated under the ordinary legislative procedure, thus Parliament on an equal footing with the Council as regards regulation.

Extend the Union's external action, in accordance with the Treaty of Lisbon, including the provision of new legal bases and instruments of foreign policy (external action and the Common Foreign and Security Policy (CFSP)/Security Policy and Defence Policy (PSAC), requires a new inter-institutional balance to ensure proper democratic scrutiny by Parliament.

New rights initiative

Under the Lisbon Treaty, Parliament will have the right to initiate amendments to the Treaties, Members stressed that the European Parliament will make use of his right to present new ideas on the future of Europe, when new challenges will be necessary. In addition, Parliament will have the initiative on its own proposals relating to the structure.

Withdrawal clause

Leinen report notes the introduction to a „**Withdrawal clause**” for Member States (Article 50 of TUE³) and stresses that the agreement establishes mechanisms for withdrawal of a Member State of the European Union can not be done without the consent of Parliament.

Proposals included in Leinen report

European Parliament Members requires other institutions to begin negotiations for an inter-institutional agreement including:

- main objectives to be achieved by the European Union after 2009, for example, as a framework agreement between the three political institutions on a Framework Programme for Parliament and Commission to mandate beginning in 2009;
- implementing measures to be taken to ensure that the Treaty is a success for Union citizens and institutions;
- requires updating the inter-institutional agreement between Parliament and Council defining their working relationship in foreign policy, including exchanges of confidential

² A6- 0145/2009 - Report on the new role and responsibilities of Parliament under the Treaty of Lisbon; Rapporteur: Jo Leinen (PES, Germany); Procedure: Own initiative Debate: Tuesday, May 6, 2009, Vote: Tuesday 7 May 2009.

³ European Union Treaty

information.

European Parliament report was adopted with 441 votes for, 77 against and 18 abstentions.

2.2. Report prepared by Jean-Luc Dehaene (EPP-ED, Belgium) reviews the legal implications and institutional changes of the Treaty of Lisbon, if it enters into force⁴.

If the new treaty enters into force this year, Parliament wishes to properly address issues of new institutional framework. Among the topics to the attention of Parliament there is the procedure to appoint the President of the European Commission, composition of the new parliament and EU representation in foreign policy.

Designation of new Commission

Under the Lisbon Treaty, the Council must take into account the elections to Parliament and before the nominations, to hold “proper consultations.”

If the Council begins the process of appointing the new Commission President immediately after the elections of June 2009, it should duly take into account, the time required, to allow informal completion of the process of political consultations with the newly elected representatives of groups political, as required by the Treaty of Lisbon. In these circumstances, it would meet its new core powers and the Parliament could approve the appointment of the President of the launch.

The report notes that, in any case, the nomination procedure of the new college should be launched only after the known results of the second referendum in Ireland. European Parliament Members consider that the appointment of the most important political positions of the European Union, Member States and European political families should take into account not only geographic and demographic balance criteria, but criteria based on political and gender balance.

Composition of European Parliament

To implement the transitional measures concerning the composition of Parliament (European Council decision, in December 2008) will be necessary to amend the national legislation. European Parliament calls on Member States (Romania is concerned because the number of Deputies from Romania remains constant, both in the Treaty of Nice and the Treaty of Lisbon) to enact all necessary provisions in national legislation to allow pre-elections in June 2009 to 18 Additional European Deputies, so they can have observer status from the date it enters into force the Treaty of Lisbon.

Additional deputies will become full members simultaneously, on a date agreed, once the ratification procedures are completed change of primary legislation. The report reminds the Council that the European Parliament to gain important rights initiative and an opinion under the Lisbon Treaty (Article 14 (2)) in respect of its composition, duties it intends to exercise fully.

Union representation on the international scene

If the new treaty enters into force, the EU has two major positions on foreign policy namely the President of the European Council and High Representative for foreign policy that will exercise the functions of Vice-President of the European Commission.

To ensure that this complex system, designed to improve the coherence of EU policy, does not adversely affect efficiency, Dehaene report proposed that the European Council President to represent the Union at the level of Heads of State and Government on matters relating to the PESC, but no power to conduct political negotiations on behalf of the Union, this tasks belonging to the Vice-President of the Commission (High Representative). Also, his/her may be required to perform a specific representation of the European Council to certain international events.

⁴ A6-0142/2009 - Report on the impact of the Lisbon Treaty on EU institutional balance development; Rapporteur: Jean-Luc Dehaene s (EPP-DE, Belgium) Procedure: Own-initiative; Debate: Wednesday, May 6, 2009, Vote: Thursday, May 7, 2009

According to European Deputies, will not be desirable for the President of the General Affairs Council (especially the Prime Minister chairing the Member State) or president of a specific sectoral Council formation should be required to exercise the Union's external representation.

Composition of the General Affairs and External Affairs

Differentiation between the roles of the General Affairs Council and Foreign Affairs under the Treaty of Lisbon involves a different composition of these two Council formations, especially since the concept of extending Union external relations, as defined in the Treaties amended by the Treaty of Lisbon, will make increasingly difficult overlapping terms in the two Council formations. It is therefore desirable that the Foreign Ministers to focus primarily on the activities of the Foreign Affairs Council.

In this respect, it is considered that it might be necessary that the Prime Minister / Head of State of Member State to preside over the Council Presidency staff and ensure proper functioning of the General Affairs Council, as the body responsible for coordinating the various Council formations of arbitration on priorities and conflict resolution which is currently the European Council before it too frequently.

European Parliament report was adopted with 363 votes for, 93 against and 19 abstentions.

Lisbon Treaty is the result of Negotiations among Member States, reunited in year Intergovernmental Conference, who participated in the work of the European Commission and European Parliament. In order to enter into force this Treaty had to be ratified by each of the 27 Member States. According to its own Rules and the constitutional term of January 2009 for it to take effect was exceeded due to refusal of Czech Republic to ratify the Treaty.

Ratification process varies from state to state member. In some states, as Ireland, had to organize a referendum under the national constitution. In other states ratification was achieved only by vote of Parliament. Netherlands decided that will not organize a referendum to ratify the text.

However, the ratification process was one criticism which raised enough but the 27 EU member states agreed to implement this Treaty reform by 2009, European⁵ election year. The fact is that the Lisbon Treaty is a first step in a historic moment.

Under Article 6 of the Treaty of Lisbon, "this Treaty enters into force on 1 January 2009 provided that all instruments of ratification have been deposited, or the first day of the month following the deposit of its instrument of ratification by the last signatory State that formality.

Unfortunately this time was exceeded due Czech refusal to ratify the treaty, namely the refusal of the President of the Czech Republic, Vaclav Klaus. Adversary of the Lisbon Treaty, Czech President asked for derogation from the Charter of Fundamental Rights, restitution of property to prevent the Germans from the Sudetenland, confiscated after the Second World War.

The leader of Prague, Vaclav Klaus, said in late October 2009 that will not put conditions on ratification of the Lisbon Treaty, after EU leaders agreed to grant exemptions Czech you requested.

Klaus was the last European leader who has ratified the Treaty. He signed the document on the same day the Czech Constitutional Court declared that the treaty is consistent with the fundamental law of the country (November 3, 2009). Treaty was a necessary condition for full ratification of the document and choosing the future president of the European Union.

Gesture minutes after Czech President Jose Manuel Barroso, European Commission President announced that the Treaty will enter into force in December 2009 or at latest in January 2010. According to European Union practices, new treaties enter into force on the first day of the month following their submission to Rome.

After Klaus signed the treaty appeared in a press conference who said respect the Czech

⁵ As I stated above, the period was exceeded due to Czech Republic

Constitutional Court, but that does not agree with it, "entry into force of the treaty will limit the sovereignty of the Czech Republic, regardless of verdict Constitutional Court," he added. Klaus criticized the Constitutional Court judges, describing their behavior as "obstructive" and the verdict as "politically motivated"

Following the deposit of instruments of ratification of treaty in Rome on 4 November 2009, the Swedish EU Presidency convened an extraordinary summit of the Union in which to take decisions related to new positions created by the Treaty.

It should be noted that it took eight years of negotiations to reform the EU fundamental treaty, when EU leaders first debated reform proposals at a summit in Laeken in December 2001.

Member Community representatives met in Brussels on 19 November 2009 to appoint the first President of the European Union, but also the former head of European diplomacy. The two new functions were created by the Lisbon Treaty, which entered into force on December 1, 2009.

3. Lisbon Treaty differs from the European Constitution

Europeans have become accustomed to talking about the European Constitution, but the Council in summer 2008 in Brussels no longer mentions the word Constitution, so feared by the British. Just talked about amending the treaty on which operates what is now the European Union, treaty that exist for 50 years. So what is called the Lisbon Treaty is different from the old constitution by the way in which reforms are made. As an amendment to the old treaty, the language text is very judicial, not to say clumsy. European Convention had made the Constitution into idea of replacing all the old laws of the Union, and thus the text was more "friendly".

Europeans have become accustomed to talking about the European Constitution, but the Council in summer 2008 in Brussels no longer mention the word Constitution, as feared by the British. Just talked about amending the treaty on which operates what is now the European Union treaty there for 50 years. So what is called the Lisbon Treaty is different from the old constitution through the form in which reforms are made. As an amendment to the old treaty is the legal language of the text, not to say clumsy.

In addition, the Lisbon Treaty enters new options 'opt-out' which Member States have negotiated, and which were not included in the Constitution. This is the main substantive difference, because, although written more complicated, the Reform Treaty does the same thing – EU architecture adapts to the situation extended, EU-27 Member States.

The Lisbon Treaty aims to preserve all the institutional changes that Member States have included the European Constitution, and setting up the office of President of the European Council, the Foreign Minister (officially called the European Union High Representative for Foreign Affairs and Security Policy Security), keeping the same distribution of seats in Parliament, granting legal personality of the European Union (only the European Commission have legal personality) and the possibility of a State to withdraw from the EU

3.1. EU Council

Member States agreed to a redistribution of votes of the Member States in Council, which will be conducted in several stages during the period from 2014 to 2017.

3.2. Mini European Commission

Treaty reduces the number of commissioners which will enable the Commission in the next term. Number of Commission members to be reduced from 27 to 18 (two thirds of member states), since 2014, implying that the new system for a period of 5 years (how long does it mandate the European Commission) in a cycle 15 years, each Member State will be represented in the Commission. This decision is welcome in the interest of efficient decision-making. Another change that brings the Treaty refers to the Chairman, whose appointment will be closely linked to the European Parliament election results and whose powers would be increased, and may dismiss

any of the commissioners.

3.3. European Parliament EU-27

The Lisbon Treaty, the European Parliament will have greater powers in adopting legislation, the budget and approval of international agreements. A new legislative procedure, called "ordinary" will apply to most areas, and Parliament will have the same powers as the Council. For the remaining areas would apply to "special legislative procedure", under which Parliament is entitled to agree on a measure of the Council, or vice versa. In addition to these procedures remain in force and the old consultation - Council vote on a proposal before the Commission must consult the Parliament and take account of its proposals.

Under the new Treaty, national parliaments will have greater powers, especially with regard to any reform of the Treaty on European Union, the response to any new application for EU membership and judicial cooperation in civil matters.

Parliament will have 751 Members (750 plus the President), any Member State will have at least six and at the most 96 members, and the seats will be divided between countries as "regressive proportionality", meaning that a parliamentary from a country with a larger population will represent more people than a parliamentary from a State with less population.

3.4. European Council

The European Council becomes official EU institution and will be headed by a President elected for a term of two and a half. If the Lisbon Treaty is ratified, the first president of the European Council will be elected in 2009. This newly created office has inspired the name of "President of the European Union, especially in the media in discussions about who will occupy the first time this post. Although there will be increased executive powers, President of the European Council will organize tasks and ensure the Council works to ensure consensus among the Member States. In addition, the Presidency of the European Council is incompatible with any national mandate.

3.5. Former Foreign Minister, the current High Representative

European Union will have a foreign minister, as desirable members of the European Convention when writing the Constitution. Negotiations between the Member States have resulted in job title as "the European Union High Representative for Foreign and Security Policy".

Representative will be a high position in the EU architecture. Although no substitute for foreign ministers, as any policy in this area, implemented at European level will be approved unanimously by all member countries, High Representative is likely a stronger voice on the international stage than any of the foreign ministers Member States individually. But the Lisbon Treaty clearly states that the post "will not interfere with Member' States responsibilities regarding their foreign policy formulation and implementation".

The High Representative will have a dual role: to represent the Council on matters relating to common foreign and security policy (PESC) and will hold the position of Vice Chairman, External Affairs Commissioner.

3.6. EU-person

One of the most important statements of the Lisbon Treaty is that the EU will have legal personality - like a state, and not as an international⁶ organization. European Community treaties signed by several years and are a member of WTO, such as how international treaties were signed with the name of the EU. However, the EU's legal personality was not explicitly acknowledged in

⁶ Previously only the European Commission has legal personality

its own fundamental acts so far. Attached policy statement says the new treaty that clearly has legal personality, does not give the EU the right to substitute the Member States in matters for which it received the mandate to do so.

3.7. National parliaments have greater weight

The new EU Treaty will give national parliaments a greater role in European decision-making, although changes in this area are quite limited. One of the news is that EU institutions will have to notify national parliaments of all legislative proposals made at European level and parliaments will have 8 weeks time to comment on these proposals before governments begin to discuss them. More important is that the new treaty, national parliaments will be able to bring complaints of EU law. If one third of national parliaments object to address a legislative proposal, the Commission must again discuss and take decision whether to support it further, to amend or withdraw it.

If the Commission decides to keep the disputed proposal in parliament as they are no longer entitled to a further challenge. If the opposition comes from the majority of national parliaments and the Commission decides to go ahead with the proposal in the form of dispute, involved the Council and European Parliament, which will mediate the conflict.

3.8. European Charter of Fundamental Rights

Lisbon Treaty refers to the European Charter of Fundamental Rights which became in some degree binding on all Member States. Lisbon Treaty means a step forward in terms of human rights. Besides guaranteeing the implementation of the European Charter of Fundamental Rights, opens the opportunity for the EU to accede to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. There and here are provisions which ensure that national laws will not be contradicted by the Charter of Fundamental Rights. However, the Treaty introduces a new right for EU citizens, that a petition with 1 million signatures in several Member States can be sent to the Commission to begin a legislative initiative. Text book itself remains in an annex to the Treaty.

3.9. Transfer of sovereignty – JA.I

Lisbon Treaty is a step in the transfer of sovereignty to the EU Member States, but is limited. Commission's powers were extended, Parliament and Court of Justice on justice and home affairs.

Was removed, also a veto power in certain areas of the Member States. They have veto power on policy decisions that require unanimous. The most important field is removed under unanimity Justice and Home Affairs. EU will take decisions by simple majority in terms of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters. Also, all the Justice and Home Affairs, the new Treaty gives the Court the right to hear cases under EU law - JHA, as asylum, visas, illegal immigration or cooperation in legal matters.

Removing the Treaty under dozens of political unanimity, number more than other treaties, but less important. An example is the rules of collecting statistical data in the euro area.

More important is that the new Treaty allows a majority vote on the draft EU High Representative for Foreign and Security Policy on foreign policy implementation. Unanimity is rejected and in terms of social security legislation of migrants, with a clause that allows a national government to require a unanimous vote at a meeting of the European Council that legislation be adopted by act contrary to its interests.

3.10. Council voting system

The most important change that the new treaty brings functioning refers to the EU Council decision-making procedure. Treaty introduces a new voting system in the Council, something simpler than today. After entry into force, qualified majority will be extended to other areas than

the present (eg immigration and culture). 2014 will be introduced a new procedure for making decisions - most double. To adopt European legislation will require that most Member States (55%) represent the majority European population (65%). This will be accompanied by a mechanism whereby a small number of Member States may prohibit the action.

Currently Member States have each a number of votes in the Council directly proportional to the number of citizens. Such a decision is approved if the votes are 255 of 345 votes.

3.11. Simplifying amendment

Lisbon Treaty introduces provisions which the EU Treaty and EU policies are easier to change from now on, possibly without convening the Intergovernmental Conference. The so-called "ratchet clause" which allows Member States in the future, change matters so far were amended by unanimity only by majority.

However, the clause does not apply to fundamental institutional reforms of the Treaty, for which the C.I.G., will continue to be convened. It also changes the treaty text remains in the area unanimous decision of Member States and national parliaments must approve them.

3.12. European Union and membership in the UN Security Council

EU remains an international organization; it can not be a member of the Security Council. Yet, with setting up the post of EU High Representative for Foreign and Security Policy, where Member States reach a unanimous position on an issue on the agenda of the Council, states that are members of the Council will ask Javier Solana to present this UN position. Votes in the UN Security Council Member States are still, however.

In fact, moreover, Javier Solana is now no stranger to the presentation of common EU positions in the UN Council. This happened several times, which did not prevent the EU to express different positions. Treaty includes a political declaration stating bluntly that the common foreign and security policy will not affect in any way membership of the Security Council any EU country.

3.13. Categories of EU competence

Lisbon Treaty states who will work in the area - the European Union or Member States, identifying three categories of competence for the EU:

- **Exclusive jurisdiction** - in areas such as customs, trade policy and competition where only the EU has exclusive competence
- **Shares of support**, coordination and complementary - in areas such as education, culture, industry, only the EU can support Member States (giving grants, for example);
- **Common Competence** - regarding the Environment, Transport and Consumer Protection, both EU and Member States have power to law, but Without forgetting the principle of subsidiarity.

3.14. Right to decide whether or not a Member State of the EU remains

After EU accession, any State may elect at any time whether or not remain a member of this structure. Although there is a precedent in which a territory has ceased to be part of the European Community (Greenland 1985), currently there is no legal provision that a state can leave the Union. Therefore, for the first time the Lisbon Treaty includes a clause that is up to every country to become an EU member or not.

3.15. Environment and Energy Policy

Treaty includes additional protocols on climate change and combating global warming. Also, some provisions of the Treaty refer to solidarity in energy supply problems and changes in European energy policy.

3.16. European military defense

Defense remains an area of competence of Member States. Treaty provides that Member States may provide the Union military and civilian resources to conduct its operations in joint security and defense. However, any Member State is entitled to oppose such operations. All contributions will always be voluntary.

A group of Member States should be willing and able to fulfill disarmament operations, humanitarian and evacuation missions to provide advice on military and peacekeeping. No Member State may be required but to participate in such operations.

3.17. Lisbon Treaty and social achievements of the European Union

Lisbon Treaty allows the EU to Further Develop and maintains the social achievements, fully respecting the national prerogatives. A highly competitive market economy, employment and social progress are among the Union. Coordination of economic policies and employment work of the Member States fall within the competence of the Union, which allow the Member States', social policies.

Lisbon Treaty contains a "social clause", under which social issues (promotion of high labor employment, adequate social protection, fight against social exclusion, etc.), must be taken into account in defining and implementing all policies.

Also the fundamental rights recognized in the Treaty of Lisbon by including a reference to the Charter of Fundamental Rights legally binding. It contains a section on solidarity, which lists a number of rights and principles directly relevant to the social sectors, such as right to information and consultation in enterprises, the right to negotiate collective agreements and collective action, access to placement services employment and protection against unfair dismissal and entitlement to social security and etc.

3.18. European citizens can enter EU institutions initiatives

Lisbon Treaty introduces EU citizens' initiative. The new provision on participatory democracy requires that one million citizens from a significant number of Member States may take the initiative to invite the Commission to submit any appropriate proposal on matters which, according to citizens, require a law drafted in the Union purposes of the Treaty of Lisbon. Details of this procedure will be established by legislation.

3.19. President of the European Union and High Representative for Common Foreign

After ratification of the Lisbon Treaty the EU will have a president, but that comparison could be made with U.S. President is not correct. For now, at least, the President of the European Union remains a symbol. EU president will be, as before, the EU Council President, only that a certain person will be chosen, which will be in this position for 30 months. This person will be a top politician, chosen unanimously by the prime ministers and presidents of the Member States but he is not attached to the post of executive powers.

The old system of rotating presidency of the Council does not disappear, but change. The new treaty provides for a presidency consisting of three countries will jointly chair meetings of the Council of Ministers.

European Union will have a foreign minister, as desirable members of the European Convention when writing the Constitution. Negotiations between the Member States have resulted in job title as "the European Union High Representative for Foreign and Security Policy '.

Representative will be a high position in the EU architecture. Although no substitute for foreign ministers, as any policy in this area, implemented at European level will be agreed unanimously by all Member States, the High Representative will probably stronger voice on the international stage than any of the foreign ministers Individual Member States. But the Lisbon Treaty clearly states that the post "will not interfere with Members' States responsibilities

regarding their foreign policy formulation and implementation'.

The High Representative will have a dual role: to represent the Council on matters relating to common foreign and security policy (PESC) and will hold the position of Vice Chairman, External Affairs Commissioner.

Member Community representatives met in Brussels on 19 November 2009 to appoint the first President of the European Union, but also the former head of European diplomacy. The two new functions were created by the Treaty of Lisbon, which will take effect from December 1, 2009.

After intense negotiations conducted in a historic meeting, European leaders have approved unanimously the Belgian Prime Minister Herman Van Rompuy as president of the European Union and the Trade Commissioner, Catherine Ashton, in the office of High Representative for Foreign Policy (November 19, 2009).

After intense negotiations conducted in a historic meeting, EU leaders have approved unanimously the Belgian Prime Minister Herman Van Rompuy as president of the European Union Trade Commissioner, Catherine Ashton, the office of High Representative for Common Foreign (November 19, 2009).

President Barroso congratulated the two. "I do not think we could make a better choice for the leading position of the European Union.

EU President is a Flemish Christian Democrat politician and economist, aged 62, who was Parliamentary since 1988. He became prime minister of Belgium in December 2008, for a vibrant almost a year after he was asked insistently. New EU president Belgium is known for its ability to achieve compromise between the different linguistic communities, the francophone and Flemish. "I didn't ask for this position. I have not taken any action to obtain it. But starting this evening, I will assume strongly", said Mr. Van Rompuy.

In agreement with the European Commission has appointed Ms. Catherine Ashton, aged 53 years, according to EU High Representative for Foreign Affairs and Security Policy. Member of the UK Labour Party, Mrs Ashton, vice president will handle the next Commission. Ms Ashton said she was surprised by her appointment, but will be confirmed by Parliament. "I am honored and proud that I was proposed to fulfill this role. I will do my utmost to represent our values around the world". Catherine Ashton, will take on the role of head of European diplomacy Javier Solana, but will have greater powers, while she will be vice president of the European Commission. Ashton, aged 53, is a newcomer to this field and is not well known even in her country, but is highly appreciated in Brussels where she made a reputation as the European Trade Commissioner.

The two posts were created under the Lisbon Treaty, recently approved, which seeks to strengthen the EU role on world stage and to simplify decision-making process at European level.

The mandate of the new President is two years and half. Creating this function replaces the current system whereby each Member State holding the Presidency of the EU Council for a period of six months.

President Van Rompuy main responsibilities will chair the Council meetings and represent the EU leaders internationally. It will also represent the Council in relations with other EU institutions.

Catherine Ashton will have the authority to propose measures for defense and security. Also, she will have the task of establishing a network of diplomats around the world to support the new cabinet. The function of High Representative merges two current portfolios: High Representative for common foreign and security policy and external relations commissioner.

Spain announced that it will have a "presidential" discreet, leaving room for maneuver of the new permanent president and representative for foreign policy. Spain took over on 1 January 2010 the European Council presidency. For the first time, the European state in power for six months will share the lead with two permanent representatives.

Lisbon Treaty was approved and has already entered into force. Spain will be the first country that will hold the rotating presidency of the European Union under the conditions there is a permanent president of the Union, in the person of Herman van Rompuy, and a joint Foreign Minister, Catherine Ashton, enjoying both major prerogatives. Spanish foreign minister Miguel Angel Moratinos already announced that his country will accept without reservation the role of new European leaders.

The appointments of new European leaders became official with the entry into force of the Treaty of Lisbon on December 1, 2009.

Lisbon Treaty was approved and has already entered into force. Spain will be the first country that will hold the rotating presidency of the European Union that there is, more recently, a permanent president of the Union, in the person of Herman van Rompuy, a joint Foreign Minister, Catherine Ashton, both enjoying major powers. Spanish foreign minister Miguel Angel Moratinos has already announced that his country will accept without reservation the role of new European leaders.

The appointments of new European leaders became official with the entry into force of the Treaty of Lisbon on December 1, 2009.

Conclusions

One of its main achievements of the treaty is that the EU will have a greater role on world stage. Lisbon Treaty establishes principles and common objectives for EU external action: democracy, rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity, equality and solidarity principles.

Lisbon Treaty brings together under one title most external relations provisions contained in existing treaties, for a better understanding and to promote consistency of EU action.

Function of the High Representative for Common Foreign and Security Policy (PESC) was combined with the Vice President of the Commission - is creating a new institutional player with dual responsibility. This will bring more coherence in external action and will shape the EU's profile in the international arena, "creating an identity 'Union and facilitating the gradual promotion of "common European interest. "

High Representative / Vice-President will be supported by a joint service, the European External Action Service. It will be composed of officials of the Commission and the staff of diplomatic services of Member States. Lisbon Treaty introduces both a legal basis for humanitarian aid. This provision focuses on the principles of international law and the principles of impartiality, neutrality and non-discrimination. It also set up a European Voluntary Humanitarian Aid Corps.

Lisbon Treaty introduces for the first time a legal basis for humanitarian aid. This provision stresses the specificity of policy and the principles of international law, particularly the principles of impartiality and non-discrimination.

Lisbon treaty makes it clear that poverty reduction and is the main objective of EU policy on development cooperation. It should be considered when implementing EU policies that affect developing countries. This implies that development cooperation policy is an independent policy and not the continuation of foreign policy and security policy.

In case of urgent financial assistance, the Council will decide by qualified majority on a proposal. This means that, in future financial aid will be provided soon.

The Lisbon Treaty, cooperation and humanitarian aid are considered "shared parallel competences" - which means that the Union is pursuing an independent policy that does not prevent Member States from exercising the powers and the policy makes no one "complementary "policies of the Member States.

Treaty creates a more decentralized and more transparent approach to implementing EU

policies, to ensure that decisions are taken closer to citizen. This includes local and regional dimension in the EU legal framework and states that the Union must respect the national identities of Member States which are part of their fundamental structures, including regional and local autonomy. Treaty only simplifies the distribution of competences between the Union and Member States specifying the duties of each party involved. There are so few areas "shadow" which could create confusion and uncertainty.

Lisbon Treaty is an international treaty agreed and ratified by sovereign Member States to agree to pool part of their sovereignty in favor of supranational cooperation. Lisbon Treaty underlines that EU Member States and reflects the desire of its citizens and that its powers conferred by these countries.

Treaty does not affect the fundamental nature of the EU, but introduces a number of major institutional innovations, which gives the greater power and efficiency. This is not detrimental to the Member States. Conversely, the EU Member States complement the activities they can not meet the objectives themselves.

It also remains to be seen to be development as President of the European Union, its powers will be, knowing that at that time he has a purely decorative, or we must not forget that this is a famous politician and it is questionable whether it will content with the role, "offered" the treaty.

References:

- Official Journal of the European Union
- Internal and International Legislation
- www.mae.ro

TRATATUL DE REFORMĂ A UNIUNII EUROPENE - LISABONA 2007-

Gabriela Gyongy MIHUȚ*

Abstract

Henry Kissinger a rămas celebru prin întrebarea sa: „ Când dau un telefon Europei, cine îmi răspunde?”, întrebare pe care a adresat-o atunci când a remarcat că partenerul de peste Atlantic nu are un omolog al președintelui SUA. Ei bine, lucrurile nu trebuie forțate, însă acum, cel puțin la nivel simbolic, Uniunea Europeană va avea un președinte. Tratatul de la Lisabona înființează, printre altele, funcția de președinte al Consiliului European și, oricare va fi numele lui, acum are cine să-i raspunda la telefon lui Obama.

Pentru a-și valorifica întregul potențial, Uniunea Europeană trebuia să se modernizeze și să introducă reforme. Uniunea extinsă de 27 de state membre funcționa după reguli elaborate pentru o Uniune formată din 15 țări. În ultimii 10 ani, Uniunea Europeană a căutat calea potrivită pentru a optimiza instrumentele pe care le are la dispoziție și pentru a-și întări capacitatea de a acționa.

În același timp, se acordă din ce în ce mai mult sprijin conlucrării în cadrul Uniunii Europene în domenii care ne afectează pe toți, cum ar fi schimbările climatice, securitatea energetică și terorismul internațional. Având în vedere faptul că Uniunea Europeană a evoluat și responsabilitățile s-au modificat, este de la sine înțeles ca trebuia actualizat modul în care funcționează Uniunea. Printre îmbunătățirile binevenite introduse de Tratat se numără punerea la dispoziția Uniunii Europene a mijloacelor necesare pentru a face față provocărilor lumii actuale.

Există trei motive fundamentale pentru care avem nevoie de acest Tratat: o mai mare eficiență în procesul de luare a deciziilor; mai multă democrație prin conferirea unui rol mai important Parlamentului European și parlamentelor naționale; o mai mare coerență pe plan extern. Toate acestea îi vor permite Uniunii Europene să promoveze mai bine interesele cetățenilor săi, zi de zi.

Cuvinte cheie: *Tratat, Lisabona, Uniunea Europeana, Consiliul European, Parlament*

1. Introducere

Consiliul European reunit la Bruxelles în iunie 2007 a hotărât redactarea unui nou tratat care să înlocuiască textul Constituției respinse. Acest tratat, numit inițial ‘Tratatul de Reformă’, urma, să amendeze atât Tratatul instituind Comunitatea Europeană cât și Tratatul privind Uniunea Europeană. Mai mult, s-a hotărât că în tratatul de reformă să fie inclusă numai o prevedere în legătură cu Carta Drepturilor Fundamentale care să transforme acest document într-un instrument cu aceeași valoare legală ca și Tratatul, spre deosebire de Constituție Europeană care urma să înglobeze în textul său Carta Drepturilor fundamentale.

Europa s-a schimbat, în cei 50 de ani de la crearea comunităților, la fel ca întreaga lume. Astăzi, mai mult ca niciodată, într-o lume globalizată în evoluție constantă, Europa trebuie să facă față unor noi provocări. Europa secolului al XXI-lea se confruntă cu o serie de provocări: mondializarea economiei, evoluția demografică, schimbările climatice, aprovizionarea cu energie sau noile amenințări la adresa securității. Statele membre nu mai sunt în măsură să facă față singure tuturor acestor probleme fără frontiere. Pentru a găsi soluții și a răspunde preocupărilor cetățenilor, este necesar un efort colectiv la nivel european. Europa trebuie să se modernizeze, să dispună de instrumente eficiente și coerente, adaptate nu numai la funcționarea unei Uniuni recent extinse de la 15 la 27 de state membre, ci și la transformările rapide prin care trece lumea de astăzi. Prin urmare, regulile conviețuirii, înscrise în tratate, trebuie revizuite. Acesta este obiectivul tratatului semnat la Lisabona, la 13 decembrie 2007¹. Acordul asupra reformei Tratatului UE este

* Lecturer, Ph.D., Faculty of Law, ‘‘Nicolae Titulescu’’ University, Bucharest, ()

¹ Textul tratatului s-a finalizat în urma unui summit neoficial la Lisabona la 19 octombrie 2007

intr-adevar un moment istoric dar dupa anii de reflexii si negocieri interminabile. Ţinând cont de evoluţiile politice, economice şi sociale şi dorind, în acelaşi timp, să răspundă aspiraţiilor europenilor, şefii de stat şi de guvern au decis asupra unor noi reguli referitoare la amploarea şi modalităţile acţiunii viitoare a Uniunii. Astfel, Tratatul de la Lisabona va permite adaptarea instituţiilor europene şi a metodelor lor de lucru, precum şi consolidarea legitimităţii democratice a Uniunii şi a valorilor sale fundamentale.

2. Procesul de elaborare şi ratificare

Pentru a înţelege procesul de elaborare şi de ratificare vom prezenta la început două dintre proiectele elaborate de către parlamentari europeni care au avut un impact important în procesul de elaborare a tratatului. Parlamentul European a votat în 7 mai 2007 două rapoarte care analizează aspectele legate de noile competenţe ale acestei instituţii, ce vor decurge din implementarea Tratatului de la Lisabona, precum şi implicaţiile juridice şi schimbările de natură instituţională ale tratatului, în cazul în care acesta va intra în vigoare.

2.1. Raportul elaborat de Jo Leinen (PSE, Germania) prezintă detalii legate de noile competenţe ale Parlamentului European ce vor decurge din implementarea Tratatului de la Lisabona².

Carta drepturilor fundamentale

În primul rând, deputaţii salută obligativitatea juridică pe care Tratatul o conferă Cartei drepturilor fundamentale şi recunoaşterea pentru toţi cetăţenii şi rezidenţii UE a drepturilor, libertăţilor şi principiilor pe care le proclamă şi subliniază că Parlamentul se va angaja să asigure respectarea deplină a Cartei.

Extinderea procedurii de codecizie (procedura legislativă ordinară)

Totodată se salută faptul că cele mai multe decizii în domeniul politicii agricole comune (PAC), al justiţiei civile, azilului, imigrării şi vizelor, precum şi cooperarea juridică şi poliţienească în cazuri penale, vor fi tratate conform procedurii legislative ordinare, punând astfel Parlamentul European pe picior de egalitate cu Consiliul în ceea ce priveşte legiferarea.

Extinderea sferei de acţiune externă a Uniunii, în conformitate cu Tratatul de la Lisabona, inclusiv stipularea unor noi temeuri juridice şi instrumente din domeniul politicii externe (acţiunile externe şi Politica Externă şi de Securitate Comună (PESC)/Politica de Securitate şi de Apărare Comună (PSAC), necesită crearea unui nou echilibru interinstituţional care să garanteze exercitarea unui control democratic corespunzător de către Parlamentul European.

Noi drepturi de iniţiativă

Potrivit Tratatului de la Lisabona, Parlamentul va avea dreptul de a iniţia amendamente la Tratat, deputaţii subliniind că Parlamentul European "va uza de dreptul său de a prezenta noi idei privind viitorul Europei, atunci când noile provocări vor face necesar acest lucru." În plus, Parlamentul va avea drept de iniţiativă în privinţa propunerilor legate de propria sa structură.

Clauza de retragere

În raportul Leinen se ia act de introducerea unei „clauze de retragere” pentru statele membre (articolul 50 din TUE³) şi se subliniază că acordul care stabileşte mecanismele privind retragerea unui stat membru din Uniunea Europeană nu poate fi încheiat fără consimţământul Parlamentului.

Propunerile incluse în raportul Leinen

Deputaţii europeni solicită celorlalte instituţii să înceapă negocierile pentru un acord interinstituţional care să cuprindă:

- principalele obiective care trebuie realizate de Uniunea Europeană după 2009, de exemplu

² A6- 0145/2009 - Raport privind noul rol şi noile responsabilităţi ale Parlamentului care decurg din Tratatul de la Lisabona ; Raportor: Jo Leinen (PSE, Germania); Procedură: iniţiativă proprie

Dezbatare: miercuri, 6 mai 2009; Vot: joi, 7 mai 2009

³ Tratatul Uniunii Europene

sub forma unui acord cadru între cele trei instituții politice asupra unui program cadru pentru mandatul Parlamentului și Comisiei care începe în 2009;

- măsurile de punere în aplicare care trebuie adoptate pentru ca Tratatul să fie un succes pentru instituții și pentru cetățenii Uniunii;

- solicită actualizarea acordului interinstituțional dintre Parlament și Consiliu care definește relațiile de lucru ale acestora în domeniul politicii externe, inclusiv schimburile de informații confidențiale.

Raportul Parlamentului European a fost adoptat cu 441 voturi pentru, 77 împotriva și 18 abțineri.

2.2. Raportul elaborat de Jean-Luc Dehaene (PPE-DE, Belgia) trece în revistă implicațiile juridice și schimbările de natură instituțională ale Tratatului de la Lisabona, în cazul în care acesta va intra în vigoare⁴.

Dacă noul tratat va intra în vigoare anul acesta, Parlamentul European dorește să abordeze în mod corespunzător problemele legate de noul cadru instituțional. Printre subiectele în atenția Parlamentului se află procedura de desemnare a președintelui Comisie Europene, compoziția noului parlament și reprezentarea Uniunii Europene în domeniul politicii externe.

Desemnarea noii Comisii

În temeiul Tratatului de la Lisabona, Consiliul trebuie să „ia în considerare alegerile pentru Parlamentul European și, înainte de desemnarea candidatului, să organizeze „consultările corespunzătoare.”

În cazul în care Consiliul începe procedura de desemnare a președintelui noii Comisii imediat după alegerile din iunie 2009, acesta ar trebui să țină cont în mod corespunzător de intervalul de timp necesar pentru a permite încheierea informală a procedurii de consultare politică cu noii reprezentanți aleși ai grupurilor politice, după cum prevede Tratatul de la Lisabona. În aceste condiții, s-ar respecta esența noilor sale prerogative, iar Parlamentul European ar putea demara aprobarea numirii Președintelui Comisiei.

În raport se subliniază că, în orice caz, procedura de numire a noului colegiu ar trebui lansată numai după ce este cunoscut rezultatul celui de al doilea referendum din Irlanda. Membrii Parlamentului European consideră că în cadrul numirii pentru cele mai importante posturi politice ale Uniunii Europene, statele membre și familiile politice europene ar trebui să ia în considerare nu doar criteriile echilibrului geografic și demografic, ci și criteriile bazate pe echilibrul politic și de gen.

Compoziția Parlamentului European

Pentru implementarea măsurilor tranzitorii privind componența Parlamentului European (decizia Consiliului European din decembrie 2008) va fi necesară o modificare a legislației naționale. Parlamentul European invită statele membre (România nu este vizată deoarece numărul deputaților europeni din România rămâne constant atât în baza Tratatului de la Nisa, cât și a Tratatului de la Lisabona) să adopte toate prevederile necesare în legislația internă pentru a permite alegerea anticipată în iunie 2009 a 18 deputați europeni suplimentari, astfel încât aceștia să poată avea statutul de observatori începând cu data la care intră în vigoare Tratatul de la Lisabona.

Deputații suplimentari vor deveni membrii deplin simulan, la o dată convenită, imediat ce procedurile de ratificare a modificării legislației primare vor fi încheiate. În raport se reamintește Consiliului că Parlamentul European urmează să câștige drepturi importante de inițiativă și de emiteră a unui aviz conform Tratatului de la Lisabona (articolul 14 alineatul (2) în privința componenței sale, drepturi pe care intenționează să le exercite pe deplin.

⁴ A6-0142/2009 - Raport referitor la impactul Tratatului de la Lisabona asupra dezvoltării echilibrului instituțional al Uniunii Europene; Raportor: Jean-Luc Dehaene (PPE-DE, Belgia); Procedură: inițiativă proprie; Dezbateri: miercuri, 6 mai 2009 ; Vot: joi, 7 mai 2009

Reprezentarea Uniunii pe scena internațională

Dacă noul tratat va intra în vigoare, UE va dispune de două posturi importante în domeniul politicii externe și anume cel pentru Președintele Consiliului European și Înalțul Reprezentant pentru politică externă care va exercita și funcția de vice-președinte al Comisiei Europene.

Pentru a asigura că acest sistem complex, menit să îmbunătățească coerența politică a Uniunii, nu influențează negativ eficiența, în raportul Dehaene se propune ca Președintele Consiliului European să reprezintă Uniunea la nivelul șefilor de stat și de guvern în chestiunile referitoare la PESC, dar nu are competența de a desfășura negocierile politice în numele Uniunii, această sarcină aparținând Vicepreședintelui Comisiei (Înaltului Reprezentant). De asemenea, acestuia/acesteia i se poate solicita să îndeplinească un rol specific de reprezentare a Consiliului European la anumite evenimente internaționale.

Potrivit deputaților europeni, nu va mai fi de dorit ca Președintelui Consiliului Afaceri Generale (mai ales prim-ministrul statului membru care asigură președinția) sau președintelui unei formațiuni sectoriale specifice a Consiliului să li se ceară să exercite funcția de reprezentare externă a Uniunii.

Componența Consiliilor Afaceri Generale și Afaceri Externe

Diferențierea între rolurile Consiliului Afaceri Generale și ale Consiliului Afaceri Externe prevăzute de Tratatul de la Lisabona implică o componență diferită a acestor două formațiuni ale Consiliului, în special deoarece extinderea conceptului de relații externe ale Uniunii, astfel cum este definit în tratatele modificate de Tratatul de la Lisabona, va face din ce în ce mai dificil cumulul de mandate în cadrul celor două formațiuni ale Consiliului. Prin urmare, este de dorit ca miniștrii de afaceri externe să se concentreze în primul rând asupra activităților Consiliului Afaceri Externe.

În acest sens, se consideră că ar putea fi necesar ca primul ministru / șeful de stat al statului membru care preia Președinția Consiliului să prezideze personal și să asigure buna funcționare a Consiliului Afaceri Generale, în calitate de organ responsabil de coordonarea diferitelor formațiuni ale Consiliului, de arbitrajul privind prioritățile și de soluționarea conflictelor pentru care, în prezent, Consiliul European este sesizat prea frecvent.

Raportul Parlamentului European a fost adoptat cu 363 voturi pentru, 93 împotriva și 19 abțineri.

Tratatul de la Lisabona este rezultatul negocierilor între statele membre, reunite în cadrul unei conferințe interguvernamentale, la lucrările căreia au participat Comisia Europeană și Parlamentul European. Pentru ca să poată intra în vigoare, acest tratat a trebuit să fie ratificat de fiecare dintre cele 27 de state membre, conform propriilor reguli constituționale iar termenul de ianuarie 2009 pentru ca acesta să intre în vigoare a fost depășit datorită refuzului Cehiei de a ratifica tratatul.

Procesul de ratificare a diferit de la stat la stat membru. În unele state, ca Irlanda, a trebuit să se organizeze referendum conform constituției naționale. În alte state ratificarea tratatului s-a realizat doar prin votul Parlamentului. Olanda a decis că nu va mai organiza referendum pentru ratificarea textului. Totuși, procesul de ratificare a fost unul care a ridicat destule critici dar cele 27 de state membre UE au fost de acord să implementeze această reformă a tratatului până în 2009, an electoral european⁵. Cert este că Tratatul de la Lisabona constituie un prim pas dintr-un moment istoric.

Conform articolului 6 din Tratatul de la Lisabona, „prezentul tratat intră în vigoare la 1 ianuarie 2009 cu condiția ca toate instrumentele de ratificare să fi fost depuse sau în prima zi a lunii care urmează depunerii instrumentului de ratificare de către statul semnatar care îndeplinește ultimul această formalitate”.

⁵ După cum am arătat anterior, termenul a fost depășit din cauza Cehiei

Aceast termen a fost din nefericire depășit datorita refuzului Cehiei de a ratifica tratatul, mai precis datorită refuzului președintelui Republicii Cehe, Vaclav Klaus. Adversar declarat al Tratatului de la Lisabona, președintele ceh ceruse o derogare de la Carta drepturilor fundamentale, pentru a preveni retrocedarea bunurilor germanilor din regiunea Sudetă, confiscate după cel de-al Doilea Razboi Mondial.

Liderul de la Praga, Vaclav Klaus, a precizat la sfârșitul luni octombrie 2009 că nu va mai pune condiții pentru ratificarea Tratatului de la Lisabona, după ce liderii europeni au acceptat să acorde Cehiei derogările pe care le-a solicitat.

Vaclav Klaus a fost ultimul lider european care a ratificat Tratatul. El a semnat documentul în aceeași zi în care Curtea Constituțională din Cehia a declarat că tratatul este conform cu legea fundamentală a țării (3 noiembrie 2009). Semnarea Tratatului era condiția necesară pentru ratificarea completă a actului și alegerea viitorului președinte al Uniunii Europene.

La câteva minute după gestul președintelui ceh, Jose Manuel Barroso, președintele Comisiei Europene, a anunțat că Tratatul va intra în vigoare în decembrie 2009 sau, cel târziu, în ianuarie 2010. Conform practicilor Uniunii Europene, noile tratate intră în vigoare în prima zi a lunii următoare depunerii lor la Roma.

După ce a semnat tratatul Klaus a apărut într-o conferință de presă în care a spus că respectă hotărârea Curții Constituționale a Cehiei, dar că nu este de acord cu aceasta „Intrarea în vigoare a tratatului va limita suveranitatea Republicii Cehe, indiferent de verdictul Curții Constituționale,” a adăugat el. Klaus i-a criticat pe judecătorii Curții Constituționale, descriind comportamentul acestora ca "obstructiv" și verdictul ca "motivată politic".

În urma depunerii instrumentelor de ratificare a tratatului la Roma în ziua de 4 noiembrie 2009, președinția suedeza a U.E. a convocat un summit extraordinar al Uniunii, în care să se ia deciziile legate de noile funcții create de Tratat.

Trebuie să menționăm faptul că a fost nevoie de opt ani de negocieri pentru reformarea tratatului fundamental al Uniunii Europene, de când liderii UE au dezbătut pentru prima oară propunerile de reformă, la summitul de la Laeken din decembrie 2001.

Reprezentanții statelor comunitare s-au întâlnit pe 19 noiembrie 2009 la Bruxelles pentru a-l desemna pe primul președinte al Uniunii Europene, dar și pe cel dintâi șef al diplomației europene. Cele două noi funcții au fost create prin Tratatul de la Lisabona, care a intrat în vigoare de la 1 decembrie 2009.

3. Tratatul de la Lisabona diferă față de Constituția Europeană

Europenii s-au obișnuit să vorbească despre Constituția europeană, dar de la Consiliul din vara anului 2008 de la Bruxelles nu se mai menționează cuvântul Constituție, atât de temut de britanici. S-a vorbit doar despre amendarea tratatului pe baza căruia funcționează ceea ce este acum Uniunea Europeană, tratat care exista de 50 de ani. Deci ceea ce se numește Tratatul de la Lisabona este diferit de vechea Constituție prin forma în care sunt făcute reformele. Fiind o amendare a vechiului tratat limbajul textului este foarte juridic, ca să nu spunem greoi. Convenția Europeană realizase Constituția în ideea de a înlocui toate vechile texte legislative de baza ale Uniunii, și astfel textul era mult mai "prietenos".

În plus, în Tratatul de la Lisabona intră noi opțiuni 'opt-out' pe care statele membre le-au negociat, și care nu erau incluse în Constituție. Aceasta este principala diferență de fond, pentru că, deși scris mai complicat, Tratatul de reformă face același lucru – adaptează arhitectura U.E. la situația extinsă, U.E.-27 de state membre. Tratatul de la Lisabona intenționează să păstreze toate schimbările instituționale pe care statele membre le-au inclus în Constituția Europeană, precum înființarea funcției de președinte al Consiliului European, a celei de ministru de externe (numit oficial Înaltul Reprezentant al Uniunii Europene pentru Afaceri Externe și Politica de Securitate), păstrarea aceleiași distribuții a locurilor în Parlament, acordarea personalității juridice Uniunii Europene (doar Comisia Europeană avea

personalitate juridică) și posibilitatea unui stat de a se retrage din UE.

3.1. Consiliul UE

Statele membre au convenit pentru o redistribuție a voturilor statelor membre în Consiliu, care va fi realizată în mai multe faze în perioada 2014 – 2017.

3.2. Mini-Comisia Europeană

Tratatul micșorează numărul de comisari care vor activa în Comisie din următorul mandat. Numărul membrilor Comisiei Europene urmează să fie redus de la 27 la 18 (doua treimi din numărul de state membre), începând cu 2014, noul sistem implicând faptul că pentru o perioadă de 5 ani (cât durează mandatul Comisiei Europene) într-un ciclu de 15 ani, fiecare stat membru nu va fi reprezentat în Comisie. Această decizie este salutară în interesul eficienței decizionale. O altă schimbare pe care o aduce Tratatul se referă la președintele Comisiei, a cărui numire va fi strâns legată de rezultatele alegerilor pentru Parlamentul European și ale cărui puteri vor fi sporite, putând să demită pe oricare dintre comisari.

3.3. Parlamentul European UE-27

Prin Tratatul de la Lisabona Parlamentul European va avea puteri sporite în domeniul adoptării legislației, a bugetului și a aprobării acordurilor internaționale. O nouă procedură legislativă, numită „ordinară” se va aplica majorității domeniilor, iar Parlamentul va avea aceleași puteri ca și Consiliul. Pentru restul domeniilor se va aplica „procedura legislativă specială”, conform căreia Parlamentul are dreptul de a consimți asupra unei măsuri a Consiliului, sau invers. În afară de aceste proceduri, rămâne în vigoare și vechea procedură de consultare – Consiliul, înainte de a vota o propunere a Comisiei trebuie să consulte Parlamentul și să țină cont de sale.

Conform noului tratat, și parlamentele naționale vor avea puteri sporite, mai ales în ceea ce privește orice altă reformă a Tratatului asupra Uniunii Europene, a răspunsului la orice nouă aplicație pentru statutul de membru ale U.E. și a cooperării judiciare pe probleme civile.

Parlamentul va avea 751 de parlamentari (750 plus președintele), orice stat membru va avea cel puțin șase și cel mult 96 de membri, iar locurile vor fi împărțite între țări conform „proportionalității regresive”, adică un parlamentar dintr-o țară cu o populație mai mare va reprezenta mai mulți oameni decât un parlamentar dintr-un stat cu o populație mai mică.

3.4. Consiliul European

Consiliul European devine oficial instituție a Uniunii Europene și va fi condusă de un Președinte, ales pentru un mandat de doi ani și jumătate. Dacă Tratatul de la Lisabona va fi ratificat, primul președinte al Consiliului European va fi ales în 2009. Această funcție nou înființată și-a atras denumirea de „Președinte al Uniunii Europene”, în special în media în discuțiile despre cine va ocupa prima dată acest post. Deși nu va avea puteri executive sporite, Președintele Consiliului European va avea ca sarcini organizarea lucrărilor Consiliului și va veghea la asigurarea consensului între statele membre. În plus, funcția de Președinte al Consiliului European este incompatibilă cu orice alt mandat la nivel național.

3.5. Ex-Ministrul de Externe, actualul Înalt Reprezentant

Uniunea Europeană nu va avea un ministru de externe, așa cum au dorit membrii Convenției Europene când au scris Constituția. Negocierile dintre statele membre au rezultat în denumirea postului ca « Înalt Reprezentant al Uniunii Europene pentru Afaceri Externe și Politica de Securitate ».

Înaltul Reprezentant va fi o poziție înaltă în arhitectura U.E.. Deși nu se poate substitui miniștrilor de externe, deoarece orice politică în acest domeniu, implementată la nivel european, va trebui agreată în unanimitate de toate statele membre, Înaltul reprezentant va avea probabil o voce mai puternică pe scena internațională decât oricare dintre miniștrii de externe ai statelor membre individual. Tratatul de la Lisabona prevede însă clar că postul “nu va interfera cu responsabilitățile statelor membre în ceea ce privește formularea și implementarea politicilor lor externe”.

Acest Înalt Reprezentant va avea un rol dublu: va reprezenta Consiliul în problemele legate de politica externă și de securitate comună (PESC) și va deține funcția de vice-președinte al comisiei, comisar pentru afaceri externe.

3.6. Uniunea Europeană-persoană juridică

Una dintre cele mai importante afirmații ale Tratatului de la Lisabona este faptul că Uniunea Europeană va avea personalitate juridică – la fel ca un stat, și nu ca o organizație internațională⁶. Comunitatea Europeană semnează tratate de câțiva ani buni și este membră a Organizației Mondiale a Comerțului, de exemplu la fel cum s-au semnat tratate internaționale cu numele de Uniune Europeană. Totuși, personalitatea juridică a U.E. nu era explicit recunoscută în propriile sale acte fundamentale până acum. Declarația politică atașată Tratatului afirmă din nou clar că faptul că are personalitate juridică, nu dă Uniunii Europene dreptul de a se substitui statelor membre în chestiuni pentru care nu a primit mandat să o facă.

3.7. Parlamentele naționale au greutate mai mare

Noul tratat U.E. va acorda Parlamentelor naționale un rol mai mare în luare deciziilor europene, chiar dacă schimbările în acest domeniu sunt destul de limitate. Una dintre noutăți este ca instituțiile U.E. vor trebui să notifice parlamentelor naționale toate propunerile legislative făcute la nivel european, iar parlamentele vor avea 8 săptămâni răgaz pentru a comenta aceste propuneri înainte ca guvernele naționale să înceapă să le discute. Mai important este că, prin noul tratat, parlamentele naționale vor putea aduce contestații legislației U.E.. Dacă o treime dintre parlamentele naționale au obiecții la adresa unei propuneri legislative, Comisia trebuie să o discute din nou și să ia decizia dacă să o susțină în continuare, să o amendeze sau să o retragă. Dacă Comisia decide să mențină propunerea în forma contestată de parlamente, acestea nu mai au dreptul să o conteste mai departe. Dacă contestația vine din partea majorității parlamentelor naționale, iar Comisia se hotărăște să meargă înainte cu propunerea în forma contestată, intervin Consiliul și Parlamentul European, care vor media conflictul.

3.8. Carta europeană a drepturilor fundamentale

Tratatul de la Lisabona face referire la Carta europeană a drepturilor fundamentale aceasta devenind într-o anumită măsură obligatorie pentru toate statele membre. Tratatul de la Lisabona înseamnă și un pas înainte în ceea ce privește drepturile omului. Pe lângă faptul că se garantează punerea în aplicare a Cartei Europene a Drepturilor Fundamentale, deschide și oportunitatea pentru Uniunea Europeană de a adera la Convenția Europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale. Există și aici prevederi care asigură faptul că legislațiile naționale nu vor fi contrazise de Carta drepturilor fundamentale. Totodată, Tratatul introduce un nou drept pentru cetățenii europeni, conform caruia o petiție cu 1 milion de semnături din mai multe state membre poate fi trimisă Comisiei pentru a demara o inițiativă legislativă. Textul Cartei în sine rămâne într-o anexă a Tratatului.

3.9. Transfer de suveranitate – J.A.I

Tratatul de la Lisabona constituie un pas înainte în transferul de suveranitate de la statele membre la Uniunea Europeană, dar este unul limitat. Au fost extinse puterile Comisiei, Parlamentului și Curții de Justiție în domeniul justiției și afacerilor interne. A fost înlăturată, de asemenea, din anumite domenii puterea de veto a statelor membre. Statele au putere de veto pe politicile care cer decizii unanime. Cel mai important domeniu scos de sub incidența unanimității este Justiția și Afacerile Interne. U.E. va lua decizii cu majoritate simplă în ceea ce privește în domeniul cooperării polițienești și al cooperării judiciare în materie penală. De asemenea, tot în domeniul Justiției și Afaceri Interne, noul Tratat conferă Curții de Justiție dreptul de a judeca cazuri pe baza legislației U.E. – J.A.I., ca azilul, vizele, imigrația ilegală sau cooperarea în materie juridică.

Tratatul mai scoate de sub incidența unanimității câteva zeci de politici, numeric mai multe

⁶ Anterior doar Comisia Europeană a avut personalitate juridică

decât celelalte tratate, dar mai puțin importante. Un exemplu sunt regulile de strângere a datelor statistice în zona euro.

Mai important este că noul Tratat permite votul majoritar pe propunerile Înaltului reprezentant U.E. pentru Afaceri Externe și Politică de Securitate privind implementarea politicilor externe. Unanimitatea este înlăturată și în ceea ce privește legislația privind securitatea socială a migranților, cu o clauză care permite unui guvern național să ceară votul unanim într-o reuniune a Consiliului European dacă legislația pe cale a fi adoptată contravine flagrant intereselor sale.

3.10. Sistemul de vot în Consiliu

Cea mai importantă schimbare pe care noul tratat îl aduce funcționării Consiliului Uniunii Europene se referă la procedura de luare a deciziilor. Tratatul introduce un nou sistem de vot în Consiliu, ceva mai simplu decât actualul. După intrarea lui în vigoare, majoritatea calificată se va extinde și la alte domenii decât cele din prezent (spre exemplu imigrare și cultură). Din 2014 va fi introdusă o nouă procedură de luare a deciziilor – majoritatea dublă. Pentru a adopta o regelementare europeană va fi nevoie ca majoritatea statelor membre (55%) să reprezinte majoritatea populației europene (65%). Această procedură va fi însoțită de un mecanism prin care un număr mic de state membre se pot opune adoptării unei măsuri.

În prezent statele membre au fiecare un număr de voturi în Consiliu direct proporțional cu numărul de cetățeni. Astfel, o decizie este aprobată dacă 255 din 345 de voturi sunt voturi pentru.

3.11. Simplificarea amendării

Tratatul de la Lisabona introduce prevederi prin care Tratatul U.E. și politicile europene să fie mai ușor de modificat de acum înainte, eventual fără convocarea Conferinței Interguvernamentale. Așa-numita “ratchet clause” care permite statelor membre ca pe viitor, să modifice chestiunile care până acum erau amendate prin unanimitate, doar prin majoritate.

Totuși, clauza nu se aplică pentru reforme instituționale fundamentale ale Tratatului, pentru care C.I.G. va trebui în continuare convocată. De asemenea, modificările textului tratatului rămân în aria de decizie unanime a statelor membre, iar parlamentele naționale trebuie să le aprobe.

3.12. Uniunea Europeană și Statutul de membru în Consiliul de Securitate O.N.U.

Uniunea Europeană rămâne o organizație internațională, deci nu poate fi membră a Consiliului de Securitate. Totuși, o dată cu înființarea postului de Înalt reprezentant U.E. pentru Afaceri Externe și Politică de Securitate, dacă statele membre ajung la o poziție unanimă privind o chestiune de pe agenda Consiliului, statele care sunt membre ale Consiliului îi vor solicita lui Javier Solana să prezinte această poziție la ONU. Voturile din Consiliul de Securitate O.N.U. aparțin în continuare însa statelor membre.

În fapt, de altfel, Javier Solana nu este nici acum străin de prezentarea pozițiilor comune U.E. în cadrul Consiliului O.N.U.. Aceasta s-a întâmplat de câteva ori, fapt care nu a împiedicat statele U.E. să exprime poziții diferite. Tratatul include o declarație politică care afirmă că Politica comună externă și de securitate nu va afecta nicidecum statutul de membru în Consiliul de Securitate al vreunei țări U.E..

3.13. Categoriile de competențe ale U.E.

Tratatul de la Lisabona stipulează cine va acționa, în ce domeniu – Uniunea Europeană sau statele membre, identificând trei categorii de competență pentru U.E. :

- **Competență exclusivă** – în domenii precum uniunea vamală, politica comercială și de concurență unde numai uniunea europeană are competență exclusivă;

- **Acțiuni de sprijin**, coordonare și complementare – în domenii ca educația, cultura, industria, Uniunea Europeană poate numai să sprijine statele membre (acordând finanțări, spre exemplu);

- **Competența comună** – în ceea ce privește mediul, transportul și protecția consumatorilor, atât Uniunea Europeană cât și statele membre au putere de legiferare, fără a uita însă de principiul subsidiarității.

3.14. Dreptul de a decide dacă un stat rămâne sau nu membru al U.E.

După aderarea la Uniunea Europeană, orice stat poate să aleagă în orice moment dacă rămâne sau nu membru al acestei structuri. Deși există un precedent în care un teritoriu a încetat să mai facă parte din Comunitatea Europeană (Groenlanda în 1985), în prezent nu există nici o prevedere legală conform căreia un stat poate părăsi Uniunea Europeană. De aceea, pentru prima dată Tratatul de la Lisabona include o clauză conform căreia este la latitudine oricărei țări să rămână sau nu membru al U.E..

3.15. Politica privind mediul și energia

Tratatul cuprinde și protocoale adiționale privind schimbările climatice și lupta împotriva încălzirii globale. De asemenea, câteva prevederi ale Tratatului se referă la solidaritatea în probleme legate de furnizarea de energie și a schimbărilor în domeniul politicii energetice europene.

3.16. Apărarea militară europeană

Apărarea rămâne în continuare un domeniu de competență al statelor membre. Tratatul prevede că statele membre pot pune la dispoziția Uniunii resurse civile și militare pentru desfășurarea operațiunilor sale în domeniul securității comune și apărării. Cu toate acestea, orice stat membru are dreptul de a se opune unor astfel de operațiuni. Toate contribuțiile vor fi întotdeauna pe bază voluntară.

Un grup de state membre care doresc și au capacitatea necesară vor putea îndeplini operațiuni de dezarmare, misiuni umanitare și de evacuare, misiuni de consiliere pe probleme militare și de menținere a păcii. Niciun stat membru nu poate fi obligat însă să participe la astfel de operațiuni.

3.17. Tratatul de la Lisabona și realizările sociale ale Uniunii Europene

Tratatul de la Lisabona permite UE să mențină și să dezvolte mai departe realizările sociale, respectând întru totul prerogativele naționale. O economie de piață foarte competitivă, ocuparea forței de muncă și progresul social se numără printre obiectivele Uniunii. Coordonarea politicilor economice și de ocupare a forței de muncă ale statelor membre intră în sfera de competență a Uniunii, ceea ce permite coordonarea politicilor sociale ale statelor membre.

Tratatul de la Lisabona conține o „clauză socială”, în baza căreia aspectele sociale (promovarea unui grad ridicat de ocupare a forței de muncă, protecția socială adecvată, lupta împotriva excluziei sociale etc.) trebuie luate în considerare în definirea și aplicarea tuturor politicilor.

De asemenea, drepturile fundamentale sunt recunoscute în Tratatul de la Lisabona prin includerea unei trimiteri la Carta drepturilor fundamentale, obligatorie din punct de vedere juridic. Aceasta conține o secțiune pe tema solidarității, care enumeră o serie de drepturi și principii cu relevanță directă pentru domeniul social, cum ar fi dreptul la informare și consultare în întreprinderi, dreptul de a negocia acorduri colective și de a acționa colectiv, dreptul de acces la servicii de plasare a forței de muncă și de protecție împotriva concedierilor nejustificate și dreptul la securitate și la asistență socială etc.

3.18. Cetățenii europeni pot introduce inițiative instituțiilor uniunii

Tratatul de la Lisabona introduce Inițiativa cetățenilor europeni. Noua dispoziție privind democrația participativă prevede că un milion de cetățeni provenind dintr-un număr semnificativ de state membre pot lua inițiativa de a invita Comisia să prezinte orice propunere adecvată referitoare la aspecte care, în opinia cetățenilor, necesită un act legislativ elaborat la nivelul Uniunii în scopul aplicării Tratatului de la Lisabona. Detaliile cu privire la această procedură vor fi stabilite prin legislație.

3.19. Președintele Uniunii Europene și Înalțul Reprezentant pentru Politica Externă

Dupa ratificarea Tratatului de la Lisabona Uniunea Europeană va avea un președinte, dar comparația care s-ar putea face cu președintele Statelor Unite nu este deloc corectă. Deocamdată, cel puțin, președintele Uniunii Europene rămâne un simbol. Președintele U.E. va fi, ca și până

acum, Președintele Consiliului Uniunii Europene, doar că va fi aleasă o anumită persoană, care va sta în această funcție timp de 30 de luni. Această persoană va fi un politician de top, ales în unanimitate de prim miniștrii și de președinții statelor membre dar postului nu îi sunt atașate puteri executive.

Vechiul sistem de președinție rotativă a Consiliului nu dispăre, dar se schimbă. Noul tratat prevede o președinție compusă din trei state care vor prezida împreună reuniunile miniștrilor din Consiliu.

Uniunea Europeană nu va avea un ministru de externe, așa cum au dorit membrii Convenției Europene când au scris Constituția. Negocierile dintre statele membre au rezultat în denumirea postului ca « Înalt Reprezentant al Uniunii Europene pentru Afaceri Externe și Politica de Securitate ».

Înaltul Reprezentant va fi o poziție înaltă în arhitectura U.E.. Deși nu se poate substitui miniștrilor de externe, deoarece orice politică în acest domeniu, implementată la nivel european, va trebui agreată în unanimitate de toate statele membre, Înaltul reprezentant va avea probabil o voce mai puternică pe scena internațională decât oricare dintre miniștrii de externe ai statelor membre individual. Tratatul de la Lisabona prevede însă clar că postul “nu va interfera cu responsabilitățile statelor membre în ceea ce privește formularea și implementarea politicilor lor externe”.

Acest Înalt Reprezentant va avea un rol dublu: va reprezenta Consiliul în problemele legate de politica externă și de securitate comună (PESC) și va deține funcția de vice-președinte al comisiei, comisar pentru afaceri externe.

Reprezentanții statelor comunitare s-au întâlnit pe 19 noiembrie 2009 la Bruxelles pentru a-l desemna pe primul președinte al Uniunii Europene, dar și pe cel dintâi șef al diplomației europene. Cele două noi funcții au fost create prin Tratatul de la Lisabona, care va intra în vigoare de la 1 decembrie 2009.

După negocieri intense derulate în cadrul unei reuniuni istorice, Liderii europeni i-au desemnat, în unanimitate, pe premierul belgian Herman Van Rompuy în funcția de președinte al Uniunii Europene și pe Comisarul pentru comerț, Catherine Ashton, în funcția de Înalt Reprezentant pentru Politica Externă (19 noiembrie 2009).

Președintele Barroso i-a felicitat pe cei doi. „Nu cred că am fi putut face o alegere mai bună pentru funcțiile de conducere ale Uniunii Europene”.

Președintele U.E. este un politician creștin-democrat flamand și economist, în vârstă de 62 de ani, care a fost parlamentar încă din 1988. A devenit premierul Belgiei în decembrie 2008, pentru o perioadă de aproape un an, după ce a fost rugat insistent. Noul președinte U.E. este cunoscut în Belgia pentru capacitatea sa de a realiza compromisuri între diferitele comunități lingvistice, cea francofonă și cea flamandă. „Nu am solicitat această funcție. Nu am întreprins nicio acțiune pentru a o obține. Însă, începând din această seară, mi-o voi asuma cu toată convingerea”, a declarat dl Van Rompuy.

În acord cu Comisia Europeană, Consiliul a numit-o pe dna Catherine Ashton, în vârstă de 53 de ani, în funcția de Înalt Reprezentant al UE pentru afaceri externe și politica de securitate. Membru al Partidului Laburist din Regatul Unit, dna Ashton va ocupa și funcția de vicepreședinte al viitoarei Comisii. Dna Ashton s-a declarat surprinsă de numirea sa, care va trebui însă confirmată de Parlament. „Sunt onorată și mândră de faptul că mi s-a propus să îndeplinesc acest rol. Voi face tot posibilul pentru a reprezenta valorile noastre în întreaga lume”. Catherine Ashton, va prelua rolul de șef al diplomației europene de la Javier Solana, însă va avea puteri sporite, ea va fi în același timp vice-președinte al Comisiei Europene. Ashton, în vârstă de 53 de ani, este nou-venită în acest domeniu și nu este foarte cunoscută nici în țara ei, însă este foarte apreciată la Bruxelles unde și-a făcut un renume drept comisar european la Comerț.

Cele două posturi au fost create în baza Tratatului de la Lisabona, recent aprobat, care urmărește să consolideze rolul UE pe scena mondială și să simplifice procesul de luare a deciziilor

la nivel european.

Mandatul noului președinte este de doi ani și jumătate. Crearea acestei funcții înlocuiește sistemul actual, în baza căruia fiecare stat membru deține președinția Consiliului Uniunii Europene pe o durată de șase luni.

Președintele Van Rompuy va avea ca principale responsabilități prezidarea reuniunilor Consiliului și reprezentarea liderilor U.E. la nivel internațional. De asemenea, va reprezenta Consiliul în relațiile cu alte instituții comunitare.

Catherine Ashton va avea autoritatea de a propune măsuri în domeniul apărării și securității. De asemenea, va avea misiunea de a înființa o rețea a diplomaților în întreaga lume, care să sprijine noul cabinet. Funcția de Înalt Reprezentant comasează două dintre portofoliile actuale: înaltul reprezentant pentru politica externă și de securitate comună și comisarul pentru relații externe.

Spania a anunțat că va avea o președinție "discretă", lăsând loc de manevră noului președinte permanent și reprezentantei pentru politica externă. Spania a preluat pe 1 ianuarie 2010 președinția semestrială a Consiliului European. Pentru prima dată, statul european aflat la conducere timp de șase luni își va împărtăși rolul de lider cu doi reprezentanți permanenți.

Tratatul de la Lisabona a fost aprobat și a intrat deja în vigoare. Spania va fi prima țară care va deține președinția prin rotație a Uniunii Europene în condițiile în care există, mai nou, un președinte permanent al Uniunii, în persoana lui Herman van Rompuy, și un ministru de externe comun, Catherine Ashton, ambii bucurându-se prerogative importante. Șeful diplomației spaniole, Miguél Angel Moratinos, a anunțat deja că țara sa va accepta fără rezerve rolul noilor lideri europeni.

Desemnările noilor lideri europeni au devenit oficiale odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, la data de 1 decembrie 2009.

Concluzii

Una dintre principalele sale realizări ale tratatului îl constituie faptul că Uniunea Europeană va avea un rol mai important pe scena mondială. Tratatul de la Lisabona stabilește principiile și obiective comune pentru acțiunea Uniunii pe plan extern: democrație, stat de drept, universalitatea și indivizibilitatea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, respectarea demnității umane, principiile de egalitate și solidaritate.

Tratatul de la Lisabona grupează sub un singur titlu majoritatea prevederilor privind relațiile externe incluse în tratatele existente, pentru o mai bună înțelegere și pentru a promova coerența acțiunilor Uniunii.

Funcția de Înalt Reprezentant al Uniunii pentru politica externă și de securitate comună (PESC) a fost combinată cu cea de Vicepreședinte al Comisiei - este creat un nou actor instituțional, cu dublă responsabilitate. Aceasta va aduce mai multă coerență în acțiunea externă și va contura profilul UE pe scena internațională, „creând o identitate” a Uniunii și facilitând promovarea progresivă a „interesului european comun”.

Înaltul Reprezentant/Vicepreședintele va fi sprijinit de un serviciu comun, Serviciul european pentru acțiune externă. Acesta va fi format din funcționari ai Consiliului, Comisiei și din personalul serviciilor diplomatice ale statelor membre.

Tratatul de la Lisabona introduce, în același timp, o bază juridică pentru ajutorul umanitar. Această prevedere pune accent pe aplicarea principiilor dreptului internațional și a principiilor imparțialității, neutralității și nediscriminării. De asemenea, se prevede constituirea unui Corp voluntar european de ajutor umanitar.

Tratatul de la Lisabona introduce, pentru prima dată, o bază juridică pentru ajutorul umanitar. Această prevedere subliniază specificitatea politicii și aplicarea principiilor dreptului internațional, în special principiile imparțialității și nediscriminării.

Tratatul de la Lisabona menționează clar că reducerea și eradicarea sărăciei reprezintă obiectivul principal al politicii Uniunii în domeniul cooperării pentru dezvoltare. Acesta trebuie avut în vedere când UE pune în aplicare politici care pot afecta țările în curs de dezvoltare. Acest lucru implică faptul că politica de cooperare pentru dezvoltare este o politică de sine stătătoare și nu se situează în prelungirea politicii externe și de securitate comună.

În cazul unui ajutor financiar urgent, Consiliul va hotărî cu majoritate calificată, la propunerea Comisiei. Aceasta înseamnă că, în viitor, ajutorul financiar va putea fi furnizat mai rapid.

În Tratatul de la Lisabona, ajutorul pentru cooperare și ajutorul umanitar sunt considerate „competențe comune paralele” - ceea ce înseamnă că Uniunea desfășoară o politică autonomă, care nu împiedică statele membre să-și exercite competențele și nici nu transformă politica proprie într-una „complementară” politicilor statelor membre.

Tratatul pune bazele unei abordări mai descentralizate și mai transparente a punerii în aplicare a politicilor UE, pentru a garanta faptul că deciziile sunt luate cât mai aproape de cetățean. Acesta include dimensiunea locală și regională în cadrul juridic al UE și precizează că Uniunea trebuie să respecte identitățile naționale ale statelor membre, care fac parte integrantă din structurile lor fundamentale, inclusiv autonomia regională și locală. Tratatul simplifică doar distribuția competențelor între Uniune și statele membre precizând atribuțiile fiecărei părți implicate. Există astfel mai puține zone „de umbră”, susceptibile să creeze confuzie și nesiguranță.

Tratatul de la Lisabona este un tratat internațional, convenit și ratificat de state membre suverane care sunt de acord să pună în comun o parte din suveranitatea lor, în favoarea cooperării supranaționale. Tratatul de la Lisabona subliniază faptul că Uniunea reflectă dorința statelor membre și a cetățenilor săi și că puterile sale îi sunt conferite de aceste țări.

Tratatul nu aduce atingere naturii fundamentale a UE, ci introduce o serie de inovări instituționale majore, care conferă Uniunii mai multă putere și eficiență. Acest lucru nu este în detrimentul statelor membre. Dimpotrivă, UE completează acțiunea statelor membre când acestea nu-și pot îndeplini singure obiectivele.

De asemenea, rămâne de văzut care va fi evoluția funcției de președinte al Uniunii Europene, care vor fi prerogativele acestuia, știindu-se că la această dată el are un rol pur decorativ, ori noi nu trebuie să uităm că acesta este un politician de renume și este discutabil dacă acesta se va mulțumi cu rolul „oferit” de tratat.

Bibliografie

- Jurnalul Oficial al Uniunii Europene
- Legislație Internă și Internațională
- www.mae.ro

RELATIONSHIP LEGALITY- OPPORTUNITY IN THE ROMANIAN DOCTRINE

Andreea Diana PAPA*
Adriana Elena BELU**

Abstract

A constant concern of the Western doctrine and of the Romanian administrative one was the research of the legality – opportunity relationship. Further on, it is a current topic in terms of diversity of opinions, especially regarding the control exercised by the judge. The principle of legality is the principle that sets the administration limits, but it can be seen as absolute only at the level of principle, the administration needing a "margin of freedom to take decisions, to which the discretionary power corresponds. This is the power granted by law to the administration to choose between several decisions, based on their assessment, to achieve the goal of the legislator. In this context of ideas, it can be noted that in the same case, the discretionary power may be different depending on the legal provisions that allow administration decision at its discretion.

Keywords: *the principle of legality, relationship legality, public administration*

1. Introduction. Preliminary specifications

A constant concern of the Western doctrine and of the Romanian administrative one was the research of the legality – opportunity relationship. Further on, it is a current topic in terms of diversity of opinions, especially regarding the control exercised by the judge.

The principle of legality is the principle that sets the administration limits, but it can be seen as absolute only at the level of principle, the administration *needing a "margin of freedom to take decisions, to which the discretionary power corresponds.*

This is the power granted by law to the administration to choose between several decisions, based on their assessment, to achieve the goal of the legislator.

In this context of ideas, it can be noted that in the same case, the discretionary power may be different depending on the legal provisions that allow administration decision at its discretion.

Thus, we can say that discretionary power is not contrary to the principle of legality, because its very freedom of appreciation is the result of the fact that legality does not impose to it a particular behavior.

Therefore, in relation to the requirements of legality, the discretionary power begins where legality stops, but the administration has an obligation of result, that of aiming to meet the satisfaction of public interest.

2. Relationship legality – opportunity

Since the beginning of the century, *the matter of opportunity was perceived in the Romanian doctrine¹ directly related to legality*, which when it does not imperatively order administrative conduct, it leaves a wide discretion on the opportunity act, but with the obligation of the administration to act within the limits of its jurisdiction.

Thus, categorically expressed the view that where the government has discretion on whether

* Lecturer, Ph.D., Faculty of Law and Public Administration, "Spiru Haret" University, Bucharest (papa.andreea1980@yahoo.com).

** Lecturer, Ph.D., Faculty of Law and Public Administration, "Spiru Haret" University, Bucharest (adyelenabelu@yahoo.com).

¹ Anibal Teodorescu, A new conception on the government acts. Theory of legality in criticism, 46

it is circumscribed legality.

Those conditions should be subject to judicial review, which can overcome censorship limits the discretion of the Administration.

In another opinion, the distinction between opportunity and legality in the analysis of discretion.

Thus, *it is categorically expressed the opinion that even if the administration has the power to assess on opportunity, it circumscribes to legality.*

The verification of this condition should be subject to judicial control, which can censor the exceeding of the discretionary power of which the administration disposes.

In another opinion², it is made the distinction between opportunity and legality in the analysis of the discretionary power.

Thus, the power of the administration to examine the *opportunity* of the measure taken is *limited* by the legislative standard, when it concerns the recognition of some individual rights and *unlimited* when there is no right acknowledged by the objective standard.

Instead, the administration can not assess the legality, its power being limited by the *de jure* standard and therefore any exceeding thereof may be censored by means of the jurisdictional control.

From another angle³, among the features of the administrative acts it was mentioned the timeliness or the opportunity that consists in the fact that the administration acts must be compliant with the contents and purpose of the laws, but at the same time, the measures taken must adapt to the needs of the society.

Between timeliness and legality there isn't incompatibility – said Tudor Drăganu in 1959, in the process of "building socialism" - *the opportunity of an administrative act always assuming its legality, vice versa not being true.*

Therefore, in the conception of the author, the socialist law was characterized by the principle that the administration acts were controlled in terms of legality and opportunity.

In the current Romanian doctrine, the relationship between legality and opportunity of the administrative act has become a matter of administrative law, extremely controversial, two different schools of thought resulting.

Thus, School of Cluj believes that the legality and opportunity are two distinct conditions of validity of administrative acts while *Bucharest School* conceived the opportunity as element of legality.

In the conception of the School representatives⁴ from Cluj, *by opportunity it is understood meeting the legal tasks and functions in optimum time with minor expenses of material and spiritual resources, but with greater efficiency as well as choosing the most appropriate means for achieving the purpose of the law.*

According to Ilie Ionvănaș the main criteria for assessing the opportunity of administrative acts are:

- the moment when the administrative act is adopted depending on which the act may be considered opportune, premature or late, therefore inopportune;
- the place and concrete conditions where the administrative act is to be applied;
- material and spiritual means that the administrative measure arranges and the length of time that its application calls for;
- compliance with the level of the general conditions of life and culture and compliance with the purpose of the law, not only with its letter.

With regard to us, we concur to the opinion expressed, but we add another criterion for

² Paul Negulescu, Executive discretion in carrying out acts of public power, weekly digests 1934, 225

³ Tudor Drăganu, Administrative law acts, (Bucharest ,Scientific Publishing House, 1959), 72

⁴ Ilie Ionvănaș, op.cit., 49-51

assessing the opportunities of administrative acts: the one resulting from the application of the proportionality principle.

The criterion of proportionality consecrated in the provisions of art. 53 para. 2 of the Constitution of Romania with regard to restricting the exercise of certain rights or freedoms stipulates *for the measure taken to be proportional to the situation that caused it.*

Regarding judicial control over administrative acts, in the conception of representatives and followers of School from Cluj, it only consists in verifying the legality, and not opportunity, so that the administrative act issued in the exercise of a discretion power that the public authority has in choosing between several possible legal solutions can not be annulled by administrative court.

However, they admit that the principle allows exceptions, too, namely, *when by special laws it is provisioned the right of administrative courts to control the opportunity of the administrative act and when the opportunity is not opposed to legality.*

Thus, followers of School in Cluj⁵ *argue their opinion with aspects of jurisprudence, citing a case decision, regarding the settlement of an action in administrative court, on the annulment of a decision of the Local Council of discharging the Vice President, action that was upheld by the court as an ungrounded decision, taken in breach of Law no. 215/2001 which requires for the Local Council's decision to be substantiated.*

Therefore, in this case, *the opportunity of taking the measure of dismissal, in consideration of the law becomes aspect of legality censorable via administrative court in case the act of dismissal is not motivated enough.*

Justification of this opinion of the School of Cluj is based on the principle of separation of state powers that prevent the judicial authority to intervene in the area reserved to the executive power, except for exceptional cases provided in the express legal provisions.

In our opinion, School of Cluj took over the entire theory of French doctrine, which limits the judicial control only to examining the legality of decisions subjected to its censorship, excluding opportunity.

The same position we meet at Rodica Narcisa Petrescu⁶, *who, while acknowledging that the limits of discretion rights enjoyed by public authorities is determined by laws and governmental decrees that they should apply, relating to jurisdictional control, she considers it is limited to the legality of the administrative act, opportunity being excepted.*

Followers⁷ of School in Cluj admit however that *there isn't an opposition legality – opportunity, considering that it would reach a situation where the opportunity would be synonymous with illegality, and the discretionary power should be understood as an illegal conduct of the administration that is contrary to the principle of legality.*

School of Bucharest conceived opportunity as an element of legality and not as a separate condition of validity of the administrative act, accepting the idea that the administrative judge may determine whether the administration acted abusively, contrary to the public interest, as reflected in the law on which the act contested⁸ relies.

Conditions of opportunity in view of Bucharest School representatives appear as a subsystem of the conditions of legality, the excess of opportunity being determined by reference to the purpose of the law that represents "the legal limit" of the discretion right to which the administrative court judge relates, in order to establish the illegality of an administrative act.

In our case, we agree with the position expressed, which is supported by arguments of French doctrine comparative law and German doctrine, that substantiated the judge's right to

⁵ Dacian Cosmin Dragoș, Discussions on the possible cancellation of an administrative act on grounds of inopportunity, (Bucharest, R.D. numb. 8/2004), 108-112

⁶ Rodica Narcisa Petrescu, op.cit., 250

⁷ Crina Ramona Rădulescu, PhD thesis, Legal protection of citizens in relation to administration, (Craiova 2008), 64

⁸ See I. Iorgovan, op.cit., Vol. II, 42-45; Dana Apostol Tofan, op.cit. 170-210; Verginia Vedinaș, op.cit., 106

also analyze opportunity elements and we add with arguments from the national jurisprudence.

Thus, in a case decision⁹, the court recognizing the discretionary power of the authorities of the lawyer profession found that the syntagm "may be received in the lawyer profession" can not be exercised abusively, but nor can it cancel the margin of freedom permitted by law.

Likewise, the High Court¹⁰ remembered that in case establishing the conditions and methods of distribution after a competition is a right of the contest organizer, this right may not be exercised by breach of Art. 16, 20 and 54 of the Constitution of Romania from 1991 through discriminatory treatment of persons in similar situations.

From the analysis of the two decisions invoked it results that the Romanian judge does not sees with rigidity the legality- opportunity relation, but it seeks to limit by the decisions rendered the abuse, the excessive opportunity being established exactly by reference to the purpose of the law.

Rallying to the opinion of the School in Bucharest, we consider that the discretionary power available to the public authority of acting or not, the freedom of discretion of acting in one way or the another, does not assimilates to the fact that this power can be used abusively without legal justifications of its application.

To accept the contrary, it would mean to accept the excess power without any control of the administration activity which is not allowed in a state of law, that, according to Article 1 para. (4) of the revised Constitution of Romania is organized not only on the principle of separation of powers as the representatives of the School of Cluj justify their position, but also on their balance in constitutional democracy.

In a relatively recent decision¹¹, the court held that by issuing the examined administrative act, the limits provisioned by law were exceeded, entering the sphere of power excess.

Thus, although the issuing authority had the right to revoke the building permit issued, that right must be exercised in accordance with the law, i.e the provisions of art. 47 para. 5 and 6 of O.G. numb. 43/1997 that allow the road administrator to ask for the demolition of a building if the measure is imposed by the road safety, but it is obliged to make notifications at least three months before starting work on the road.

Further on, the court held that the syntagm used by the petitioner "public discontent" can not itself justify issuing the administrative act in question because not being accompanied by appropriate documentation it is impossible to be verified by the administrative court.

Following the analysis of this last decision presented, it can be concluded that the judicial control of the administrative acts in terms of opportunity is indispensable to avoid the transformation of the discretionary power of administration in arbitrariness and abuse.

Further more, legal and constitutional provisions not only do they allow but even require such an approach.

Thus, the 2nd thesis, paragraph (2) of Art. 53 of the Constitution stipulates that the measure must be *proportional* to the situation that caused it, to be applied *without discrimination* and without breaching the existence of rights or freedoms.

In this context, we consider that the application of the two constitutional principles, the principle of proportionality and non-discrimination, that support the position of the Bucharest School on the legality - opportunity relation which must be taken into account by jurisprudence in determining the specific conditions of legality by reasons of opportunity, could be the starting point for a reconciliation of theorists' theses¹² and a unification of the jurisprudence on the admission of the possibility of administrative court control on opportunity as a condition of legality.

⁹ I.C.C.J., Section administrative court, Decision numb. 549/10.02.2004, unpublished

¹⁰ Decision numb. 3437/17.06.2004, unpublished

¹¹ I.C.C.J., S.C.A.F., Decision numb. 3319/29.06.2007, unpublished

¹² See for this purpose Rozalia Ana Lazăr, too, op.cit., 65

In full agreement with the foregoing provisions of Art. 124 para. (1) and (2) of the draft Administrative Procedure Code stipulate the obligation of public authorities to act in good faith in the exercise of the discretion right conferred by law, within the legal limits established and in compliance with the purpose for which it was granted, and if limits of the appreciation rights were exceeded, the administrative act is illegal.

To the same effect, the provisions of art. 20 para. (2) of the project stipulate that in the exercise of discretion right, public authorities must assess that the measures taken are not too excessively related to their purpose, therefore to be proportional.

In this context and in the meaning of the opinion that we mentioned, it can also be added the position of the French¹³ doctrine which says that *it is always a crucial question until where the administrative action must be imposed by legality and when the authority should be left to decide on opportunity*, appreciating that because of its growing thoroughness, the judicial control appears close to opportunity, but in reality it only integrates in legality what belonged up to here to opportunity.

An intermediary view¹⁴ between the two positions, the one of School of Cluj and Bucharest, according to which, in order to avoid confusion of opportunity with abuse, it is needed a conceptual resizing in order to highlight the concept of discretionary competence in relation to legality in the sphere of discretionary power.

The authors quoted consider that there are many situations where opportunity intersects necessarily with legality named by them with the syntagm of "legality of opportunity", considering that this is in agreement with the French doctrine regarding the judicial control with reference to the error manifested by discretion and the principle of proportionality.

The example to which the authors refer in order to support the position expressed refers to civil penalty matter, where the judge verifies the method of assessing the sanction.

3. Reflecting the principle of legality in the Romanian legal system

The Romanian interwar doctrine¹⁵, Paul Negulescu specified that the legality regime is characterized by the fact that the state is ruled by law, nobody is above the law, which expresses the general will, being binding for all.

However, the quoted author mentioned the need of control regarding the observance of legality considering that citizens "do not have the role to govern but to intimidate the governors, calling them back to reality" by means of control.

As regards the phrase "rule of law", it seems that the shortest and the clearest definition is given by Rudolf Wassermann, according to whom "the rule of law is represented by the State the activity of which is determined and limited by law."

The reign of law on state and administration involves both determining the bounds and control procedures in cases of violation of the supremacy of law, in the control exercised by judicial authorities.

It can thus be said so that the principle of legality is the essence of the rule of law, because by regulating the social relations, it provides the legal order (in fact, in most European countries, the principle of legality is constitutionally consecrated).

The Romanian¹⁶ constitutional doctrine has said that an intrinsic requirement of the rule of law is the institutionalization of the supremacy of the Constitution of the rule of law, where there is the reign of law, so we have a constitutional state.

The principle of Constitution supremacy and the binding of the law means that the law

¹³ Pierre-Laurent Frier; Jacques Petit, *Précis de droit administratif*, 2006, 472

¹⁴ I. Teodoroiu, Simona-Maya Teodoroiu, *Legality of opportunity and the constitutional principle of proportionality*, (Bucharest, Right numb. 7/1996), 39 and following

¹⁵ Paul Negulescu, *The executive discretion in carrying out acts of public power*, (Romanian Digests, 1934)

¹⁶ Ion Deleanu, *Constitutional institutions procedures*, (Arad, Servo-Sat Arad Publishing House 2003), 72

expresses the general will only if it complies with the constitutional standard.

The act of review of the Romanian Constitution from 1991 has completed the constitutional text of Art. 1 with two fundamental principles:

- a) and separation and collaboration of powers in the state
- b) the supremacy of the Constitution and the binding of the law [para. (4) and (5)].

As regards the principle of supremacy of the Constitution, and the binding of the law, the doctrine¹⁷ assesses that the revised text of the Romanian Constitution establishes the Constitution on the top of the pyramid of the legal normativity, *a view to which we concur; we can add that hierarchy of laws is determined by the Constitution under the principle that acts with inferior juridical force must comply to acts with higher juridical force.*

In this regard, Article 20 para. (2) of the Romanian Constitution provides that if there are any inconsistencies between the pacts and treaties on fundamental human rights to which Romania is party, and the domestic laws, *international regulations shall to have precedence unless the Constitution or domestic laws contain provisions more favorable and from the constitutional provisions stipulated in Art. 148 paragraph (2) it results that the provisions of the constituent EU treaties and other binding communitarian regulations shall take precedence over contrary provisions of domestic laws in compliance with the provisions of the Act of Accession.*

Moreover, the analysis of the practice of courts shows that parties rely increasingly more often on these sources of legality, *which determines the need for codification of administrative proceeding as a solution to ensure the functioning of the principle of legality.*

Connected to these provisions, Art. 21 of Law no. 24/2000 regarding the standards of legislative technique for elaborating governmental decrees *stipulate that the development of governmental decrees must take into account the EU regulations in the field and provisions of par. 2 Art. 30 establish the obligation of grounding each governmental decree draft showing its compatibility with EU regulations and the future harmonization measures that are required.*

A concern shown both nationally and on European level is the *need for codification.*

In administrative law, existing already a law on administrative court, coding was done separately, first an administrative procedure code which is now a draft and subsequently an administrative code.

Analyzing the Administrative Procedure Code draft from the *perspective of the principle of legality*, it is noted that Chapter III, Part I entitled "Principles", starts in article 15 *with the principle of legality*, stipulating in paragraph 1 that public authorities must act in accordance with the law and "principles of law" and in paragraph 2 that "the exercise of statutory powers can not be contrary to the purpose for which these were regulated."

Of the text analysis it results that the principle of legality has been widely interpreted as observance and conformity with the "block of legality" including the principles of law that have the value of laws, among which: the principle of equality, impartiality, proportionality, legal safety, efficiency, good faith and which are extensions of the principle of legality.

Further on, in Part II, Chapter III contains provisions of art. 123 entitled "Legality", which in paragraph 1 establishes standards on the issuance / adoption of administrative acts, *in that they are adopted on the basis and the enforcement of the Constitution, EU law, laws or other government decrees with higher legal force and with the condition of organic integration into the legislation system*, and par. 4 expressly states that *the administrative acts benefit of the presumption of legality.*

Of the interpretation of the provisions invoked above, it results that the legality is considered the central element of the legal system of the administrative acts, the ground of any administrative act, but also its limit, being binding for any administrative act to be adopted or issued under the

¹⁷ M. Constantinescu, I. Muraru, A. Iorgovan, Romanian Constitution Review, (Bucharest, Rosetti Publishing House, 2003), 7

law and its limits.

Based on this principle, all government actions that compose the public administration as activity and all the organization forms of the system by which these actions are carried out must be based on law, so that the public administration system is the expression of law and also its instrument¹⁸.

Similarly, the French doctrine¹⁹ says that in a liberal state, the administration must observe the rules of law that apply to it, being subject to the law and not outside it, the principle of legality being the guarantee of the administrative action that is it is performed according to predetermined rules and not arbitrarily.

Conclusions

Even though currently the civil penalty liability is no longer in the competence of the administrative court, *we consider fair the position regarding the discretion power of the judge in deciding the sanction to be applied and therefore the opportunity.*

References

- Anibal Teodorescu, *A new conception on the government acts. Theory of legality in criticism*, 46
- Ion Deleanu, *Constitutional institutions procedures*, (Arad, Servo-Sat Arad Publishing House, 2003)
- M. Constantinescu, I. Muraru, A. Iorgovan, *Romanian Constitution Review*, (Bucharest, Rosetti Publishing House, 2003)
- Paul Negulescu, *Executive discretion in carrying out acts of public power*, (weekly digests 1934)
- Tudor Drăganu, *Administrative law acts*, (Bucharest, Scientific Publishing House, 1959)
- Dacian Cosmin Dragoș, *Discussions on the possible cancellation of an administrative act on grounds of inopportunity*, (Bucharest, R.D. numb. 8/2004)
- Crina Ramona Rădulescu, PhD thesis, *Legal protection of citizens in relation to administration*, (Craiova, 2008)
- Charles Debbasch quoted by Cezar Corneliu Manda in *Administrative control in the European legal space*, (Bucharest, Lumina Lex Publishing House, 2005)
- Teodoroiu, Simona-Maya Teodoroiu, *Legality of opportunity and the constitutional principle of proportionality*, (Bucharest, Right numb. 7/1996)

¹⁸ Ioan Alexandru and collaborators, *Administrative Law Treaty*, page 159

¹⁹ Charles Debbasch quoted by Cezar Corneliu Manda in *Administrative control in the European legal space*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest 2005, page 53

THE PROTECTION OF PRIVATE PROPERTY AND INTELLECTUAL PROPERTY- PREREQUISITE FOR THE ENTREPRENEURIAL DEVELOPMENT

PHD STUDENT ELENA ȚIFREA(FILIP)¹

Abstract: The aim of this paper is to motivate the need to protect the private property. The analysis focuses on two main objectives: first, corresponding to the first part, motivates the choice of private property to the detriment of the common property, in order to promote the progress. The second objective, corresponding to the second part, focuses on a specific part of the private property, that is the intellectual property's protection. In this section we distinguish between patents, inventions and copyrights, allocating more attention to the piracy problem.

Key words: *private property, social property, intellectual property, protection, piracy*

Introduction:

Through the paper "The protection of private property and intellectual property-prerequisite for the entrepreneurial development", we intend to motivate the need to protect the private property. As working methodology we will use the qualitative analysis. For the first part we will use the process of comparison and of difference in order to emphasize the difference between private property and common property and the need to protect the former. For the second part we will use in particular the inferential procedure by analogie in order to notice which of the three elements of intellectual property (patents, inventions and copyrights) requires special attention in elaborating the legislation regarding it's protection.

This analysis has a particular importance because we know the consequences of some utopian thinking that the property has to be owned by everybody and to be divided equally. The danger lies in the fact that this idea is still found in some secret places of somebody's mind, so it can be showed again.

Trying to bring the most relevant arguments for the necessity of private property's protection, we will use an inductive research, from the particular to the general motivation.

In order to support our analysis we will take arguments also from the specific literature, but from the both sides: both from the authors who support the private property as a source of economic development and from the authors who consider that the common property is the source of social welfare.

1. The private property

The right to private property is one of the basic elements of freedom. The man must be free to acquire and then to be allowed to possess the property, the source of living necessary to preserve the right to life.

The question that is necessary to answer to is „since when this law was born”. Church is supporting this right, preaching that a person must not steal from another individual.

This teaching is found in both Old and New Testament of the Holy Bible. The commandment "You shall not steal" is found in Exodus 20:15 in the Old Testament and the Gospel of Matthew 19:18 in the New Testament. In fact, in the New Testament, there is a

¹ Alexandru Ioan Cuza University, Doctoral School of Economics (elena_tifrea85@yahoo.com)

commandment given by Jesus himself.²

Searching the origins of ownership, Pierre Manent stops on Locke's descriptions regarding the primitive man.

"So let's imagine the individual from the natural state who goes in search of food. He collects plums from a tree and eats them. [...] What is the difference between the plums that have been picked and those that have remained? The first were transformed by the individual's labour, he has intervened here with his hands' work. The individual, being naturally the owner of his person and hence of his work, the common things on which he has with his own work, he becomes their legitimate owner. [...] But Locke specifies clearly: the work is only the beginning of the property. Finally, the work is separated from the property. More specifically, ownership becomes detached from the worker's right to the fruits of his labor. [...] In the beginning, the right of the owner and right of the worker are the same; the invention of currency and the exchange's development have enabled the work to be productive (to produce more than necessary to the producer's use), make that the owner and the worker become distinct. Ownership remains an individual right, the worker's right becomes the right of the work to see it's product preserved, fact that can be achieved only by the individual ownership. "

Locke explains why the liberal program, once fully developed, makes ownership, and tends to make the economy in general the basis of social and political life: if the rules which organize social life must be born strictly from the solitary individual's right solitary, they can find their basis only in the relation between the individual and the nature.

The ownership's defense is proclaimed in the big liberal manifesto and taken into the democratic countries' Constitutions. Alexandru Florian reproduces a quote from the *Declaration of Individual's and Citizen's Rights (23 of August 1789)* which notes the importance of property in configuring the modern structures of existence: "no one shall be deprived of property unless the public necessity requires this in particular and provided that there will be a just and prior compensation."³

The property's importance is mentioned in the first Romanian juridical papers too:

"Where the property is not protected, we can say that there the society is no longer possible and there the barbarism restarts. These ideas are so simple and obvious that we can not understand how they could be disputed and ignored. The individual has acquired through his industry the land where he lives.

Let's not believe in those utopian systems which are claiming that the land is owned by everyone and which do not observed anyone's rights (see the socialist and communist schools). The property's opponents could have for a moment the power and force in their hand, but they never have had nor ever will have the justice and the reason on their side."⁴

Nowadays the Civil Code defines the property as " the right of somebody to enjoy and to possess something exclusively and absolutely, but within the limits determined by the law" (art.480).⁵

The dilemma occurs when we have to choose between the private and the public property as a stimulus of development. Richard A. Epstein explains that "the choice between private and public property is a choice between two types of benefits and two types of costs. One of these costs is the pain caused by the exclusion of those who are not owners and the other cost is the difficulty of coordination between co-owners. For land, the exclusion becomes a low price to be paid because the private property leads to the swindles' diminuation and to the increase of the

² E. Ralph Epperson (2007) *Noua ordine mondială*, Antet Publishing, Filipeștii de Târg, Prahova, p. 252

³ Alexandru Florian (1998) *Fundamentele doctrinelor politice*, The University Publishing, Bucharest, p. 67

⁴ Constantin Eraclide (1998) *Explicațiune teoretică și practică a Codicelui civile (1873)*, în Paul Mircea Cosmovici, *Drept civil. Drepturi reale. Obligații. Codul civil*, All Back Publishing, Bucharest, p. 36

⁵ *The Civil Code. Decisions of the Constitutional Court, Decisions of the Cassation and the Justition Supreme Court* (2005), Version edited and annotated by lawyer Monalisa Pucheană, Rosetti Publishing, pp 33-39

development's capacity and land's sale capacity. For water, the coordination between the various owners is veru difficult, so there are required common solutions. "⁶

The liberals have chosen the private property as a supporting pillar of the liberal doctrine.

They are categorical with the thesis according to which freedom must have inalienable conditions in order to be real. Property is one of them. But the relation between freedom and property is bivalent: the property allows freedom to be externalized, and the property without freedom is a nonsense. For liberals property is a natural right, every person is born owner. Therefore the property will be declared as an inalienable right and as one of the pillars of modern society. In the liberal conception, the property appears as a right of possession rather than a specific social relationship, as it has been defined by the Socialists. For liberals, the private property is a necessary quality of every individual. In the same time, we do not find any specific interest in motivating the property's absence, the subordination or the exploitation status that this absence generates in people's lives.⁷

During the Nazism's apogee, the liberal Fr. Hayek resumes the classical liberalism thesis related to property. He criticizes the totalitarian systems (Nazi and Communist), opposing to it a liberalism that was outdated for the last period of the Second World War. "Our generation has forgotten that the system of private property is the most important guarantee of freedom, not only for those who own property but not to a lesser extent for those who do not possess it. Only the division of control over the means of production among many individuals acting independently makes sure that nobody can have power over us, and we as individuals we can decide what to do with our persons."⁸ This form of personal freedom separated from the social or preferred instead of the equality has been a message which has been imposed later in the West. He has regained power only with the emergence of the Soviet socialist system.

Following the same thinking, Ludwig von Mises considers the private property as one of the most important virtues of the market economy.

Launching the mass production as a basic principle of development, the capitalism, the facts' history testifies it, and Mises resorts to these evidences, shows that the world has had only advantages of it, despite all the prophecies, the predictions and the lessons the socialism's teachers - Marx, Engels or Lenin.⁹

The private property in the economic field has the quality to create multiple resources for the personal benefit: it generates dominance, prestige, political rights, etc.. In a world of money, the access to financial resources that is provided by the economic property is one of the premises of good that is understood pragmatically as welfare. The natural absence of this property, real for the proletariat and other works of the capitalist society, does not seem to concern the liberal doctrine. If it is true that any individual or most of them have in the modern society an owner status, equally true is that not any kind of property provides the same feeling of freedom. The liberalism is the supporter of the property that is reproducing, is developing and is providing benefit; we talk here about the modern property from the free market economy whose evolution reproduces implicitly also elements that are necessary for a practical and a real independence of the individual, in order to have access to the economic and /or political power.¹⁰

From the millian logic which is stated in Chapter Applications (in *About freedom*), we can emphasize some objections against the common property, managed by the State:

- the first is applied when the thing that must be done well, may be made probably better by individuals than by the helm. Generally speaking, nobody is better suited to manage a business or

⁶ Richard A. Epstein (2003) *Skepticism and freedom. A modern case for classical liberalism*, The University of Chicago Press, Chicago, p. 40

⁷ Alexandru Florian, *op.cit.*, p. 66

⁸ Friedrich Hayek (1993) *Drumul către servitute*, Humanitas Publishing, Bucharest, p. 123

⁹ Ion Pohață (1993) *Doctrine economice universale. Contemporan.*, "Gheorghe Zane" Foundation, Iași, p.98

¹⁰ Alexandru Florian, *op.cit.*, pp.67-68

to decide how or by whom it will be managed than by those who are personally interested in it;

- the second refers to the fact that although the average people are not able to achieve something as well as the helm, it is preferable that they will achieve it, as a means for their own spiritual education as a model of strengthening their capacity for action, of practising their judgment, and of knowing closely the issues left in this way at their expense;

- the third and the most convincing reason to reject the helm's interference is the great danger represented by the unnecessary increase of its power. Any assignment added in addition to those already exercised by the helm makes that its influence on people's hopes and fears to be spread more, changing increasingly those who are active and willing to individuals dependent on the helm or on the members of some party which aims to reach the helm.¹¹

It is legitimate to take into consideration also the contrary opinions regarding the opinion that certain individuals are not entitled to own private property. The communist Karl Marx wrote:

"The labor's emancipation requires [...] a fair distribution of the labor's means."¹²

Marx had envisioned a state big enough to divide property acquired after the work:

"From each person according to his possibilities, to each person according to his needs."¹³

Nor the humanists do not believe that the individual has the right to own and to possess something in property. They verbalized this idea in the Principle XIV of the "Humanist Manifesto II":

"The humanists are firmly convinced that the existing society, driven by acquisitions and profits, has been proved to be inadequate and a radical change in methods, motivations and means of control should be established. It is necessary to establish a socialized and cooperative economic order in order to allow the fair distribution of the means of life."¹⁴

So those who want to eliminate the private property have included it in their religion. The greatest danger occurs when within so-called liberal policies attacks on property are filtering in. These may be subtle, they do not show directly this purpose, but the result is the same. One of these weapons is the fiscal power. Once the taxes are higher, the public has fewer and fewer opportunities to buy properties.

The American economist, Ralph Epperson identified another method that the opponents use to destroy the private property. "The inflation is defined as an increase in the monetary reserve, resulting in raising prices. A deflation is caused by the decrease of the monetary reserve, resulting in lowering prices. And the purpose of the business cycle is to take the property from some individuals and to give it to others. Those who know what course the monetary reserve will follow are, of course, able to take advantage of their knowledge in advance, earning exorbitant profits. So, the inflation is a way to deprive some people of the private property without their knowledge."¹⁵

So the state should have minimal role, intervening only in case of the right's infringement by those who are not owners. "In other words, the state's role is not "to protect the property", but to guarantee everybody's right to "the appropriation" of what is legitimately his."¹⁶

Another economist, De Soto, focuses on the idea that the development of one country should happen in an integrated system of formal property rights in order to improve the economic growth. Referring to the lack of private property rights within the underdeveloped nations, De Soto explains that: the poor in these developing nations have things, but they do not have the process to

¹¹ John Stuart Mill (2001) *Despre libertate*, Humanitas Publishing, Bucharest, pp. 142-143.

¹² Karl Marx, (1959) *Capital, The Communist Manifesto and Other Writings*, The Modern Library, New York, p. 7, the on-line library www.questia.com

¹³ *Ibidem*, p. 19

¹⁴ *The Communist Party's Manifesto*, p.19, în E. Ralph Epperson, *op. cit.*, p. 253

¹⁵ E. Ralph Epperson, *op. cit.*, p. 254

¹⁶ Hanri Lepage, *Planification et economie de marche. Il n'y a pas de troisieme voie*, in Ion Pohoată (2000) *Capitalismul. Itinerare economice*, Polirom Publishing, Iași, p. 63

represent their property and to create capital. They have houses, but not of titles, cultures but not deeds, enterprises but not statutes of incorporation. The unavailability of these essential representations explains why people who have adopted each invention from the West, from the paper clip to the nuclear reactor, have not been able to produce sufficient capital in order that capitalism would have been functional.¹⁷

The countries that do not provide access to the "real" capital's resources do not allow Adam Smith's invisible hand to allocate resources efficiently for the most productive activities. The legal barriers and the lack of laws to protect the individuals and the private property rights, including the implementation of legal contracts, often leave behind some nations. A component part of the private property is the intellectual property.

2. *The intellectual property's protection*

One of the ways that best motivates the entrepreneurs is to provide legal protection of their ideas. This is done particularly through the intellectual property law governing the patents, the inventions and the copyrights. If the intellectual property's protection is too weak, the inventors are afraid to bring ideas to the market.¹⁸

The property rights serve to fulfill two functions: firstly, they determine who, when and where to use certain things and secondly, it is a stimulus to create new things.

Regarding the intellectual property, the first function is not only unnecessary, but also perverse. We can not use the same machine in different places, which might be an argument for the machine's property's rights. But we can use the same idea to create different machines, which could be an argument against the written ideas. As for the second function, it is difficult to read a book that nobody wrote, and, on the other side, the authors may choose not to write books if they do not receive copyrights. Similarly it happens in the case of inventions. So the intellectual property's protection provides only few benefits. But considering the ideas as property is, economically speaking, more difficult than regarding other things, which may be an explanation for the emergence of the intellectual property later.¹⁹ (Friedman, 2000, p. 138)

In juridical terms, the intellectual property refers to three distinct sets of rights: copyrights, patents and trademarks. However, the economists distinguish between copyright and patents on one side, and trademarks, on the other side, distinction based on the following reasoning. The copyright relates to information goods²⁰ or goods of intellectual property with certain characteristics. The information goods have two important features as public goods. The first refers to the fact that their consumption is inherently non-rival. This is explained by the fact that the use by a person of the information goods do not decrease the possibility of use by others. Secondly, the information goods or the goods of intellectual property may be non-excludable in the way that the produce of intellectual property goods is often unable to exclude the non-payers without authorization from the consumption of goods. The law regarding the intellectual property responds to this problem by giving to the producers some rights that are excluding the non-payers from certain uses of the intellectual property. Thus, the producers are able to benefit from the advantages of the information goods' production for a certain period of time. However, the rights' owner may charge a higher price than the marginal costs and this, together with the non-rivalry creates losses for some consumers. Therefore, an appropriate intellectual property system must ensure a correct balance between these two conflicting objectives.

Regarding the intellectual property's protection, a major concern for the copyrights' owners is the piracy. This is the unauthorized use of copyrighted goods. When there is a legal copyright,

¹⁷ De Soto (2000) *Why Capital Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. Basic Books, p. 115

¹⁸ Acs J. Zoltan, Szerb Laszlo (2007) *Entrepreneurship, Economic Growth and Public Policy*, Small Business Economics, 28, p. 117

¹⁹ Friedman, D. (2000) *Law's order*, Princeton University Press, New Jersey.

²⁰ In this category there are included books, recordings, reviews, phone calls, newspapers, software

those who wish to have access to the original product must pay royalties for the copyright holder. If a person obtains access without paying a price, that person is said to have committed an act of piracy. Even if the piracy affects all the types of intellectual property and can have many forms depending on the type of access and the intellectual property mechanism²¹ (Watts, 2001, p. 2), one of the most worrisome areas today is, doubtlessly, the piracy of softwares for businesses. Since the piracy and the counterfeiting represent 5%, respectively 7% of the world trade in 2002, the rates of the business softwares' piracy in Western Europe and Eastern Europe were 35% and 71%, which resulted in a loss of 3.2 d and 1.1 billion of U.S. dollars.²²

The emergence of digital technologies represents a new threat on the software publishers' incomes because these technologies offer the opportunity for copyrights' infringement by a wide range of users. The response from the copyrights' owners and from associations which represent their interests was to resort to the current legislation's improvement. Therefore, a better understanding of the piracy behaviors may be important for formulating certain appropriate policies in order to reduce this problem.

The intellectual property's protection is an important issue when a possible entrepreneur decides to invest in a country especially for certain categories of business. But without making a mistake, we could say that a more important issue that investors take into account if they open or expand a business is the fiscal policy. Depending on this, the entrepreneurs calculate their gains and losses, evaluating their investment's profitability.

Conclusions:

The first part of this paper approaches on the need to choose the private property at the prejudice of the common ownership. Private property has its origins in the natural state of the individual who went to search food and began to take possession of lands and of other goods of nature. We tried to describe in parallel different doctrinal opinions related to the private property. On one side, there are the liberals who understand that the private property in the economic field has the quality to create multiple resources for the personal benefit: it generates dominance, prestige, political rights, etc.. In a world of money, access to the financial resources that are provided by the economic property is one of the premises of the good understood a pragmatically as welfare. On the other side, we presented also the Marxist conception that says "from each person according to his possibilities, to each person according to his needs". Through our arguments we have tried to show how fragile is socialist way of the goods' association and distribution.

In the second part of the paper we have focused on a component part of the private property which has a great economic involvement today: the intellectual property. The way that the patents, the inventions and the copyrights are settled has a big influence on the investment behavior of a country. The piracy and other types of online offences have become a major concern lately because of the losses that they have generated.

I think it would be legitimate to answer a question that perhaps some of our readers have made. Why an entire pleading for a form of property that has proven in practice its value before any collective form of association? We considered that is necessary to motivate the need of the private property's protection precisely on the grounds that bad ideas can be found sometimes in certain secret places of one's mind. Regarding the intellectual property, the danger is the maladjustment of the punitive legislation to the technological changes. And this should be a

²¹Watt, R. (2001). "Prices in Cultural Markets: A Theoretical Introduction for Beginners." <http://www.serci.org/documents/pricing.pdf>. (the last visit in 12 of November 2009).

²²There are theories which show the fact that the piracy may have advantages for the producers because it generates a big number of users (which form a network), and this network will increase the consumers' willingness to pay for software, thereby increasing the producers' profit. For details Shy, O. & Thisse, J. F. (1999). "A Strategic Approach to Software Protection." *Journal of Economics and Management Strategy*. 8, pp. 163-190.

warning signal for the legislator.

If this analysis was mainly qualitative and theoretical, in the near future we plan to examine in particular how the private property's protection in the twenty-seven European Union countries, comparing the results also with economic development indicators.

References:

1. De Soto (2000) *Why Capital Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Basic Books, 2000.
2. Epperson, E. Ralph *Noua ordine mondială*(2007) Antet Publishing, Filipeștii de Târg, Prahova.
3. Epstein, Richard A. (2003) *Skepticism and freedom. A modern case for classical liberalism*, The University of Chicago Press, Chicago.
4. Eraclide, Constantin (1998) *Explicațiune teoretică și practică a Codicelui civile (1873)*, în Paul Mircea Cosmovici, *Drept civil. Drepturi reale. Obligații. Codul civil*, All Back Publishing, Bucharest.
5. Florian, Alexandru (1998) *Fundamentele doctrinelor politice*, The University Publishing, Bucharest.
6. Friedman, D. (2000) *Law's order*, Princeton University Press, New Jersey.
7. Hayek, Friedrich (1993) *Drumul către servitute*, Humanitas Publishing, Bucharest.
8. Marx, Karl *Capital, The Communist Manifesto and Other Writings*, The Modern Library, New York, 1959, p. 7, the on-line library www.questia.com.
9. Mill John Stuart (2001) *Despre libertate*, Humanitas Publishing, Bucharest.
10. Pohoată, Ion (2000) *Capitalismul. Itinerare economice*, Polirom Publishing, Iași.
11. Pohoată, Ion (1993), *Doctrina economică universală. Contemporani.*, "Gheorghe Zane" Foundation, Iași, 1993.
12. Acs J. Zoltan, Szerb Laszlo (2007) „Entrepreneurship, Economic Growth and Public Policy”, *Small Business Economics* ,28.
13. Shy, O. & Thisse, J. F. (1999). “A Strategic Approach to Software Protection.” *Journal of Economics and Management Strategy*. 8, pp. 163–190.
14. Watt, R. (2001). “Prices in Cultural Markets: A Theoretical Introduction for Beginners.” <http://www.serci.org/documents/pricing.pdf>. (the last visit in 12 of November 2009).
15. *The Civil Code. Decisions of the Constitutional Court Decisions of the Cassation and the Justition Supreme Court* (2005), Version edited and annotated by lawyer Monalisa Pucleană, Rosetti Publishing

PROTECȚIA PROPRIETĂȚII PRIVATE ȘI A PROPRIETĂȚII INTELECTUALE- CONDIȚIE ESENȚIALĂ PENTRU DEZVOLTAREA ANTREPRENORIALĂ

ELENA ȚIFREA(FILIP)¹

Abstract: Lucrarea are scopul argumentării necesității protecției proprietății private. Analiza se axează pe două obiective principale: primul, corepunzător primei părți are în vedere argumentarea alegerii proprietății private în detrimentul proprietății comune, în vederea promovării progresului. Al doilea obiectiv, corespunzător celei de-a doua părți are în vedere o parte a proprietății private și anume protecția proprietății intelectuale. Vom distinge în această secțiune între brevete, invenții și drepturi de autor, alocând mai mult spațiu problemei pirateriei.

Cuvinte cheie: *proprietate privată, proprietate socială, proprietate intelectuală, protecție, piraterie*

Introducere:

Prin lucrarea „Protecția proprietății private și a proprietății intelectuale- condiție esențială pentru dezvoltarea antreprenorială” ne propunem argumentarea necesității protecției proprietății private. Ca și metodologie de lucru vom folosi analiza calitativă. Pentru prima parte vom apela la procedeul comparației și al diferenței pentru a puncta diferența între proprietatea privată și proprietatea comună și necesitatea protecției celei dintâi. Pentru cea de-a doua parte vom folosi în special procedeul inferenței prin analogie pentru a observa care dintre cele trei elemente ale proprietății intelectuale (brevete, invenții și drepturi de autor) necesită o atenție specială în elaborarea legislației pentru protecția ei.

Analiza prezintă importanță deosebită deoarece cunoaștem urmările unor gândiri utopice conform cărora proprietatea trebuie să fie a tuturor și împărțită în mod egal. Pericolul rezidă din faptul că această idee se mai găsește în taințele minții cuiva, putând fi din nou etalată.

În încercarea de a aduce argumente cât mai pertinente în favoarea necesității protecției proprietății private, vom apela la o cercetare de tip inductivă, pornind motivația de la particular la general.

În sprijinul analizei noastre vom prelua argumente și din literatura de specialitate, dar din ambele tabere: atât de la autori care susțin proprietatea privată ca sursă a dezvoltării economice, cât și autori care văd în proprietatea comună sursa bunăstării sociale.

1. Proprietatea privată

Dreptul la proprietatea privată este una dintre pietrele de temelie ale libertății. Omul trebuie să fie liber să dobândească și apoi să i se permită să posede proprietatea, sursa de întreținere necesară pentru a-și păstra dreptul la viață.

Se pune întrebarea de când s-a născut acest drept. Biserica este cea care sprijină acest drept, predicând că un individ nu are voie să fure de la alt individ.

Acest învățământ se găsește atât în Vechiul, cât și în Noul Testament din Sfânta Biblie. Porunca „Să nu furi” se găsește în Ieșirea 20:15 din Vechiul Testament și în Evanghelia după Matei 19:18 din cel Nou. De fapt, în Noul Testament, este o poruncă dată de Iisus însuși.²

Căutând originile dreptului de proprietate, Pierre Manent se oprește asupra descrierilor lui Locke cu privire la omul primitiv.

„Să ne imaginăm deci individul din starea naturală care pleacă în căutarea hranei. El culege

¹ Phd student Alexandru Ioan Cuza University, Doctoral School of Economics (elena_tifrea85@yahoo.com)

² E. Ralph Epperson (2007) *Noua ordine mondială*, Editura Antet, Filipeștii de Târg, Prahova, p. 252

prune dintr-un pom și le mănâncă.[...] Ce deosebește prunele culese de cele care au rămas? Primele au fost transformate prin munca individului, el a intervenit aici cu opera mâinilor sale. Omul fiind în mod natural proprietar al persoanei sale și deci al muncii sale, lucrurile până atunci comune în care a intervenit cu munca proprie îi devin proprii, el se transformă în proprietarul lor legitim.[...] Dar Locke precizează clar: munca nu este decât începutul proprietății. În final, munca este desprinsă de proprietate. Mai precis, dreptul de proprietate se detașează de dreptul muncitorului la roadele muncii sale.[...] La început, dreptul proprietarului și dreptul muncitorului sunt una; o dată cu inventarea monedei și dezvoltarea schimbului au permis ca munca să fie productivă (să producă mai mult decât este necesar pentru consumul producătorului), proprietarul și muncitorul devin distincți. Dreptul de proprietate rămâne drept individual, dreptul muncitorului devine dreptul muncii să-și vadă produsul conservat, ceea ce nu se poate realiza decât prin dreptul individual de proprietate.”

Locke explică de ce programul liberal, o dată ce este complet elaborat, face din dreptul de proprietate, și tinde să facă din economie în general fundamentul vieții sociale și politice: dacă regulile care organizează viața socială trebuie să se nască riguros din dreptul individului solitar, ele nu-și pot găsi fundamentul decât în raportul acestui individ cu natura.

Apărarea dreptului de proprietate este proclamată în marile manifeste liberale și preluată în Constituțiile țărilor democratice. Alexandru Florian redă un citat din *Declarația drepturilor omului și ale cetățeanului* (23 august 1789) care consemnează importanța proprietății în configurarea structurilor moderne ale existenței: „nimeni nu poate fi lipsit de proprietate, cu excepția situației în care necesitatea publică o cere în mod special, și sub condiția unei juste și prealabile despăgubiri.”³

Importanța proprietății este amintită și în primele lucrări juridice românești:

„Unde proprietatea nu este protejată, se poate zice că acolo nu mai există societate posibilă și reîncepe barbaria. Aceste idei sunt așa de simple și evidente încât nu putem înțelege cum au putut fi contestate și nesocotite. Omul a dobândit prin industria sa pământul pe care locuiește.

Să nu dăm nici un crezământ acelor sisteme utopice care susțin că pământul este proprietatea tuturor și care nu respectă dreptul nimănui (v. școlile socialiste și comuniste). Adversarii proprietății au putut avea pentru un moment puterea și forța în mâna lor, n-au avut însă și nici nu vor avea vreodată justiția și rațiunea de partea lor.”⁴

În prezent Codul Civil definește proprietatea ca fiind „dreptul ce-l are cineva de a se bucura și de a dispune de un lucru în mod exclusiv și absolut, însă în limitele determinate de lege”(art.480).⁵

Dilema intervine când avem de ales între proprietatea privată și cea publică ca motor al dezvoltării. Richard A. Epstein explică faptul că „alegerea între proprietatea privată și cea de stat este o alegere între două tipuri de beneficii și două tipuri de costuri. Unul dintre aceste costuri este durerea excluderii neproprietarilor și celălalt este reprezentat de dificultatea coordonării între coproprietari. Pentru pământ, excluderea devine un preț scăzut care trebuie plătit pentru că proprietatea privată duce la limitarea escrocheriilor și la creșterea capacității de dezvoltare și vîndere a terenului. Pentru apă, coordonarea între diverși proprietari prezintă o mare dificultate, deci sunt cerute soluții comune.”⁶

Liberalii au ales proprietatea privată ca pilon de susținere al doctrinei liberale.

Ei sunt categorici în teza după care libertatea pentru a fi reală trebuie să beneficieze de condiții inalienabile. Proprietatea este una dintre ele. Raportul dintre libertate și proprietate este

³ Alexandru Florian (1998) *Fundamentele doctrinelor politice*, Editura Universitară, București, p. 67

⁴ Constantin Eraclide (1998) *Explicațiune teoretică și practică a Codicului civile (1873)*, în Paul Mircea Cosmovici, *Drept civil. Drepturi reale. Obligații. Codul civil*, Editura All Back, București, p. 36

⁵ *Codul Civil. Decizii ale Curții Constitutionale, Decizii ale Înaltei Curți de Casație și Justiție* (2005) Ediție îngrijită și adnotată de judecător Monalisa Pucceană, Editura Rosetti, pp 33-39

⁶ Richard A. Epstein (2003) *Skepticism and freedom. A modern case for classical liberalism*, The University of Chicago Press, Chicago, p. 40

însă biunivoc: proprietatea permite libertății să se exteriorizeze, iar proprietatea în lipsa libertății este un nonsens. Pentru liberali proprietatea reprezintă un dat natural; fiecare om se naște proprietar. De aceea proprietatea va fi declarată ca un drept inalienabil și ca unul dintre stâlpii societății moderne. În concepția liberală proprietatea apare mai degrabă ca un drept de posesie, decât ca o relație socială specifică, așa cum aveau să o definească socialiștii. Pentru liberali, proprietatea privată reprezintă o calitate necesară fiecărui individ. În același timp, nu aflăm un interes deosebit pentru a argumenta absența proprietății, statutul de subordonare sau exploatare pe care această lipsă îl generează în viața oamenilor.⁷

În timpul apogeului nazismului, liberalul Fr. Hayek reia teza liberalismului clasic legată de proprietate. El face o critică a sistemelor totalitare (nazist și comunist), opunându-i un liberalism care s-a dovedit însă desuet pentru perioada de sfârșit al celui de-al doilea Război Mondial. ”Generația noastră a uitat că sistemul proprietății private este cea mai importantă garanție a libertății, nu numai pentru cei care dețin proprietate, dar nu și în mai mică măsură pentru cei care nu o posedă. Numai divizarea controlului asupra mijloacelor de producție între numeroși oameni care acționează independent face ca nimeni să nu aibă o putere asupra noastră, iar noi ca indivizi să putem decide ce să facem cu persoanele noastre.”⁸ Această formă a libertății individuale ruptă de social sau de preferat în locul egalității avea să fie un mesaj care se va impune mult mai târziu în Occident. El a redevenit puternic abia o dată cu apariția sistemului socialist de tip sovietic.

Mergând pe aceeași linie de gândire, Ludwig von Mises consideră proprietatea privată ca una din cele mai importante virtuți ale economiei de piață.

Lansând producția de masă ca principiu de bază al dezvoltării, capitalismul, istoria faptelor stă mărturie, și Mises face apel la aceste dovezi, arată că lumea n-a avut decât de profitat de pe urma sa; în ciuda tuturor proorocirilor, a predicțiilor și lecțiilor profesorilor socialismului- Marx, Engels sau Lenin.⁹

Proprietatea privată din domeniul economic are calitatea de a putea fi creatoare de resurse multiple pentru binele individual: ea generează dominația, prestigiul, drepturi politice etc. Într-o lume a banului, accesul la resursele financiare pe care le oferă proprietatea economică este una dintre premisele binelui înțeles pragmatic ca bunăstare. Absența naturală a acestei proprietăți, reală pentru proletariat și alte lucrări ale societății capitaliste, nu pare să fi îngrijorat doctrina liberală. Dacă este adevărat că orice individ sau cei mai mulți dintre ei au în societatea modernă statut de proprietar, tot atât de adevărat este că nu orice fel de proprietate asigură aceeași stare de libertate. Liberalismul este susținătorul proprietății care se reproduce, se dezvoltă, produce profit; este vorba aici de proprietatea modernă din economia de piață liberă a cărei dinamică reproduce implicit și elemente necesare pentru o independență practică, reală a individului, pentru acces la puterea economică și/sau politică.¹⁰

Pornind de la logica millian înscrisă în capitolul Aplicații(în *Despre libertate* putem puncta câteva obiecții la adresa proprietății comune, condusă de stat:

- cea dintâi se aplică atunci când lucrul ce trebuie făcut bine, poate după toate probabilitățile, să fie făcut mai bine de către indivizi decât de către cârmuire. În general vorbind, nimeni nu este mai potrivit pentru a conduce o afacere ori pentru a decide cum sau de către cine va trebui condusă ea decât cei personali interesați în ea;

- cea de-a doua se referă la faptul că deși în medii indivizii nu sunt capabili de a realiza un lucru la fel de bine ca și cârmuirea este preferabil de a o realiza ei, ca mijloc pentru propria lor educare spirituală, ca un model de a-și întări capacitatea de acțiune, de a-și exersa judecata și de a cunoaște îndeaproape chestiunile lăsate astfel pe seama lor;

⁷ Alexandru Florian, *op.cit.*, p. 66

⁸ Friedrich Hayek (1993) *Drumul către servitute*, Editura Humanitas, București, p. 123

⁹ Ion Pohață(1993) *Doctrina economice universale. Contemporan.*, Fundația “Gheorghe Zane”, Iași, p.98

¹⁰ Alexandru Florian, *op.cit.*, pp.67-68

• cel de-al treilea și cel mai concludent motiv pentru a respinge amestecul cârmuirii este marele pericol pe care îl reprezintă sporirea inutilă a puterii sale. Orice atribuire adăugată în plus celor deja exercitate de cârmuire face ca influența sa asupra speranțelor lor și temerilor oamenilor să se răspândească și mai mult, preschimbând din ce în ce pe cei activi și plini de râvnă în inși dependenți de cârmuire sau de membrii vreunui partid care țineste să ajungă la cârmuire.¹¹

Este legitim să ascultăm și părerile contrarii care au reprodus concepția după care anumiți indivizi nu au dreptul să posede proprietate privată. Karl Marx, comunistul a scris:

“Emanciparea muncii cere[...]o distribuie echitabilă a mijloacelor de muncă.”¹²

Marx a imaginat un stat destul de mare pentru a împărți proprietatea acumulată după muncă:

“De la fiecare după posibilități, fiecăruia după nevoi.”¹³

Nici umaniștii nu cred că omul are dreptul de a poseda și a stăpâni ceva în proprietate. L-au verbalizat în Principiul al XIV-lea din “Manifestul Umanist II”:

“Umaniștii sunt ferm convinși că societatea existentă, motivată de achiziții și profituri, s-a dovedit inadecvată și că trebuie să se instituie o schimbare radicală a metodelor, motivațiilor și mijloacelor de control. Trebuie să se înființeze o ordine economică socializată și cooperativă, în scopul de a face posibilă distribuie echitabilă a mijloacelor de viață.”¹⁴

Deci cei care vor să înlăture proprietatea privată au inclus-o în religia lor. Pericolul cel mai mare apare când în politici așa numite liberale se strecoară atacuri asupra proprietății. Acestea pot fi subtile, nu manifestă direct acest scop, dar rezultatul este același. Una printre aceste arme este puterea fiscală. O dată cu creșterea impozitelor, publicul are tot mai puține posibilități de a-și cumpăra proprietăți.

Economistul american, Ralph Epperson identifică încă o metodă pe care atacanții o folosesc pentru a distruge proprietatea privată.: “Inflația este definită ca o creștere a rezervei monetare, rezultând în ridicarea nivelului prețurilor. O deflație e cauzată de descreșterea rezervei monetare, determinând coborârea prețurilor. Iar scopul ciclului de afaceri este acela de a lua proprietatea unora și a le-o da altora. Cei care știu ce curs va urma rezerva monetară sunt, firește, capabili să profite de cunoștințele lor în avans, câștigând profituri exorbitante. Deci, inflația e o metodă de a priva unii oameni de proprietatea privată fără cunoștința lor.”¹⁵

Deci rolul statului trebuie să fie minim, intervenind doar în cazul încălcării dreptului de către neproprietari. “Altfel spus, rolul statului nu este de “a proteja proprietatea”, ci de a garanta dreptul fiecăruia la “aproprierea” a ceea ce este legitim al său.”¹⁶

Un alt economist, De Soto, se concentrează pe ideea că dezvoltarea unei țări trebuie să aibă loc într-un sistem integrat al drepturilor de proprietate formale pentru a spori creșterea economică. Referindu-se la lipsa de drepturilor de proprietate privată în rândul națiunilor subdezvoltate, De Soto explică următoarele: locuitorii săraci din aceste națiuni în curs de dezvoltare au lucruri, dar le lipsește procesul de a-și reprezenta proprietatea și de a crea capital. Ei au case, dar nu de titluri; culturi, dar nu fapte; întreprinderi, dar nu statute de încorporare. Indisponibilitatea acestor reprezentări esențiale explică de ce oameni care au adoptat fiecare invenție din vest, de la agrafă pentru hârtie la reactor nuclear, n-au fost în măsură să producă suficient capital pentru a funcționa capitalismul.¹⁷

¹¹ John Stuart Mill (2001) *Despre libertate*, Editura Humanitas, București, pp. 142-143.

¹² Karl Marx, (1959) *Capital, The Communist Manifesto and Other Writings*, The Modern Library, New York, p. 7, biblioteca on-line www.questia.com

¹³ *Idem*, p. 19

¹⁴ *Manifestul Partidului Comunist*, p.19, în E. Ralph Epperson, *op. cit.*, p. 253

¹⁵ E. Ralph Epperson, *op. cit.*, p. 254

¹⁶ Hanri Lepage, *Planification et economie de marche. Il n'y a pas de troisieme voie*, în Ion Pohoată (2000) *Capitalismul. Itinerare economice*, Editura Polirom, Iași, p. 63

¹⁷ De Soto (2000) *Why Capital Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. Basic Books, p. 115

Țările care nu oferă acces la resursele capitalului „real” nu permit mâinii invizibile a lui Adam Smith să aloce în mod eficient resurse pentru activitățile cele mai productive. Obstacolele juridice și lipsa de legi pentru a proteja persoanele fizice și drepturile de proprietate privată, inclusiv punerea în aplicare a contractelor juridice, de multe ori lasă unele națiuni mult în urmă. O componentă a proprietății private este proprietatea intelectuală.

2. Protecția proprietății intelectuale

Unul din modurile care motivează cel mai mult întreprinzătorii este oferirea protecției legale ideilor lor. Aceasta se realizează în special prin legea proprietății intelectuale care guvernează brevetele, invențiile și drepturile de copiere. Dacă protecția proprietății intelectuale este prea slabă, inventatorilor le este frică să-și aducă ideile pe piață.¹⁸

Drepturile de proprietate servesc la îndeplinirea a două funcții: în primul rând determină cine, când și unde poate folosi anumite lucruri și în al doilea rând reprezintă un stimulent pentru crearea de noi lucruri.

În cazul proprietății intelectuale, prima funcție nu este numai inutilă, ci și perversă. Nu putem folosi aceeași mașină în locuri diferite, ceea ce ar putea fi un argument pentru drepturile de proprietate a mașinilor. Dar putem folosi aceeași idee pentru a crea mașini diferite, ceea ce ar putea fi un argument împotriva ideilor scrise. Cât privește cea de-a doua funcție este greu să citești o carte pe care nu a scris-o nimeni, iar pe de altă parte autorii pot alege să nu scrie cărți dacă nu primesc drepturi de autori. În mod similar se întâmplă în cazul invențiilor. Deci protecția proprietății intelectuale furnizează anumite beneficii. Dar tratarea ideilor ca și proprietate este, economic vorbind, mult mai dificilă decât cu privire la alte lucruri, ceea ce poate fi o explicație pentru apariția proprietății intelectuale mult mai târziu.¹⁹ (Friedman, 2000, p. 138)

În termeni juridici, proprietatea intelectuală se referă la trei seturi distincte de drepturi: drepturi de autor, brevete și mărci. Cu toate acestea, economiștii diferențiază între dreptul de autor și brevete pe de o parte, și mărcile comerciale, pe de altă parte, departajare bazată pe următorul raționament. Dreptul de autor se referă la bunuri de informare²⁰ sau bunuri de proprietate intelectuală cu anumite caracteristici. Bunurile de informare au două caracteristici importante ca bunuri publice. Prima se referă la faptul că în mod inerent consumul lor este non-rival. Aceasta se explică prin faptul că utilizarea de către o persoană a unor bunuri de informare nu scade posibilitatea de utilizare de către alții. În al doilea rând, bunurile de informare sau de proprietate intelectuală pot fi non-excluzibile în sensul că producătorul de bunuri de proprietate intelectuală este de multe ori în imposibilitatea de a exclude de la consumarea mărfurilor non-plătitorii fără autorizație. Legea privind proprietatea intelectuală răspunde la această problemă prin acordarea unor drepturi producătorilor care exclud non-plătitorii de la anumite utilizări ale proprietății intelectuale. Astfel, producătorii sunt în măsură să beneficieze de avantajele producției de bunuri de informare pentru o anumită perioadă de timp. Cu toate acestea, titularul drepturilor poate percepe un preț mai ridicat decât costurile marginale și acest lucru, împreună cu non-rivalitatea creează pierderi pentru unii consumatori. Prin urmare, un sistem de proprietate intelectuală adecvat trebuie să asigure un echilibru just între aceste două obiective contradictorii.

În ceea ce privește protecția proprietății intelectuale, o preocupare majoră pentru titularii drepturilor de autor este pirateria. Aceasta reprezintă utilizarea neautorizată a mărfurilor cu drepturi de autor. Atunci când un drept de autor juridic există, cei care doresc să aibă acces la produsul original trebuie să plătească drepturi de autor deținătorului drepturilor de autor. În cazul în care o persoană obține acces fără a plăti un preț, acea persoană se spune că a comis un act de piraterie. Chiar dacă pirateria are loc pentru toate tipurile de proprietate intelectuală și poate lua

¹⁸ Acs J. Zoltan, Szerb Laszlo (2007) *Entrepreneurship, Economic Growth and Public Policy*, Small Business Economics ,28, p. 117

¹⁹ Friedman, D. (2000) *Law's order*, Princeton University Press, New Jersey.

²⁰ Intră în această categorie cărți, înregistrări, reviste, convorbiri telefonice, ziare, software

multe forme, în funcție de tipul de acces și mecanismul de proprietate intelectuală²¹ (Watt, 2001, p. 2), una dintre zonele cele mai îngrijorătoare din zilele noastre este, cu siguranță pirateria aplicațiilor software pentru afaceri. Întrucât pirateria și contrafacerea reprezintă 5%, respectiv 7%, din comerțului mondial în 2002, ratele de piraterie ale software-urilor de afaceri din Europa de Vest și de Est au fost de 35%, respectiv 71%, care a dus la pierderi de 3.2 d și 1.1 miliarde dolari.²²

Apariția de tehnologii digitale reprezintă o nouă amenințare asupra veniturilor editorilor software-ului deoarece aceste tehnologii oferă posibilitatea pentru încălcarea drepturilor de autor de către un spectru larg de utilizatori. Răspunsul din partea deținătorilor drepturilor de autor și asociațiilor care le reprezintă interesele a fost de a apela la îmbunătățirea legislației în vigoare. Prin urmare, o mai bună înțelegere a comportamentelor de piraterie poate fi importantă pentru formularea unor politici adecvate pentru a reduce această problemă.

Protecția proprietății intelectuale reprezintă un aspect important atunci când un posibil antreprenor se hotărăște să investească într-o țară mai ales pentru anumite categorii de afaceri. Dar fără a greși prea mult, am putea afirma că un aspect și mai important pe care investitorii îl iau în calcul în cazul deschiderii sau extinderii unei întreprinderi este politica fiscală. În funcție de aceasta antreprenorii își calculează câștigurile și pierderile, evaluându-și rentabilitatea investiției.

Concluzii:

Prima parte a lucrării aduce argumente cu privire la necesitatea alegerii proprietății private în detrimentul proprietății comune. Proprietatea privată își are originea în starea naturală a individului care a plecat în căutarea hranei și a început să ia în stăpânire pământuri și alte bunuri ale naturii. Am încercat să punem în paralel opinii doctrinare diferite legate de proprietatea privată. Pe de o parte liberalii care înțeleg că proprietatea privată din domeniul economic are calitatea de a putea fi creatoare de resurse multiple pentru binele individual: ea generează dominația, prestigiul, drepturi politice etc. Într-o lume a banului, accesul la resursele financiare pe care le oferă proprietatea economică este una dintre premisele binelui înțeles pragmatic ca bunăstare. Pe de altă parte am prezentat și poziția marxistă, conform căreia „de la fiecare după posibilități, fiecăruia după nevoi”. Prin argumentele aduse am încercat să demonstrăm fragilitatea modului de asociere și distribuție a bunurilor de tip socialist.

În cea de-a doua parte a lucrării ne-am oprit asupra unei componente a proprietății private care are o mare implicare economică în zilele noastre: proprietatea intelectuală. De modul cum sunt reglementate brevetele, invențiile și drepturile de autor depinde foarte mult comportamentul investițional dintr-o țară. Pirateria și alte forme infracționale on-line au devenit o preocupare majoră în ultimul timp prin pierderile care le-au generat.

Cred că ar fi legitim să răspundem la o întrebare pe care poate unii din cititorii noștri și-au pus-o. De ce o întregă pledoarie pentru o formă a proprietății care și-a dovedit în practică valoarea în fața oricărei alte forme de asociere colectivă? Am considerat necesar o argumentare a necesității protecției proprietății private tocmai din considerentul că ideile rele se mai găsesc uneori în taințele minții cuiva și pot fi din nou etalate. Cât privește proprietatea intelectuală pericolul pe care îl reprezintă este neadaptarea legislației punitive la modificările tehnologice. Iar acesta ar trebui să constituie un semnal de alarmă pentru legiuitor.

Dacă această analiză a fost predominant calitativă și teoretică, ne propunem în viitorul apropiat să cercetăm în particular modul de protecție a proprietății private în cele douăzecișapte

²¹ Watt, R. (2001). "Prices in Cultural Markets: A Theoretical Introduction for Beginners." <http://www.serci.org/documents/pricing.pdf>. (ultima accesare 12 noiembrie 2009).

²² Există teorii care arată faptul că pirateria poate avea avantaje pentru producători întrucât generează un număr mare de utilizatori (ce formează o rețea), iar această rețea va crește dorința consumatorilor de a plăti pentru software, crescând astfel profitul producătorilor. Pentru detalii Shy, O. & Thisse, J. F. (1999). "A Strategic Approach to Software Protection." *Journal of Economics and Management Strategy*, 8, pp. 163–190.

de state ale Uniunii Europene, comparând rezultatele și cu indicatori ai dezvoltării economice.

Bibliografie:

1. De Soto (2000) *Why Capital Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Basic Books, 2000.
2. Epperson, E. Ralph *Noua ordine mondială*(2007) Editura Antet, Filipeștii de Târg, Prahova.
3. Epstein, Richard A. (2003) *Skepticism and freedom. A modern case for classical liberalism*, The University of Chicago Press, Chicago.
4. Eraclide, Constantin (1998) *Explicațiune teoretică și practică a Codicelui civile (1873)*, în Paul Mircea Cosmovici, *Drept civil. Drepturi reale. Obligații. Codul civil*, Editura All Back, București.
5. Florian, Alexandru (1998) *Fundamentele doctrinelor politice*, Editura Universitară, București.
6. Friedman, D. (2000) *Law's order*, Princeton University Press, New Jersey.
7. Hayek, Friedrich (1993) *Drumul către servitute*, Editura Humanitas, București.
8. Marx, Karl *Capital, The Communist Manifesto and Other Writings*, The Modern Library, New York, 1959, p. 7, biblioteca on-line www.questia.com.
9. Mill John Stuart (2001) *Despre libertate*, Editura Humanitas, București.
10. Pohoăță, Ion (2000) *Capitalismul. Itinerare economice*, Editura Polirom, Iași.
11. Pohoăță, Ion (1993), *Doctrină economică universală. Contemporani.*, Fundația "Gheorghe Zane", Iași, 1993.
12. Acs J. Zoltan, Szerb Laszlo (2007) „Entrepreneurship, Economic Growth and Public Policy”, *Small Business Economics* ,28.
13. Shy, O. & Thisse, J. F. (1999). “A Strategic Approach to Software Protection.” *Journal of Economics and Management Strategy*. 8, pp. 163–190.
14. Watt, R. (2001). “Prices in Cultural Markets: A Theoretical Introduction for Beginners.” <http://www.serci.org/documents/pricing.pdf>. (ultima accesare 12 noiembrie 2009).
15. *Codul Civil. Decizii ale Curții Constitutionale, Decizii ale Înaltei Curți de Casație și Justiție*, (2005) Ediție îngrijită și adnotată de judecator Monalisa Pucheană, Editura Rosetti

CONSIDERATIONS ON INTELLECTUAL PROPERTY

Argentina GRĂMADĂ*
Irena VOICULESCU**

Abstract

The paper begins with a short history of copyright and of the main events surrounding its development. The second part of the paper related the digital technology transforms some of the characteristics of the works of authorship, works may be distributed easier, faster and cheaper. In turn, these transformations modify the legal landscape of copyright. The last part of this paper refers protection software, where the value protected by law is even original intellectual creation embodied in the program.

Word key: *intellectual property, copyright, law , software protection.*

Introduction

Along time, the inventive capacity of humankind has pushed us towards new knowledge horizons. We have equally learned to protect what is ours, and have evolved into our manifestations of a most present sense of property.

As the society developed, the right over goods has started to be acknowledged by the abiding power of law as well. The Code of Hammurabi, The Laws of Pericles, The Decalogue of Moses (The Bible – Exodus 20.15)¹ and many others have state in stone: “Thou shalt not steal.”

It is asserted that property is the right to own, to use goods.² Up to a certain point in time, the goods were strictly of a material nature. Currently, everyone agrees that our universe is based on the fundamental trio matter – energy – information.³ The right to own, to use a pièce of information has transformed the latter into property. In a natural combination of the former traits, there appeared the property over the creation of the human mind, generically called intellectual property. The intellectual property right includes the copyright and the industrial property right.

The industrial property comprises the inventions, the utility models, the designs and industrial models, the brands and geographical indications, the topography of the integrated circuits and the new kinds of plants and, respectively, **the copyright** includes the sphere of the artistic and scientific creation, including software, which is considered a language creation.

Intellectual property (IP) is a term referring to a number of distinct types of legal monopoly over creations of the mind, both artistic and commercial, and the corresponding fields of law.⁴

The industrial property right represents the ensemble of judicial norms, which regulate the social relationships formed in connection to the process of creation and valorisation of the intellectual work, to be applied in the industry as well as the distinctive signs of such an activity.

The copyright represents the ensemble of judicial norms, which regulate the social relationships formed in connection to the process of creation and valorisation of the scientific, literary or artistic work, as well as of software. The copyright represents the ensemble of the prerogatives, including the exclusive right to reproduce, distribute, execute, display, or license, enjoyed by the authors as a result of an independent effort of creation, in relation to the created

* Associated Professor, Ph.D., “Titu Maiorescu” University, Bucharest (e-mail: argentina.gramada@gmail.com).

** Lecturer, Ph.D., “Titu Maiorescu” University, Bucharest.

¹ <http://biblia.resursecrestine.ro/citeste/exodul/20>

² <http://dexonline.ro/definitie/proprietate>

³ Argentina Dragu Gramada-« The Informatisation of the undergraduate éducation management»-Ed.Carteia Universitara-2004-pag 139

⁴ Richard Raysmen Edward A. Pisacreta and Kenneth A. Adler_ “Forms and Analysis Law Journal Press”, 1999-2008

works; the institution of the copyright is the instrument of protection of creators and of their works.⁵ The copyright automatically appears with the creation of work; in the case of commercial valorisation or dispute, outstanding evidence of the moment of creation are to be produced.

The copyright gives the owner an exclusive right over the intellectual property to reproduce, distribute, execute, display, or license his or her work, as a result of an independent creative effort. The owner is also the recipient of the exclusive right to produce or license the derivatives of his or her work. The copyright protects any type of design literary, artistic, dramatic, musical work or documents, music, websites, software, designs, logos, works of art, illustrations, paintings, photography, scriptures, books, manuscripts, poetry, movies, games, TV programming. There are, however, exceptions:

- Ideas and discoveries in themselves are not protected by copyright. Only the ways these are expressed are the subject of the copyright;

- Names are not elements of copyright. The commercial names of companies, products, services, etc. can be registered and benefit from a partial protection from their creation onwards, but afterwards, they must be registered as trademarks to benefit from the advantages of a certificate that testify to their uniqueness.

1.1. History of copyright and of the main events surrounding its development.

The Directive on the enforcement of intellectual property rights such as copyright and related rights, trademarks, designs or patents was adopted in April 2004.⁶ The Directive requires all Member States to apply effective, dissuasive and proportionate remedies and penalties against those engaged in counterfeiting and piracy and so create a level playing field for right holders in the EU. It means that all Member States will have a similar set of measures, procedures and remedies available for right holders to defend their intellectual property rights (be they copyright or related rights, trademarks, patents, designs, etc) if they are infringed.

The 2009 High Level Conference on Counterfeiting and Piracy ("Contra Fake 2009") - Brussels, 02.04.2009. This conference followed an event held last year, which attracted over 400 participants. This year the conference considered again the growing problem of counterfeiting and piracy but focused more on planned efforts to combat the problem, in particular the launching of the European Counterfeiting and Piracy Observatory.

My immediate doctor's prescription would read⁷:

- 1) Educate the public, especially the young through the schools.
- 2) Close down access to Pirate Bay and similar activities!

1.2. The institutional and legislative framework in the filed of intellectual property

In Romania, the protection of the intellectual property is realised mainly by two institutions⁸: The State Bureau for Inventions and Trademarks – for industrial property and The Romanian Copyright Bureau – for copyright and ancillary rights.⁹

The legislative norms of our country, the judicial framework of copyright and ancillary rights is regulated by Law no.8/1996, modified and completed by the following norms:

Law no. 285/2004, The Emergency Order no.123/2005 modified and completed by the Law 329/2006. Copyright is defined, according to the abovementioned norms, as the right "over a

⁵ www.ecopyright.ro/copyright/ce-este-dreptul-de-autor.htm

⁶ The Directive on the enforcement of intellectual property rights-
http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/directives_en.htm

⁷ http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/conferences_en.htm

⁸ www.osim.ro/strategia.htm

⁹ The Romanian Copyright Bureau is organized and functions, as per Government Order no.758/2003 as a specialty organ reporting to the Government, with unique authority on the territory of Romania related to the inventory, observation and control of the application of the legislation of copyright and of ancillary rights.

literary, artistic or scientific work, as well as other works or intellectual creation, and is acknowledged and guaranteed by the present laws. The right is in connection to the person of the author and generates attributes of moral and patrimonial nature." Those entitled to copyright in Romania enjoy the protection of their right in all the countries members to the Bern Convention for the protection of literary and artistic works (Sept. 9, 1886), revised by the Paris Act (July 24, 1971)¹⁰ and modified (Sept. 28, 1979), to which Romania adhered through Law no. 77 / 1998.¹¹

The quality of subject to the copyright results from the dispositions in art. 3 from Law no. 8/1996 regarding copyright and ancillary rights; thus:

(1) The author is the individual or the individuals who created the work.

(2) In the cases expressly stated by the law, there can be beneficiaries of the protection granted to the author other conventional or natural persons.

Related to the object of the copyright, art. 7, (a) and (b), as well as art. 8 of Law no. 8/1996 on copyright and ancillary rights, with all ulterior amendments and completions, defines the object of the copyright "original works of intellectual creation in literary, artistic or scientific domains, irrespective of the modality of creation, the way or form of expression and independent of their value or destination, such as:

a) literary or publicist works, conferences, sermons, pleadings, lectures and any other works written or oral, as well as software;

b) scientific works, written and oral, such as: memos, studies, graduate contests, textbooks, scientific projects or documentations;

Without detracting the authors of the original work, the derivative works also constitute objects to the copyright, although they were created from one or more pre-existing works:

a) translations, adaptations, annotations, documentaries, musical orchestrations, and any other transformation of a literary, artistic or scientific work which represents an intellectual work of creation;

b) collections of literary, artistic or scientific works, such as encyclopaedias or anthologies, collections of compilations of materials, data, be protected or not, including databases, which, through the choice or disposition of the material, constitute intellectual creations";

Law no. 8/1996 regarding the copyright and ancillary rights, with its amendments and ulterior annotations, clearly defines the content of the copyright as to the aspect of the moral rights an author must possess, such as¹²:

- The right to decide if, how and when the work is to be brought to the public;
- The right to demand the acknowledgement of the quality of the author of the work;
- The right to decide under which name the work is to be made known to the public;
- The right to demand respect of the integrity of the work and to oppose any amendment, as well as any prejudice brought to the work, if in the detriment of his or her honour or reputation;
- The right to withdraw the work, reimbursing, if the case, the titular of the right of usage prejudiced through the exercise of the withdrawal."

The remuneration for copyright

Law no. 8/2006 regarding copyright includes in the sphere original works of intellectual creation in literary, artistic and scientific domains, irrespective of the way of creation, the way or form of expression and independent of their value or destination, which may be: literary or publicist works, software included; scientific works, photography, musical, plastic or architectural

¹⁰ The Berne Convention for the protection of literary and artistic works - - www.papuaweb.org/info-c-right/berne-parties.pdf

¹¹ www.parlament.ro/pls/legis/legis_pck.http_act?ida=16388

¹² http://legislatie.resurse-pentru-democratie.org/8_1996.php/

works.¹³ Practically, the employees entitled to a copyright of their work are indemnified by means of a contract of assignment of copyright. Thus, the material / patrimonial right over the creation is transferred to the employer, and the employee will benefit from a non-patrimonial right of acknowledgement of his or her quality of author of the respective work.

1.3. The New Characteristic of Works of Authorship in the Digital Age

The digital technology is the beginning of a truly new era: the information era. Digital technology means describing reality through numbers. For example a picture made by a camera represents reality by changing the structure of the film in the camera. The same picture, through digital technology becomes a series of 1 and 0. ¹⁴Pamela Samuelson identified six characteristics of works in digital format that are likely to influence the future of intellectual property in general and as such the future of copyright. First, digital works are easily replicated. Works of authorship in digital form may be easily copied by computer systems. One simply needs computer hardware and software, which may be used for replicating more than one work. As we have witnessed in the Napster case, this characteristic combined with the second one may lead to increased levels of unauthorised uses of a work. Second, works may be easily transmitted and accessed over networks. After a work of authorship has been digitised it can be transmitted over the Internet or any other network to any number of users at almost no cost and over a very short period of time. Third, digital works have a particular plasticity, i.e. they can be easily modified and the modification can be easily saved. The consequence of this characteristic is an enhanced possibility to obtain derivate works of authorship. Fourth, the traditional distinctions between different works of authorship (writings, music, photography) are blurred: an Internet page may contain a combination of all the above. Legal problems arise concerning what legal regime shall be applied to the digital work combining different categories of works already known to the law, as different legal regimes apply to these different categories of works. Fifth, digital works are compact and are not directly accessible to the user. Being only a sequence of 1 and 0, the digital works may be used only with the intermediate help of the computing devices through user interfaces. Sixth, the linking within works and between works is enhanced and research is eased.¹⁵

1.4. Software protection, where the value protected by law is even original intellectual creation embodied in the program

It is normal that an author of software be protected from those that could reproduce his or her work, to prevent the use or unauthorised dissemination of that software. To that end, the law speaks of the “protection of software”, not to ban the use of the software, but its unauthorised use. If in the Anglo-Saxon law we find the name of copyright (where the patrimonial rights are in question), in our legal system, such a name would be improper, since when we speak of copyright we address both the patrimonial and non-patrimonial rights.

As per law no.8/1996, the notion of “software protection” includes any expression of a program, application or operating system, expressed in any language (code-source or code-object), the preparative reception material or textbooks. To protect information works, several conditions are to be complied with, as per art. 7 line 1 from the law: “...there constitute object of the copyright the original works of intellectual creation in literary, artistic or scientific domains...”

- They be the result of an activity of creation;

¹³ Serban Semeniuc- Drepturi de autor versus PFA-
www.cariereonline.ro/index.php/articole/Drepturi_de_autor_versus_PFA

¹⁴ Stefan Gavrilescu -The justification of copyright in the information society (III)-
www.legi-internet.ro/articole-drept-it/justification-of-copyright-in-the-information-society/the-justification-of-copyright-in-the-information-society-iii.html

¹⁵ Pamela Samuelson, Digital Media and the Changing Face of Intellectual Property, 16 COMPUTER & TECH. L.J. 323 (1990).

▪ They be materialized in a form susceptible to human sense, that is to permit the perception, reproduction or communication in any way. As per art. 2 Law 8/1996: “the work of intellectual creation is acknowledged and protected independent of its bringing to the public knowledge, through its simple creation, even if unfinished.”

▪ They be original, that is express the personality of the author, they be created by the author. A work can be original even if it is not unique. A minimum of creativity is requested, even if an outstanding artistic merit cannot be admitted. The work can incorporate pre-existing materials and yet be original. When the pre-existing material is incorporated in the new work, the copyright over the new work covers only the original material, belonging to the author. For instance, in the case of an information management system for a collection of documents in electronic format (books, articles, newspaper editions, etc.) from several sources, the copyright of the author pertains only to the system, not to the managed documents.

When asked the natural question: “Who benefits from this protection?” the answer is differentiated thus:

▪ If the author of the program is employed by a company or an individual, the copyright is acknowledged to the employer, unless otherwise stated; in the above hypothesis, an agreement exists between the employer (either a company or an individual) and author, per which the copyright for the software is acknowledged to the latter;

▪ The author – the individual or individuals who created the software and who are self-employed benefit from the conditions of the copyright.

Consequently, the law offers two categories of rights: patrimonial and moral. As per art. 1, the final part of Law no. 8/1996: “...this right is related to the person of the author and entails moral and patrimonial attributes.” As per art. 24 from the same law, moral and patrimonial rights are born when the work is created, no formality required. In cases of litigation, since the creation of the work is a legal fact, it can be proven by any means of evidence. The titular of the copyright over a piece of software has, as per Law no. 8/1996, the following moral rights¹⁶:

- The right to decide if, how and when the work is to be brought to the public;
- The right to demand the acknowledgement of the quality of the author of the work;
- The right to decide under which name the work is to be made known to the public;
- The right to demand respect of the integrity of the work and to oppose any amendment, as well as any prejudice brought to the work, if in the detriment of his or her honour or reputation;
- The right to withdraw the work, reimbursing, if the case, the titular of the right of usage prejudiced through the exertion of the withdrawal.”

Regarding these rights acknowledged by law to the titular of the copyright, it must be observed their unalienable character, which leads to absolute nullity of the act, which encroaches upon art. 11, line 1: “moral rights cannot make the object of any transfer or renunciation”. However, the exertion of the right to demand the acknowledgement of the quality of author of the work, of the right to demand the respect of the integrity of the work, to oppose amendments as well as any prejudice brought to the work, if in the detriment of his or her honour or reputation are transmittable through heritage after the death of the author for an unlimited duration, according to civil law. Only in the case of no heirs, the exertion of these rights is to be fulfilled by The Romanian Copyright Bureau.

Also, the author enjoys the exclusive patrimonial right to decide if, how and when the work will be used or exploited, including consenting to the usage of the work by others, and particularly the exclusive right to make or authorise:

▪ The permanent or temporary reproduction of a software, integrally or partially, through any means or form, including the case when the reproduction is determined by the uploading, display, transmittal or stockage of the software. The right to permanently or temporarily reproduce is the

¹⁶ Magdalena Popeanga-Software protection - www.dreptonline.ro/resurse/programe.php

right to copy, duplicate, transcribe or imitate the work in any concrete form;

- The translation, adaptation, adjustment and any other transformation brought to the software as well as the reproduction of the result of such operations, without bringing prejudice to the person who transforms the software;
- The dissemination of the original or copies of the software under any form, rental included (sale, rental, borrowing, leasing...).

The patrimonial right is the exclusive right of the author to exploit the work through: the reproduction in all or in part, the dissemination of the work, the import for commercialization on the territory of Romania of works made with the consent of the author, public access to databases, when these databases include or constitute protected works.

Limitations of the exclusive patrimonial right pertaining to the author

According to art. 72 line 2 from the Law: ideas, theories, concepts, discoveries, and inventions in a work, irrespective of the way they were taken over, written, explained, expressed, the procedures, the methods of functioning, the simple facts and data, mathematical concepts and principles at the foundation of any element in a software, including those at the foundation of its interferences are not protected. To put it otherwise, the copyright protects the author only against unauthorised use of his or her work, work that is materialized in a form susceptible to the human senses.

Protection is not extended over ideas, procedures, methods of functioning, mathematical concepts used or principles at the basis of any element of the work.

Simple facts and data. As aforementioned, the law protects the originality, not the effort of the author who discovered certain facts and data.

Independent creation. The author cannot take action against a person who, through individual effort, created a work similar to that protected by the law of copyright. Such a work does not encroach upon the exclusive patrimonial work of the author.

The use of the protected work for such purposes as commentary, critique, or research does not contravene to Law no. 8/1996. The law does not, however, establish limits to such uses, so the purpose must fall on the doctrine. The following are to be taken into consideration: the nature of the protected work, the purpose and character of the usage, the quantity and substantiality of the portion from the work used in rapport to the protected work as a whole, the effect of the use of the protected work on a potential market.

The duration of the exclusive patrimonial rights acknowledged to the titular of the copyright for the software extends to the lifetime of the author, and after his or her death, it is transferred to the heirs according to civil law for a duration of 50 years. These terms are calculated from January 1st, of the year following the death of the author.

The right to use software can be assigned, but the assignment does not involve the transfer of the copyright. Once a contract of use for a software closed, when no otherwise stated agreement exists:

- It is assumed that the user is given non-exclusive right of use of the software;
- It is assumed that the user cannot transfer the right of usage to another individual for the software in question;
- The user can, without the authorization of the author, a copy or an archive or a backup, if that is needed to ensure usage of the software;
- The authorised user of the software copy can, without the authorisation of the author, observe, study, test the functioning of the software for the purpose of determining the ideas and principles that lay at the foundation of the any element of the software, when operating the software for display, conversion, transmittal or stockage of the software, operations he or she is entitled to.
- The author does not have the right to retract the software, even if reimbursements for the prejudice caused are granted. The authorization given by the titular is compulsory when the

reproduction of the code-source of the software or the translation of the form of this code is indispensable to the obtaining of information necessary to the software, provided the following conditions are complied with:

- The reproduction and translation are performed by a person who has the right to use a copy of the software or by a person who performs such actions in the name of the former, and is abilitated to do so;
- The necessary information for the interoperability is not quickly or easily accessible to persons mentioned at letter a in the present article;
- The aforementioned acts as stated in letter a of the present article are limited to the parts of the software necessary to the interoperability.

The acts mentioned at art. 73 letters a) and b) are not subject to the authorization of the titular of the copyright:

- If there is no agreement otherwise;
- If these are necessary to allow the given party to use the software for a purpose in agreement with its intended use, including for the correction of errors.

Internal protection

As noticed, the Romanian law protects the titular of the software copyright. Thus, according to art. 8 of the Government Order no. 124/2000, “contraventions are the following deeds, if not committed in such conditions that they be considered, according to the penal law, offences and are sanctioned as follows:

- Non-performing the obligation to communicate the documents stated in art. 3 (the agreement of the titular or of the producer, whichever the case, for the activities of dissemination, commercialization or rental and information related to the granting of the license and, if needed, information about the model of the granted license, for the territory of Romania, to software users), with a fine from 2000 to 4000RON.
- Owning copies of software on any hard drives, for the purpose of unauthorized commercialization or rental, with a fine from 2500 to 4000RON and confiscation of the copies.

The contraventions stated in line 1 apply to companies as well, and the limits of the fines are 5-fold.” The limits of these fines will be updated through Government Order, as inflation fluctuates. Finding such contraventions and their sanctioning is performed by the specialized organs of the Ministry of Internal Affairs and by the personnel empowered by the decision of the general director of the Romanian Copyright Bureau.

The authorised representatives of the titular can accompany the abilitated organs to find and sanction the contraventions, if they so demand. The titular of the copyright domiciled in Romania or with offices and branches on Romanian territory has the right to be informed about deeds that prejudice their rights, if they so require, 5 days after the minutes of the findings and sanctioning of the deeds are final. The minutes for the finding and sanctioning of these contraventions will comprise mentions of the deeds confiscated, indicating the works of intellectual creation whose unauthorised copies have been confiscated. The confiscated goods will be levied a distraint on, for the manifestation of the pre-emptive right as stated in art. 139 line 4, Law 8/96.

According to art. 139 line 4 of Law 8/96: “...The titular of the infringed rights can ask the court to dispose the application of any of the following measures:

- ✓ Remittal, for the covering of the suffered prejudice, of the revenues made through the illicit act or, if the prejudice cannot be thus repaired,
- ✓ Remittal of the goods resulted from the illicit deed, to be valorised to the full coverage of the caused prejudice;
- ✓ Destruction of the equipment and means in the property of the doer, whose unique or main destination was the production of the illicit deed;
- ✓ Ejection from the commercial circuit through confiscation and destruction of the illegally

made copies;

✓Publication in mass media of the decision of the court at the expense of the doer.”

IF the titular of the copyright or of the ancillary rights does not manifest the pre-emption right within 30 days from the date when the minutes of finding and sanctioning are final, the confiscated goods shall be destroyed.

International protection

The titular of the copyright acknowledged in Romania enjoys the protection of the copyright in all countries signatories to the Berne Convention for the protection of the literary and artistic works (Sept. 9, 1886), revised through the Paris Act (July 24, 1971) and amended (Sept. 28, 1979), to which Romania adhered through Law no. 77 / 1998. For instance, the Romanian author of software discovers that certain copies of the software are being commercialized in England. Great Britain is a member of the Berne Convention, which means the software is protected by Romanian law and automatically by the English copyright law. Should the Romanian author take legal action in England against the party commercializing the software without its agreement, the Romanian author will be given the same rights, as any copyright titular from England would enjoy.

On July 6 2005, companies and institutions such as Microsoft, IBM, Hewlett-Packard and the European Patent Office – EPO were forced to revise their short-term plans. The stakes of the fight was the inclusion of software on the accomplishments that can be protected in the European space, through an invention patent. Only a pretext, some would say, to consolidate the supremacy of big corporations over the European software markets¹⁷. On July 6 2005, The European Parliament rejected the proposal of the Council of Ministers with a large majority (648 votes for, 14 gains, 18 abstentions). For many, that date is synonymous with the burial of the idea of software patents in Europe.

The moment could, however, be interpreted differently as well. The great IT corporations renounced the support of the directive, focusing their efforts on the support of a different kind of legislation: the regulation of the community patent. This act intended to withdraw the invention patents from the legal authority of the national parliaments and realize the harmonization of the national legal frameworks with the European practice. It is not surprising anymore that the project brought to discussion the national use of the practices of the European Patent Office. In this context, we should state that EPO already patents software. Currently, European courts do not acknowledge these patents. A future acknowledgement of software patents could surface all patents already given by EPO. Hundreds or thousands could fill the courts throughout Europe, as the holders of the patents would decide to defend their interests in court. It is estimated that presently, EPO has granted over 30.000 patents of this kind.

The perspective of these practices becoming official questions the future of the European software industry. Moreover, the future targets of the protection of these patents could be the open source applications. Within the lobby cells, the parties from the old conflict are meeting again. The fight will carry on through the summer. The copyright, compared to the patent, is more flexible in its protection. The protection right is born when the software is created. The birth of this right is not conditioned by the payment of any amount of money or by any formality. In a simple approach, the copyright grants anyone access to software production.

With invention patents, protection is granted after performing an analysis process, following the characteristics (novelty, distinctiveness, or industrial use etc.) the invention must meet. The process is lengthy (in the USA, the duration can be 4 years), and the costs are infinitely higher. For the inventions analyzed by the EPO, the average patenting cost is around 30.000EUR. What could be the consequences?

¹⁷ www.wall-street.ro/articol/Special/15364/Europa-discuta-soarta-programelor-pentru-calculator.html

A first effect is stopping the technological development of small companies and even of poorer countries. The access for a user to such a software will become harder and harder. Windows could give the coup de grace to Linux, and Microsoft Office could win against other Open Office versions. On the other hand, such a situation brings into debate the issue of appointing European representatives to the state members of the EU. Many times, we have politicians incapable of analysing the economic implications of their own legal emanations.

Paradoxically, all these things happen in a world where American corporations are taking legal action against patent speculators. The Americans have invented even a name for the holders of unused patents. „Patent trolls“ is a term that defines the companies or individuals that wish to benefit from patents they have registered, but have never put into action.

Conclusion

The characteristics of digital works (easily duplicated, modified, accessed and transmitted through the network in a very short time and at low cost) make it possible to obtain derivative works of the author.

In Romania, Law No. 8 / 1996 provides protection of computer programs with limited moral and economic rights as the author only protects against unauthorized use. Owners of copyright protection in Romania shall enjoy their rights in all countries party to the Berne Convention with its subsequent additions.

Although the lawmaker has not expressly established articles for the litigations that could occur, the author considers “applying the rule of the legal nature of the litigation as follows: intellectual property litigation (particularly copyright)¹⁸ fall into the competency of the civil department and the litigation on industrial property are of the competency of the commercial department.” The copyright, compared to the patent, is more flexible in its protection. The protection right is born when the software is created. The birth of this right is not conditioned by the payment of any amount of money or by any formality. In a simple approach, the copyright grants anyone access to software production.

References

1. The Berne Convention for the protection of literary and artistic works - of September 9, 1886, completed at PARIS on May 4, 1896, revised at BERLIN on November 13, 1908, completed at BERNE on March 20, 1914, revised at ROME on June 2, 1928, at BRUSSELS on June 26, 1948, at STOCKHOLM on July 14, 1967, and at PARIS on July 24, 1971, and amended on September 28, 1979 - www.papuaweb.org/info/c-right/berne-parties.pdf

2. The Directive on the enforcement of intellectual property rights - http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/directives_en.htm

3. Law No. 8 / 1996 on copyright and related rights, with the inclusion of modifications by Law no. 285/2004, Emergency Ordinance 123/2005 and Law 329/2006) - www.legi-internet.ro/index.php?id=63

4. Argentina Dragu Gramada-«The Informatisation of the undergraduate éducation management»-Ed. Cartea Universitara-2004-pag 139

5. Ligia Danila-« Copyright »-Course -Ed Mirton ,Timisoara,1997, p12

6. Ligia Danila-”Considerations on the competency of courts in solving intellectual property litigation”- Revista Romana de Dreptul de proprietatii intelectuale-AN iv, nr 1(10) martie 2007

7. Magdalena Popeanga-Software protection - www.dreptonline.ro/resurse/programe.php

8. Pamela Samuelson, “Digital Media and the Changing Face of Intellectual Property”, 16

¹⁸ Ligia Danila-”Considerations on the competency of courts in solving intellectual property litigation”- Revista Romana de Dreptul de proprietatii intelectuale-AN iv, nr 1(10) martie 2007

COMPUTER & TECH. L.J. 323 (1990) Richard Raysmen Edward A. Pisacreta and Kenneth A. Adler. "Forms and Analysis Law Journal Press", 1999-2008

9. Serban Semeniuc, Copyright vs. PFA „-
[www.cariereonline.ro/index.php/articole/Drepturi de autor versus PFA](http://www.cariereonline.ro/index.php/articole/Drepturi_de_autor_versus_PFA)

10. Stefan Gavrilesco -The justification of copyright in the information society (III)-
www.legi-internet.ro/articole-drept-it/justification-of-copyright-in-the-information-society/the-justification-of-copyright-in-the-information-society-iii.html

Sites

1. www.softpanorama.org/Copyright/License_classification/dynamic_licensing.shtml
2. <http://biblia.resursecrestine.ro/citeste/exodul/20>
3. <http://dexonline.ro/definitie/proprietate>
4. www.ecopyright.ro/copyright/ce-este-dreptul-de-autor.htm
5. http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/conferences_en.htm
6. www.osim.ro/strategia.htm
7. www.parlament.ro/pls/legis/legis_pck.http_act?ida=16388
8. http://legislatie.resurse-pentru-democratie.org/8_1996.php/
9. www.wall-street.ro/articol/Special/15364/Europa-discuta-soarta-programelor-pentru-calculator.html

CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA PROPRIETATEA INTELECTUALĂ

Argentina GRĂMADĂ*
Irena VOICULESCU**

Abstract

The paper begins with a short history of copyright and of the main events surrounding its development. The second part of the paper related the digital technology transforms some of the characteristics of the works of authorship, works may be distributed easier, faster and cheaper. In turn, these transformations modify the legal landscape of copyright. The last part of this paper refers protection software, where the value protected by law is even original intellectual creation embodied in the program.

Cuvinte cheie : proprietate intelectuala, copyright, protective software, legi copyright.

Introducere

De-a lungul timpului, caracterul nascocitor al omului l-a împins pe acesta spre noi orizonturi ale cunoasterii. Insa, in aceeasi masura, omul a învățat sa-si apere bunurile care îi apartin, manifestandu-si din ce in ce mai pregnant simțul de proprietate.

Pe masura dezvoltarii societatii omenesti, dreptul asupra bunurilor proprii a inceput sa fie recunoscut si prin puterea legilor. Codul lui Hamurabi, Legile lui Pericle, Decalogul lui Moise (Biblia – Exodul 20.15)¹ si altele statuteaza precis: “Sa nu furi.”

Se admite ca proprietatea este dreptul de a detine, de a folosi un bun ². Pana la un anumit moment, bunul a fost numai de natura materiala. In prezent, toata lumea este de acord ca universul nostru are la baza triada fundamentala materie - energie - informatie.³ Dreptul de a detine, de a folosi o informatie a transformat-o in proprietate. Intr-o combinatie normala a trasaturilor de mai sus, a aparut proprietatea asupra creatiei mintii omenesti, denumita generic proprietate intelectuala. Dreptul de proprietate intelectuala, de creatie are in componenta dreptul de autor si dreptul de proprietate industriala.⁴

Proprietatea industriala, care cuprinde inventiile, modelele de utilitate, desenele si modelele industriale, marcele si indicatiile geografice, topografia circuitelor integrate si soiurile noi de plante si, respectiv, **drepturile de autor**, care cuprind totul din sfera creatiei artistice si stiintifice, inclusiv programele de calculator (soft-urile), considerate drept creatii de limbaj.

Dreptul de proprietate intelectuală (IP) este un termen care se refera la un număr de tipuri distincte de monopol juridic asupra creatiilor mintii, ambele artistice și comerciale, și domeniilor corespunzătoare de drept.⁵ Dreptul de proprietate industriala reprezinta ansamblul normelor juridice care reglementeaza relatiile sociale formate in legatura cu procesul de creare si de valorificare a operei intelectuale aplicabile in industrie precum si semnele distinctive ale unei asemenea activitati.

* Conf.univ.dr., Universitatea “Titu Maiorescu”, București (e-mail: argentina.gramada@gmail.com).

** Lect.univ., Universitatea “Titu Maiorescu”, București.

¹ <http://biblia.resursecrestine.ro/citeste/exodul/20>

² <http://dexonline.ro/definitie/proprietate>

³ Argentina Dragu Gramada-« Informatizarea managementului invatamantului preuniversitar »-Ed.Cartea Universitara-2004-pag 139

⁴ Ligia Danila-« Drept de autor »-Curs-Ed Mirton, Timisoara, 1997, p12

⁵ Richard Raysmen Edward A. Pisacreta and Kenneth A. Adler. “Forms and Analysis Law Journal Press”, 1999-2008

Dreptul de autor reprezintă ansamblul normelor juridice care reglementează relațiile sociale formate în legătura cu procesul de creare și de valorificare a operei științifice, literare sau artistice precum și a programelor de calculator. Dreptul de autor reprezintă ansamblul prerogativelor, inclusiv dreptul exclusiv de a reproduce, distribui, executa, afișa, sau de licența, de care se bucură autorii ca rezultat al unui efort creativ independent cu referire la operele create; institutia dreptului de autor este instrumentul de protecție a creatorilor și operelor lor.⁶ Dreptul de autor apare automat odată cu creația sau opera dar în cazul unei valorificări comerciale sau a unor dispute trebuie furnizate dovezi legale certe asupra momentului creației.

Copyright-ul da proprietarului dreptul exclusiv asupra proprietății intelectuale de a reproduce, distribui, executa, afișa, sau de licența, de munca sa ca rezultat al unui efort creativ independent. Proprietarul primește de asemenea, dreptul exclusiv de a produce sau licența și derivate sale de lucru.⁷ Copyright-ul protejează orice tip de design, opere literare, artistice, dramatice, muzicale sau documente, muzica, site-uri web, software, design-uri, logo-uri, opere de artă, ilustrații, picturi, fotografii, scripturi, cărți, manuscrise, poezii, filme, jocuri, programe TV, dar există și excepții:

- ideile și descoperirile în sine nu sunt protejate de legea dreptului de autor, doar modul în care acestea sunt exprimate este subiect al dreptului de autor

- numele nu sunt elemente de copyright; denumirile comerciale ale firmelor, produselor, serviciilor, etc. pot fi înregistrate și beneficia de o protecție parțială în momentul creării dar ulterior ele trebuie neapărat depuse la înregistrare ca și mărci pentru a beneficia de avantajele unui certificat ce atestă unicitatea.

1.1 . Istoria dreptului de autor și a principalelor evenimente din jurul dezvoltării sale .

Directiva privind respectarea drepturilor de proprietate intelectuală, precum dreptul de autor și drepturile conexe, mărci comerciale, desene sau de brevete a fost adoptată în aprilie 2004. Directiva prevede ca toate statele membre să aplice eficient, disuasive și proporțional căile de atac și sancțiuni împotriva celor care lucrează în contrafacere și a piraterie și creează astfel condiții de concurență neechitabilă pentru titularii de drepturi în UE. Aceasta înseamnă că toate statele membre vor avea un set similar de măsuri, proceduri și căi de atac disponibile pentru titularii de drepturi, să își apere drepturile de proprietate intelectuală (fie ele de autor sau a drepturilor conexe, mărci comerciale, brevete, proiecte, etc), în cazul în care sunt încălcate. Conferința la nivel înalt privind contrafacerea și pirateria ("ContraFake 2009") - Bruxelles, 02.04.2009⁸ a fost urmată de un eveniment care a avut loc anul trecut, care a atras peste 400 de participanți, axat mai mult pe eforturile planificate pentru combaterea acestei probleme, în special lansarea Observatorului european al contrafacerii și pirateriei. S-a pus accentul pe 1) Educarea publicului, în special în rândul tinerilor prin intermediul școlilor; 2) Interzicerea accesului la piratate și alte activități similare!

1.2. Cadrul instituțional și legislativ în domeniul proprietății intelectuale

În România, asigurarea protecției proprietății intelectuale se realizează în principal prin două institutii de specialitate⁹: Oficiul de Stat pentru Inventii și Mărci - în domeniul proprietății industriale și Oficiul Român pentru Drepturile de Autor - în domeniul dreptului de de autor și al

⁶ www.ecopyright.ro/copyright/ce-este-dreptul-de-autor.htm

⁷ Vezi LeftRight

⁸

⁹ www.osim.ro/strategia.htm

drepturilor conexe.¹⁰

În legislația țării noastre, cadrul juridic privind dreptul de autor și drepturile conexe este reglementat de Legea nr. 8/1996, modificată și completată prin următoarele acte normative:

Legea nr. 285/2004, Ordonanța de Urgență nr. 123/2005, modificată și completată prin Legea nr. 329/2006. Dreptul de autor este definit, conform actelor normative menționate, ca fiind dreptul "asupra unei opere literare, artistice sau științifice, precum și asupra altor opere de creație intelectuală este recunoscut și garantat în condițiile prezentei legi. Acest drept este legat de persoana autorului și comportă atribute de ordin moral și patrimonial". Titularii dreptului de autor recunoscut în România se bucură de protecția dreptului lor în toate țările parte la Convenția de la Berna pentru protecția operelor literare și artistice (sept. 9, 1886), în forma revizuită prin Actul de la Paris (iulie 24, 1971)¹¹ și modificată (sept. 28, 1979) la care România a aderat prin Legea nr. 77 / 1998.¹²

Calitatea de subiect al dreptului de autor rezultă din dispozițiile art. 3 din Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, astfel:

(1) Este autor persoana fizică sau persoanele fizice care au creat opera.

(2) În cazurile expres prevăzute de lege, pot beneficia de protecția acordată autorului persoanele juridice și persoanele fizice altele decât autorul.

Raportat la obiectul dreptului de autor, art. 7, literele (a) și (b), precum și art. 8 din Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, cu modificările și completările ulterioare, definește obiect al dreptului de autor "operele originale de creație intelectuală în domeniul literar, artistic sau științific, oricare ar fi modalitatea de creație, modul sau forma de exprimare și independent de valoarea și destinația lor, cum sunt:

a) scrierile literare și publicistice, conferințele, predicile, pledoariile, prelegerile și orice alte opere scrise sau orale, precum și programele pentru calculator;

b) operele științifice, scrise sau orale, cum ar fi: comunicările, studiile, cursurile universitare, manualele școlare, proiectele și documentațiile științifice;

Fără a prejudicia drepturile autorilor operei originale, constituie, de asemenea, obiect al dreptului de autor operele derivate care au fost create plecând de la una sau mai multe opere preexistente, și anume:

a) traduceri, adaptările, adnotările, lucrările documentare, aranjamentele muzicale și orice alte transformări ale unei opere literare, artistice sau științifice care reprezintă o muncă intelectuală de creație;

b) culegerile de opere literare, artistice sau științifice, cum ar fi: enciclopediile și antologiile, colecțiile sau compilatiile de materiale sau date, protejate ori nu, inclusiv bazele de date, care, prin alegerea sau dispunerea materialului, constituie creații intelectuale."

Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, cu modificările și completările ulterioare, definește clar conținutul dreptului de autor sub aspectul drepturilor morale pe care trebuie să le dețină autorul unei opere, acestea constând în¹³:

- dreptul de a decide dacă, în ce mod și când va fi adusă opera la cunoștința publică;
- dreptul de a pretinde recunoașterea calității de autor al operei;

¹⁰ Oficiul Român pentru Drepturile de Autor este organizat și funcționează, potrivit Hotărârii Guvernului nr. 758/2003 ca organ de specialitate în subordinea Guvernului, cu autoritate unică pe teritoriul României în ceea ce privește evidența, observarea și controlul aplicării legislației în domeniul dreptului de autor și al drepturilor conexe.

¹¹ Convenția de la Berna pentru protecția operelor literare și artistice - Convenția de la Berna (1886), completată la Paris (1896), revizuit de la Berlin (1908), completată la Berna (1914), revizuit la Roma (1928), la Bruxelles (1948),

- la Stockholm (1967) și la Paris (1971), și modificată în 1979, (Uniunii de la Berna)-
www.papuaweb.org/info/c-right/berne-parties.pdf

¹² www.parlament.ro/pls/legis/legis_pck.http_act?ida=16388

¹³ http://legislatie.resurse-pentru-democratie.org/8_1996.php/

- dreptul de a decide sub ce nume va fi adusa opera la cunoștința publică;
- dreptul de a pretinde respectarea integrității operei și de a se opune oricărei modificări,
- precum și oricărei - atingeri aduse operei, dacă prejudiciază onoarea sau reputația sa;
- dreptul de a retracta opera, despăgubind, dacă este cazul, pe titularii drepturilor de utilizare, prejudiciați prin exercitarea retractării."

Remunerarea sub forma drepturilor de autor

Legea 8/2006 privind drepturile de autor include în sfera acestor drepturi de autor operele originale de creație intelectuală în domeniul literar, artistic sau științific, oricare ar fi modalitatea de creație, modul sau forma de exprimare și independent de valoarea și destinația lor, printre care sunt enumerate: operele literare și publicistice, inclusiv programele de calculator; operele științifice, fotografice, muzicale, de artă plastică sau grafică sau operele de arhitectură.¹⁴ În mod practic, acei salariați care au un drept de autor asupra muncii lor sunt remunerați pe baza **unui contract de cesiune a drepturilor de autor**.¹⁵ Astfel, dreptul patrimonial (material) asupra respectivei creații se transferă angajatorului, urmând ca angajatul să beneficieze de un drept nepatrimonial de recunoaștere a calității sale de autor al respectivei opere.

1.3. Noua caracteristică a operelor de autor în era digitală

Tehnologia digitală este începutul unei ere noi : era informațională.

Tehnologia digitală înseamnă descrierea realității prin numere. De exemplu, o imagine făcută de un aparat de fotografiat reprezintă realitatea, prin schimbarea structurii de film în aparatul de fotografiat. Aceeași imagine, prin intermediul tehnologiei digitale devine o serie de 1 și 0. Pamela Samuelson a identificat șase caracteristici de lucrări în format digital, care sunt susceptibile de a influența viitorul proprietății intelectuale în general, și, ca atare, pe viitor a drepturilor de autor. În primul rând, lucrările digitale sunt ușor de replicat. Lucrările de autor în format digital pot fi ușor copiate de sisteme informatice. Este nevoie doar de hardware și software, care pot fi utilizate pentru reproducerea mai multor copii. Această caracteristică poate duce la niveluri crescute de utilizare neautorizată a unei opere. În al doilea rând, lucrările pot fi transmise și ușor de accesat prin intermediul rețelelor. O opera în format digital poate fi transmisă prin Internet sau orice altă rețea la orice număr de utilizatori, la aproape fără nici un cost și într- o perioadă foarte scurtă de timp. În al treilea rând, lucrările digitale au o plasticitate specială, adică, ele pot fi ușor modificate și salvate. Consecința acestei caracteristici este o posibilitate sporită de a obține lucrări derivate de autor. În al patrulea rând, distincțiile tradiționale între diferite lucrări de autor (scrieri, muzica, fotografie) se estompează: o pagină de Internet poate conține o combinație din toate cele de mai sus. Probleme juridice pot apărea în legătură cu ceea ce în regimul juridic se aplică la locul de muncă , combinarea diferitelor categorii de lucrări digitale deja cunoscute de lege. În al cincilea rând, lucrările digitale sunt compacte și nu sunt direct accesibile pentru utilizator. Fiind doar o succesiune de 1 și 0, lucrările digitale pot fi utilizate numai cu ajutorul intermediar al dispozitivelor de calcul prin intermediul interfețelor pentru utilizatori. Al șaselea rând, este facilitată și sporită legătura dintre diferite lucrări .¹⁶

¹⁴ Serban Semeniuc- Drepturi de autor versus PFA- [www.cariereonline.ro/index.php/articole/Drepturi de autor versus PFA](http://www.cariereonline.ro/index.php/articole/Drepturi_de_autor_versus_PFA)

¹⁵ CAPITOLUL VII-Cesiunea drepturilor patrimoniale de autor- Legea nr 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe-cu includerea modificărilor aduse prin Legea nr. 285/2004 , Ordonanța de Urgență 123/2005 și Legea 329/2006)- www.legi-internet.ro/index.php?id=63

¹⁶ Pamela Samuelson, Digital Media and the Changing Face of Intellectual Property, 16 COMPUTER & TECH. L.J. 323 (1990).

1.4. Protecția programelor pentru calculator

Este normal ca autorul unui program pentru calculator să fie protejat de toți aceia care îl reproduc, să se prevină utilizarea sau distribuția neautorizată a acelui program. În acest sens, legiuitorul vorbește despre “protecția programelor pentru calculator”, nu pentru a interzice utilizarea acestor programe, ci pentru a interzice orice utilizare neautorizată. Dacă în dreptul anglo-saxon unde întâlnim denumirea de copyright (acolo se au în vedere drepturile patrimoniale), în sistemul nostru de drept o asemenea denumire este improprie întrucât atunci când vorbim despre dreptul de autor avem în vedere atât drepturile personal nepatrimoniale cât și pe cele patrimoniale.

Potrivit legii nr.8/1996, noțiunea de “protecție a programelor pentru calculator” include orice expresie a unui program, programele de aplicație și sistemele de operare, exprimate în orice fel de limbaj (fie în cod-sursă sau în cod-obiect), materialul de concepție pregătit, precum și manualele. Pentru a putea fi protejată opera informatică trebuie să îndeplinească anumite condiții, condiții ce decurg din interpretarea art. 7 alin. 1 din lege : “...constituie obiect al dreptului de autor operele originale de creație intelectuală în domeniul literar, artistic, științific...”.¹⁷

- să fie rezultatul unei activități de creație;
- să fie concretizată într-o formă susceptibilă simțurilor umane, adică să permită perceperea, reproducerea sau comunicarea în orice mod. Potrivit art. 2 L. 8/1996: “opera de creație intelectuală este recunoscută și protejată, independent de aducerea ei la cunoștința publică, prin simplul fapt al realizării ei, chiar neterminată.”

- să fie originală, adică să exprime personalitatea autorului, să fie realizată de autor. O opera poate fi originală chiar dacă nu este unică. Este cerut numai un minim de creativitate, chiar dacă nu se poate recunoaște un merit artistic deosebit. Opera poate încorpora materiale preexistente și totuși să fie originală. Atunci când materialul preexistent este încorporat într-o nouă opera, dreptul de autor asupra noii opere acoperă doar materialul original la care a contribuit autorul. De exemplu, în cazul unui sistem informatic de gestiune a unei colecții de documente în format electronic (carti, articole, editii de ziare, samd...) provenite din diverse surse, dreptul de autor al realizatorilor acestuia se rasfrange doar asupra sistemului, nu și asupra documentelor gestionate.

La întrebarea firească: “cine beneficiază de această protecție” răspunsul este diferențiat după cum:

- autorul programului este angajat al unei persoane juridice sau fizice, și atunci dreptul de autor pentru programele pentru calculator este recunoscut celui care l-a angajat, dacă nu există convenție contrară;

- în ipoteza de mai sus, în situația în care există o convenție între angajator (persoana fizică sau juridică) și autor potrivit căreia dreptul de autor pentru programele pentru calculator este recunoscut celui din urmă.

- autorul – persoana fizică sau persoanele fizice ce au creat programul și care lucrează pe cont propriu – beneficiază în condițiile de legii de dreptul de autor.

În virtutea acestui drept (de autor), legiuitorul conferă două categorii de drepturi: patrimoniale și morale. Potrivit art. 1 partea finală din legea nr. 8/1996¹⁸: “...acest drept este legat de persoana autorului și comportă atribute de ordin moral și patrimonial.” Conform art. 24 din aceeași lege, drepturile morale și cele patrimoniale se nasc în clipa creării operei, netrebuind îndeplinită nici o formalitate în acest sens. În caz de litigiu, crearea operei fiind un fapt juridic, poate fi dovedită cu orice mijloc de probă. Titularul dreptului de autor asupra unui program pentru calculator are potrivit legii nr. 8/1996 următoarele drepturi morale¹⁹:

¹⁷ Cap IX- Protecția programelor pe calculator -www.legi-internet.ro/legislatie-itc/drept-de-autor/legea-dreptului-de-autor.html#c139

¹⁸ Art 24- Legea nr 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe-cu includerea modificărilor aduse prin Legea nr. 285/2004, Ordonanța de Urgență 123/2005 și Legea 329/2006)- www.legi-internet.ro/index.php?id=63

¹⁹ Magdalena Popeanga-Protecția programelor pentru calculator- www.dreptonline.ro/resurse/program.php

- dreptul de a decide daca opera sa va fi adusa la cunostinta publica, in ce mod si cand;
- dreptul de a pretinde recunoasterea calitatii de autor a operei;
- dreptul de a decide numele sub care va fi adusa opera la cunostinta publica;
- dreptul de a pretinde respectarea integritatii operei, de a se opune oricarei modificari, precum si oricarei atingeri aduse operei daca prejudiciaza onoarea sau reputatia sa;
- dreptul de a retracta opera, despagubind daca este cazul, pe titularii drepturilor de exploatare, prejudiciati prin exercitarea retractarii.

In privinta acestor drepturi recunoscute de lege titularului dreptului de autor, trebuie remarcat caracterul lor inalienabil, ce duce la nulitatea absoluta a actului încheiat cu încalcare art. 11 alin. 1: “drepturile morale nu pot face obiectul vreunei înstrainari sau renuntari”. Cu toate acestea, exercitiul dreptului de a pretinde recunoasterea calitatii de autor al operei, a dreptului de a pretinde respectarea integritatii operei, de a se opune oricarei modificari, precum si oricarei atingeri aduse operei daca prejudiciaza onoarea sau reputatia sa, se transmit prin mostenire dupa moartea autorului pe durata nelimitata, potrivit legislatiei civile. Numai in cazul in care nu exista mostenitori, exercitiul acestor drepturi revine Oficiului Roman pentru Drepturile de Autor.

De asemeni, el se bucura de dreptul patrimonial exclusiv de a decide daca, in ce mod si cand va fi utilizata si exploatarea opera sa, inclusiv de a consimti la utilizarea operei de catre altii, dar mai ales de dreptul exclusiv de a realiza si autoriza:

- reproducerea permanenta sau temporara a unui program, integral sau partial, prin orice mijloc si sub orice forma, inclusiv in cazul in care reproducerea este determinata de incarcarea, afisarea, transmiterea sau stocarea programului pe calculator. Dreptul de reproducere permanenta sau temporara este acel drept de a copia, de a face duplicate, de a transcrie sau imita opera in orice forma concretizata;

- traducerea, adaptarea, aranjarea si orice alte transformari aduse unui program pentru calculator, precum si reproducerea rezultatului acestor operatiuni, fara a prejudicia drepturile persoanei care transforma programul pentru calculator;

- difuzarea originalului sau copiilor unui program pentru calculator sub orice forma, inclusiv prin inchiriere (vanzare, inchiriere, imprumut, leasing...).

Dreptul patrimonial este dreptul exclusiv al autorului de a-si exploata opera prin: reproducerea integrala sau partiala a operei, difuzarea operei, importul in vederea comercializarii pe teritoriul Romaniei a copiilor de pe opere realizate cu consimtamentul autorului, accesul public la bazele de date de pe calculator, in cazul in care aceste baze de date contin sau constituie opere protejate.

Limitari ale dreptului patrimonial exclusiv ce revine autorului.

Potrivit art. 72 alin.2 din lege: ideile, teoriile, conceptele, descoperirile si inventiile continute într-o opera indiferent de modul de preluare, scriere, explicare, exprimare, procedeele, metodele de functionare, simplele fapte si date, conceptele matematice si principiile care stau la baza oricarui element dintr-un program pentru calculator, inclusiv acelea care stau la baza interfetelor sale, nu sunt protejate. Cu alte cuvinte, legea dreptului de autor protejeaza autorul numai impotriva unei utilizari neautorizate a operei sale, opera ce este concretizata într-o forma susceptibila simturilor umane.

Protectia nu se extinde si asupra ideilor, procedeele, metodelor de functionare, conceptelor matematice folosite sau a principiilor care stau la baza oricarui element al operei.

Simple fapte si date. Dupa cum am specificat mai sus, legea protejeaza originalitatea nu efortul autorului care a descoperit anumite fapte si date.

Crearea independenta. Autorul nu se poate îndrepta împotriva unei persoane care, muncind independent, creaza o opera asemanatoare cu cea protejata de legea privind dreptul de autor. O asemenea opera nu incalca dreptul exclusiv patrimonial al autorului.

Folosirea operei în scopuri precum: comentariu, critica, cercetare...O asemenea folosire a operei protejate nu contravine legii nr. 8/1996. Dar legea nu vine să stabilească limite ale unei asemenea utilizări, astfel ca rolul acesta revine doctrinei. Se ține cont astfel de: natura operei protejate, scopul și caracterul utilizării, cantitatea și substantialitatea porțiunii utilizate din opera în raport cu opera protejată ca întreg, efectul utilizării pe o piață potențială, a operei protejate.

Durata dreptului exclusiv patrimonial ce este recunoscut titularului dreptului de autor pentru programul pentru calculator durează tot timpul vieții autorului, iar după moartea acestuia se transmite prin moștenire potrivit legislației civile pe o durată de 50 de ani. Aceste termene se calculează începând cu data de 1 ianuarie a anului următor morții autorului.

Dreptul de utilizare a unui program pentru calculator poate fi cesionat, dar această cesiune nu implică și transferul dreptului de autor asupra acestuia. Odată încheiat un contract de utilizare al unui program pentru calculator, și atunci când nu există convenție contrară:

- se prezuma că: utilizatorului i se da dreptul neexclusiv de utilizare a programului pentru calculator;
- se prezuma că: utilizatorul nu poate transmite unei alte persoane dreptul de utilizare a programului pentru calculator;
- utilizatorul poate face, fără autorizarea autorului, o copie de arhivă sau de siguranță, în măsura în care aceasta este necesară pentru asigurarea utilizării programului;
- utilizatorul autorizat al unei copii a programului poate face, fără autorizarea autorului, să observe, să studieze, să testeze funcționarea programului, în scopul de a determina ideile și principiile care stau la baza oricărui element al acestuia, cu ocazia efectuării oricăror operațiuni de încărcare în memorie, afișare, conversie, transmitere sau stocare a programului, operațiuni pe care este în drept să le efectueze.
- autorul nu are dreptul de a retracta programul, chiar cu acordarea unei despăgubiri pentru prejudiciul suferit cu această ocazie.

Este obligatorie autorizarea dată de titularul dreptului de autor când reproducerea codului sursă al programului pentru calculator sau traducerea formei acestui cod este indispensabilă pentru obținerea informațiilor necesare interoperabilității unui program pentru calculator, cu îndeplinirea condițiilor:

- actele de reproducere și de traducere sunt îndeplinite de o persoană care deține dreptul de utilizare a unei copii a programului sau de o persoană care îndeplinește aceste acțiuni în numele celui dintai, fiind abilitată în acest scop;
- informațiile necesare interoperabilității nu sunt rapid și ușor accesibile persoanelor prevăzute la lit.a a prezentului articol;
- actele prevăzute la lit.a a prezentului articol, sunt limitate la părțile de program necesare interoperabilității.

Actele prevăzute la art. 73 lit. a) și b) nu sunt supuse autorizării titularului dreptului de autor:

- dacă nu există convenție contrară;
- dacă acestea sunt necesare pentru a permite dobânditorului să utilizeze programul pentru calculator într-un mod corespunzător destinației sale, inclusiv pentru corectarea erorilor.

Protectia interna

După cum s-a putut observa, legiuitorul român protejează pe titularul dreptului de autor asupra programelor pentru calculator. În acest sens, potrivit art. 8 din OG nr. 124/2000 constituie "contravenții următoarele fapte, dacă nu au fost savarsite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni, și se sancționează după cum urmează:

...

- neîndeplinirea obligației de a comunica documentele prevăzute în art. 3 (acordul titularului dreptului de autor sau al producătorului, după caz, pentru activitățile de distribuție, comercializare sau închiriere, și informații referitoare la modul de acordare a licenței și, după caz, modelul

licentei acordate, pe teritoriul Romaniei, utilizatorilor de programe pentru calculator), cu amenda de la 20.000.000 la 40.000.000 lei.

▪ detinerea de copii ale programelor pentru calculator fixate pe orice fel de suport, in scopul comercializarii sau inchirierii neautorizate, cu amenda de la 25.000.000 lei la 40.000.000 lei si confiscarea copiilor.

Contraventiile prevazute la alin. 1 se aplica si persoanelor juridice iar limitele amenzilor se majoreaza de 5 ori.”. Limitele acestor amenzi vor fi actualizate prin hotarare a Guvernului, in functie de rata inflatiei. Constatarea acestor contraventii precum si sanctionarea lor se face de catre organele de specialitate ale Ministerului de Interne si de personalul imputernicit prin decizie a directorului general al Oficiului Roman pentru Drepturile de Autor.

Reprezentantii autorizati ai titularilor dreptului de autor vor putea insoti organele abilitate sa constate si sa sanctioneze contraventiile la cererea lor. Titularii dreptului de autor care au domiciliul sau sediul social in Romania sau filiale, sucursale sau reprezentanti pe teritoriul Romaniei au dreptul de a fi informati cu privire la faptele care au adus atingere drepturilor lor, la cerere, in termen de 5 zile de la ramanerea definitiva a proceselor-verbale de constatare si sanctionare a contraventiilor. Procesul-verbal de constatare si sanctionare a contraventiilor va cuprinde mentiuni cu privire la bunurile supuse confiscarii, cu indicarea operelor de creatie intelectuala ale caror copii neautorizate au fost confiscate. Bunurile confiscate vor fi puse sub sechestru, in vederea manifestarii dreptului de optiune prevazut de art. 139 alin 4 din legea 8/96.

Potrivit art. 139 alin 4 din legea 8/96: “...titularii drepturilor incalcate pot cere instantei de judecata sa dispuna aplicarea oricareia dintre urmatoarele masuri:

✓remiterea, pentru acoperirea prejudiciilor suferite, a incasarilor realizate prin actul ilicit sau daca prejudiciile nu pot fi reparate in acest mod,

✓remiterea bunurilor rezultate din fapta ilicita, in vederea valorificarii acestora, pana la acoperirea integrala a prejudiciilor cauzate;

✓distrugerea echipamentelor si a mijloacelor aflate in proprietatea faptuitorului, a caror destinatie unica sau principala a fost aceea de producere a actului ilicit;

✓scoaterea din circuitul comercial prin confiscarea si distrugerea copiilor efectuate ilegal;

✓publicarea in mijloacele de comunicare in masa a hotararii instantei de judecata, pe cheltuiala celui care a savarsit fapta.”

Daca titularii dreptului de autor ori ai drepturilor conexe acestuia nu isi manifesta dreptul de optiune in termen de 30 de zile de la ramanerea definitiva a proceselor-verbale de constatare si sanctionare a contraventiilor, bunurile confiscate vor fi distruse.

Protectia internationala

Titularii dreptului de autor recunoscut in Romania se bucura de protectia dreptului lor in toate tarile parte la Conventia de la Berna pentru protectia operelor literare si artistice (sept. 9, 1886), in forma revizuita prin Actul de la Paris (iulie 24, 1971) si modificata (sept. 28, 1979) la care Romania a aderat prin Legea nr. 77 / 1998. De exemplu, autorul roman al unui program de calculator descopera ca anumite copii ale programului sau sunt comercializate in Anglia. Marea Britanie este membra a conventiei de la Berna, ceea ce inseamna ca programul pentru calculator al autorului roman protejat de legea romana este automat protejat si de dreptul de copyright in Anglia. In situatia in care autorul roman ar introduce o actiune in justitie in Anglia impotriva celui care ii comercializeaza copii ale programului sau fara acordul sau, autorului roman ii vor fi date aceleasi drepturi de care s-ar bucura un titular al copyright-ului din Anglia.

La 6 iulie 2005, companii sau institutii precum Microsoft, IBM, Hewlett-Packard si Oficiul European de Brevete (European Patent Office – EPO) au fost nevoite sa-si revizuiasca planurile pe termen scurt. Miza luptei era includerea programelor pentru calculator in rândul realizărilor care pot fi protejate în spațiul european prin intermediul unui brevet de invenție. Doar un pretext, se

spune, pentru consolidarea suprematiei marilor companii asupra pietelor software din Europa²⁰. La 6 iulie 2005, Parlamentul European a respins propunerea Consiliului de Miniștri cu o largă majoritate (648 de voturi pentru, 14 împotriva și 18 abțineri). Pentru mulți, acea dată a fost sinonimă cu îngroparea ideii de brevetare a programelor de calculator în Europa.

Cu toate acestea, momentul ar putea fi interpretat și altfel. Marile companii IT au renunțat la susținerea directivei, îndreptându-și eforturile spre susținerea unui nou tip de legislație: reglementarea brevetului comunitar. Acest act își propunea să scoată brevetele de invenție de sub puterea de legiferare a parlamentelor naționale și să realizeze armonizarea legislațiilor naționale cu practica europeană. Nu mai surprinde ca proiectul aducea din nou în discuție impunerea la nivelul oficiilor naționale a practicii Oficiului European de Brevete. În acest context, este bine să precizăm faptul că EPO brevetează deja programe pentru calculator. La momentul actual, aceste brevete nu sunt recunoscute de instanțele europene. O viitoare recunoaștere a brevetării programelor pentru calculator ar putea scoate la suprafață toate brevetele acordate deja de EPO. Sute sau chiar mii de procese ar putea umple salile de judecată de pe tot cuprinsul Euro-pei, pe măsura ce detinatorii brevetelor ar decide să-și apere interesele în instanță. Se estimează că la acest moment, EPO a acordat peste 30 de mii de astfel de brevete.

Perspectiva oficializării acestor practici pune sub semnul întrebării viitorul industriei software europene. Mai mult, printre tintele viitoare ale protejării unor astfel de brevete ar putea fi aplicațiile open source. La nivelul celulelor de lobby, părțile din vechiul conflict s-au văzut puse din nou față în față. Și lupta își va consuma, în vara acestui an, alte episoade.

Dreptul de autor, raportat la brevetul de invenție, este mai flexibil ca metoda de protecție. Dreptul la protecție se naște chiar din momentul creației programului pentru calculator. Nasterea acestui drept nu este condiționată de plata unei sume de bani sau de realizarea unei alte formalități. Într-o abordare simplistă, dreptul de autor permite accesul oricui la producția de programe software.

În cazul brevetelor de invenție, protecția se acordă în urma unui proces de analiză care urmărește caracterile (noutate, distinctivitate sau aplicare la scară industrială etc.) pe care trebuie să le întrunească invenția. Acest proces de analiză durează un timp îndelungat (în Statele Unite perioada este de până la patru ani), iar costurile sunt infinit mai mari. În cazul invențiilor analizate de Oficiul European de Brevete, costul mediu al procesului de brevetare se situează în jurul cifrei de 30 de mii de euro. Care pot fi consecințele?

Un prim efect este stoparea dezvoltării tehnologice în cazul companiilor mici și chiar în cazul unor state sărace. Accesul unui astfel de utilizator la programele pentru calculator brevetate deja va deveni din ce în ce mai greu. Windows ar putea da lovitură de grație unor distribuții Linux, iar suita Microsoft Office ar putea să se impună unor versiuni Open Office. Pe de altă parte, acest gen de situație aduce în discuție problema desemnării reprezentanților europeni ai statelor membre ale Uniunii Europene. În multe cazuri, avem de-a face cu politicieni incapabili să analizeze implicațiile economice ale propriilor emanatii legislative.

Paradoxal, toate aceste lucruri se întâmplă într-o lume în care multe companii americane au pornit acțiuni în justiție împotriva speculanților de brevete. Americanii au inventat chiar și un nume pentru detinatorii brevetelor de invenție nevalorificate. „Patent trolls“ e un termen ce definește acele companii sau persoane care doresc să beneficieze de pe urma unor brevete de invenție pe care le-au înregistrat, dar pe care nu le-au pus niciodată în practică.

Concluzii

a. Caracteristicile lucrărilor digitale (usor de replicat, modificat, accesat și transmis prin intermediul rețelelor într-un timp foarte scurt și la un cost scăzut) dau posibilitatea de a obține lucrări derivate de autor.

²⁰ www.wall-street.ro/articol/Special/15364/Europa-discuta-soarta-programelor-pentru-calculator.html

b. In Romania, prin Legea nr 8/1996 protecția programelor pentru calculator ofera drepturi patrimoniale și morale cu limitarea ca protejează autorul numai împotriva utilizării neautorizate.

c. Deși legiuitorul nu a stabilit în mod expres cu privire la litigiile ce pot apărea, se impune “aplicarea regulii naturii juridice a litigiului”, după cum urmează: litigiile de drept de proprietate intelectuală (în principal de drept de autor)²¹ sunt de competența secției civile, litigiile de proprietate industrială sunt de competența secției comerciale”.

d. Titularii dreptului de autor din România se bucură de protecția dreptului lor în toate țările parte la Convenția de la Berna cu completările ei ulterioare.

Referințe bibliografice

1. Convenția de la Berna pentru protecția operelor literare și artistice - Convenția de la Berna (1886), completată la Paris (1896), revizuit de la Berlin (1908), completată la Berna (1914), revizuit la Roma (1928), la Bruxelles (1948), la Stockholm (1967) și la Paris (1971), și modificată în 1979, (Uniunii de la Berna)- www.papuaweb.org/info/c-right/berne-parties.pdf

2. The Directive on the enforcement of intellectual property rights- http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/directives_en.htm

3. Legea nr 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe-cu includerea modificărilor aduse prin Legea nr. 285/2004, Ordonanța de Urgență 123/2005 și Legea 329/2006)- www.legi-internet.ro/index.php?id=63

4. Argentina Dragu Gramada-« Informatizarea managementului învățământului preuniversitar »-Ed. Cartea Universitară-2004-pag 139

5. Ligia Danila-« Drept de autor »-Curs-Ed Mirton, Timișoara, 1997, p12

6. Ligia Danila-”Considerații privind competența instanțelor de judecată în soluționarea litigiilor de drept de proprietate intelectuală”-Revista Română de Dreptul de Proprietăți Intellectuale-AN iv, nr 1(10) martie 2007

7. Magdalena Popeanga-Protectia programelor pentru calculator- www.dreptonline.ro/resurse/programe.php

8. Pamela Samuelson, Digital Media and the Changing Face of Intellectual Property, 16 COMPUTER & TECH. L.J. 323 (1990).

9. Richard Raysmen Edward A. Pisacreta and Kenneth A. Adler._ “Forms and Analysis Law Journal Press”, 1999-2008

10. Serban Semeniuc- Drepturi de autor versus PFA- [www.cariereonline.ro/index.php/articole/Drepturi de autor versus PFA](http://www.cariereonline.ro/index.php/articole/Drepturi_de_autor_versus_PFA)

11. Ștefan Gavrilescu -The justification of copyright in the information society (III)- www.legi-internet.ro/articole-drept-it/justification-of-copyright-in-the-information-society/the-justification-of-copyright-in-the-information-society-iii.html

Site-urile:

a. www.ecopyright.ro/copyright/ce-este-dreptul-de-autor.htm

b. http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/conferences_en.htm

c. www.osim.ro/strategie.htm

d. www.parlament.ro/pls/legis/legis_pck.htm_act?ida=16388

e. http://legislatie.resurse-pentru-democratie.org/8_1996.php/

f. <http://biblia.resursecrestine.ro/citeste/exodul/20>

²¹ Ligia Danila-”Considerații privind competența instanțelor de judecată în soluționarea litigiilor de drept de proprietate intelectuală”-Revista Română de Dreptul de Proprietăți Intellectuale-AN iv, nr 1(10) martie 2007

g. <http://dexonline.ro/definitie/proprietate>

h. www.wall-street.ro/articol/Special/15364/Europa-discuta-soarta-programelor-pentru-calculator.html

THE ROMANIAN SUBSIDIARY RULES IN THE FIELD OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW

Alin SPERIUȘI-VLAD*

Abstract

Establishing the structure of the legal regulations in the field of intellectual property is essential, irrespective of their formal, international, regional or national origin in relation to the creation, especially due to the fact that an intellectual creation can benefit from multiple types of protection mainly due to the coexistence of regional, national and international systems of protection corresponding to each category of intellectual creation. Multiple types of protection are addressed particularly due to the fact that a certain intellectual creation, provided it fulfils a number of conditions, may constitute an object for specific protection systems corresponding to several categories of intellectual creations. This analysis aims to analyze the relation between the civil law, the commercial law and the intellectual property law and to establish the subsidiary rules in the field of intellectual property. In Romania, for instance, this aspect was significant even previous to the new civil code as well as subsequent to it .

Keywords: *intellectual property law, civil law, commercial law, subsidiary rules*

Introduction. Current trends

The body of literature reveals the fact that most of the authors¹ seem to agree on establishing the common law in the field of intellectual property in the sense that common law in the field of copyright is civil law, whereas common law in the field of industrial property is commercial law.

The very definition of intellectual property is brought to support these conclusions to the extent to which it refers to the components of intellectual property law, respectively copyright and industrial property right².

In order to justify the existence of a different common law within the same legal branch the difference between copyright and industrial property right is underlined, that is the fact that *”the protection of copyright is by no means conditioned by any previous formalities as opposed to the protection of industrial property rights which is conditioned by carrying out the registration procedure, verification of the existence of content-related and formal conditions as well as the existence of the title of protection”*³.

In an extremely detailed study⁴ it is shown that such an analysis implies establishing the notion of *”industry”*, and to the extent to which it is synonymous with *”undertaking”*, mentioned

* Assistant, PhD. Candidate, West University, Timisoara (e-mail: alinsperiusivlad@svs-partners.com).

¹ Dănilă, L. (2008) – *Dreptul de autor si dreptul de proprietate industrială (Copyright and Industrial Property Right)*, C.H. Beck Publishing House, Bucharest, p. 1; Tafforeau, P. (2004) – *Droit de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique. Propriété industrielle. Droit international*, Gualino éditeur, Paris, p. 21 – 22; Franceschelli, R. (1973) – *Trattato di diritto Industriale. Parte Generale*, vol. I – II, DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE, Milano, p.13 -17.

² *”from the general definition of intellectual property results that the common law in the field of copyright is civil law, whereas common law in the field of industrial property is commercial law”* v. Tafforeau, P. (2004) – *Droit de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique. Propriété industrielle. Droit international*, Gualino éditeur, Paris, p. 21 .

³ Dănilă, L. (2008) – *Dreptul de autor si dreptul de proprietate industrială (Copyright and Industrial Property Right)*, C.H. Beck Publishing House, Bucharest, p. 1.

⁴ Dănilă, L. (2007) – *Considerații privind competența instanțelor de judecată în soluționarea litigiilor de drept de proprietate intelectuală (Views on the Competence of Courts in Judging Intellectual Property Right Litigations)*, Revista română de dreptul proprietății intelectuale (Romanian magazine of Intellectual Property Right), no. 1, p. 29 – 36.

in the Romanian Commercial Code among the objective commercial activities from Art.3, as long as this regulation "imperatively states in its first article that commercial law is to be applied in commerce and only where there are no provisions of commercial law the civil code shall apply", the provisions related to the imperativeness of registration with the Trade Register of the commercial fond as well as the notes referring to patents, brands, trademarks and service marks, denominations of origin, certificates of origin, company, emblem as well as any other distinctive signs over which the company, the civil company, the cooperative organisation or the sole trader has a right⁵, thus "these institutions fall into the commercial category not the civil one, thus the applicable provisions pertain to the commercial law not the civil law"⁶.

Another author goes even further inferring that industrial right does not possess scientific autonomy but is part of commercial law⁷, this analysis is particularly relevant in regard to the autonomy of intellectual property right in relation with civil or commercial law.

FORMALITIES NECESSARY FOR THE ACKNOWLEDGMENT OF RIGHTS SPECIFIC TO THE FIELD OF INTELLECTUAL PROPERTY

In my opinion, in order to identify the common law in the field of intellectual property right we must first analyse the autonomy of intellectual property right and subsequently determine the relation between copyright and industrial property right as well as to identify the connection to civil law respectively to civil law.

The issue related to the autonomy of intellectual property right is relevant in identifying common law in the field of intellectual property, particularly from the point of view unifying regulations in this branch of law which facilitates the determination of the relation between copyright and industrial property right. The body of literature in Romania supports the idea of the autonomy of the legal branch which deals with the regulation of social patrimonial and personal non-patrimonial relations arising from the creation, transformation and valorisation of intellectual goods.⁸

The relation between copyright and industrial property right has to be analysed beyond the mechanism, respectively the possible formalities regarding the protection of rights specific to each subdivision. This is due to the fact that the existence of some advertising systems of subjective rights within a certain field, even though they imply the verification of the existence of content-related and formal conditions, is not characteristic for industrial property, as it does not represent any area reserved for this field.

In some national laws there are advertising systems of the subjective rights in the field of copyright. In addition, even in the field of industrial property, to be more precise in what brand names are concerned, there are systems of recognition of copyright based on the priority of use, but not that of registration.

The existence of advertising systems of the subjective rights, although it implies the verification of the existence of content-related and formal conditions, they not influence the nature of protected rights in this field. The solution is coherent taking into consideration the fact that the requirement imposed by a series of legal provisions regarding the registration of some liability

⁵ Art. 21 from Law 26/1990 regarding the Trade Register

⁶ Dănilă, L. (2007) – *Considerații privind competența instanțelor de judecată în soluționarea litigiilor de drept de proprietate intelectuală (Views on the Competence of Courts in Judging Intellectual Property Right Litigations)*, Revista română de dreptul proprietății intelectuale (Romanian magazine of Intellectual Property Right), no. 1, p. 34.

⁷ Franceschelli, R. (1973) – *Trattato di diritto Industriale. Parte Generale*, vol. I – II, DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE, Milano, p.13.

⁸ "(...) copyright and intellectual property right have a common destiny, in the sense that immediately react to the impact of scientific conquests and techniques worldwide" v. Dănilă, L. (2008) – *Dreptul de autor și dreptul de proprietate industrială (Copyright and Intellectual Property Right)*, Editura C.H. Beck, București, p. 5.

rights or of some proper rights with the Electronic Archive of Real Movable Guarantees or with the Land Register does not influence the nature of the subjective rights concerned. This applied even in the period when rights arose from registration with the Land register.

In what concerns the connection with the civil law, respectively commercial law, I strongly believe it is necessary to determine to what extent the attainment of intellectual creations in the field of industrial property, irrespective of being utility creations (for instance inventions) or distinctive signs (trade marks), is included *ab initio* in the category of commercial activities or become commercial activities only under certain conditions. In other words, to what extent a person "commits" an objective commercial activity by merely being the author of an invention or a trade mark. The status of the industrial character in the case of inventions and distinctiveness in the case of trademarks does not alter the situation as long as both refer to certain abilities of the intellectual creation, to be more precise the possibility of being industrially applied, and not to the actual industrial application, respectively the possibility to distinguish the products and services of a person from the products and services of another person and not their actual distinction.

The mechanism introduced by the Romanian lawmaker in order to discourage the registration of the "defensive trademark", similar to other national provisions in this field, does not influence the establishment of the corresponding common law. Law 84/1998 first introduced in Romania⁹ the lapse of the holder's rights arising by the mark, this representing a sanction for the misappropriation of the assigned scope of the mark for which protection is granted. The lapse is a civil sanction consisting in losing the right to mark due to not being used for a certain period of time. The lapse is based on the assumption that the mark that has not been used for a continuous period of 5 years has either been abandoned or registered as a reserve or defensive mark. The body of literature, however, states that the regulation of the lapse is not the same as introducing a condition of use of the mark with a view to obtain the mark right, since "if an applicant declares *urbi et orbi* that he shall never use the mark he has just applied for, he will only obtain a mark right over the sign placed like any other applicant, with the exception of the case where the circumstances mentioned in the document, would have constituted an abuse to the right of making a deposit or, with a view to prejudice, would have altered the scope of the"¹⁰. Therefore, in many cases the author of a utility creation or a distinctive sign may be a natural person¹¹ and he is not obliged to use this creation in order to obtain protection. I consider that establishing the common law in the field of industrial property right must take into consideration also this stage, respectively the previous stage to any use of this creation in respect to which the application of the commercial law is not justified.

⁹ In France this solution was adopted in 1964, while in other countries, in order to reach the same goal, other solutions were adopted, respectively in Japan the renewal of the deposit of a mark is conditioned by the proof of its use in the three years after the renewal request, while in the United States of America previous use is necessary in order to allow the renewal of the deposit its use not being restricted to the United States. It is important to mention the fact that by not using a mark for 2 years a foreign holder leads to annulment of the registration due to abandonment of rights. Similar solutions have been found in Germany where the use of a registered mark has become compulsory since 1987 and the jurisprudence decided that the use of the mark has to be real and serious. In Benelux, Italy the lapse of rights applies when the mark has not been used for 3 years, in Brasil, Canada, Great Britain and Switzerland v. Roș, V.; Spineanu-Matei, O.; Bogdan, D. (2003) – *Dreptul proprietății intelectuale. Dreptul proprietății industriale, mărcile și indicațiile geografice (Intellectual Property Right. Industrial Property Right, Mark and Geographical Indications)*, All Beck Publishing House, Bucharest, p. 408 - 410.

¹⁰ Van Innis, T. (1997) – *Les signes distinctifs*, Larcier, Bruxelles, p. 498 citat de Roș, V.; Spineanu-Matei, O.; Bogdan, D. (2003) – *Dreptul proprietății intelectuale. Dreptul proprietății industriale, mărcile și indicațiile geografice (Intellectual Property Right. Industrial Property Right, Mark and Geographical Indications)*, All Beck Publishing House, Bucharest, p. 410.

¹¹ "the right to individual mark belongs either to judicial or natural persons" v. Roș, V.; Spineanu-Matei, O.; Bogdan, D. (2003) – *Dreptul proprietății intelectuale. Dreptul proprietății industriale, mărcile și indicațiile geografice (Intellectual Property Right. Industrial Property Right, Mark and Geographical Indications)*, All Beck Publishing House, Bucharest, p. 283.

In order to establish the relations that constitute the scope of commercial law, the Romanian Commercial Code defines certain legal acts and operations qualified as "commercial activities"¹². By carrying out one or more commercial activities judicial relations arise which are governed by commercial laws. Basically, the Commercial Code, similar to its Italian model, establishes the objective system of commercial law¹³ in article 3 to which a subjective criterion is added in art. 4. The Commercial Code determines within art.3 the activities and operations which are considered commercial activities and subjects them to the commercial laws irrespective of the quality of the person carrying them out; establishing the commercial activities also leads to determining the capacity of the trader and, implicitly, to determining the field of commercial law. According to art. 7 any person, who carries out from a professional point of view any of the commercial activities foreseen in art. 3, is a trader and is governed by commercial law. Once the capacity of trader has been obtained all the legal acts and the operations of the trader are considered commercial activities according to art. 4 and fall under Commercial Law. Basically, ab initio the author, natural person, of a utility creation or a distinctive sign can only erroneously be considered a trader as long as the mere creation of an invention or a mark does not represent a commercial activity, as described as follows. However, in order to clarify the relation between commercial right and intellectual property right it is necessary to identify the mechanism by which commercial law is applied to the legal relations in this field.

LEGAL UNITARY TREATMENT APPLIED TO THE OBLIGATIONS OF THE AUTHOR OF AN INTELLECTUAL CREATION

Firstly, we must determine to what extent the activity of creating in the field of copyright or industrial property falls under or does not fall under the category of commercial activities governed by art. 3 from the Romanian Commercial Code. Even if the first reading of art 3. Of the Commercial Code does not reveal such an activity among the subjective commercial activities, the body of literature has discussed the character of the legal enumeration of the commercial activities of art. 3 of the Commercial Code, firstly considering that the enumeration is restrictive¹⁴, secondly the main point of view in the body of literature¹⁵, supported by the judicial practice¹⁶ is that the

¹² The intention of the lawmaker was that the enumeration in art. 3 should include among the commercial obligations not only legal acts but also licit actions (complex technical-economic operations of companies, enrichment without just cause, payment that is not owed, business management etc.) or illicit (unlawful competition activities or other prejudicial activities to persons or things carried out lacking contractual relations) v. Turcu, I (2008) – *Tratat teoretic și practic de drept comercial volumul I (Theoretic and Practical Treaty of Commercial Law volume I)*, C.H. Beck Publishing House, Bucharest, p. 38.

¹³ In the subjective commercial law it is a right reserved to the people who are traders, the trader being defined through its economic activity carried out or by registering in a professional register or by managing his business the commercial act is defined in a subsidiary manner as the act that a person performs in his capacity as trader v. Cârpenaru, D.,S. (2000) – *Drept comercial român ediția a III – a revizuită (Romanian Commercial Law 3rd Edition - revised)*, All Beck Publishing House, Bucharest, p. 25.

¹⁴ According to the first reviewers of the Commercial Code the enumeration was deemed restrictive, stating that the law regards commercial activities as being the activities and operations explicitly foreseen in art. 3 of the Commercial Code, with the exclusion of others, leaving open for discussion whether a certain legal act or operation falls or does not fall under the category of commercial activities according to art. 3 without the possibility of adding other categories to the already existing ones v. Arion, C. (1920) – *Elemente de drept comercial volumul I (Elements of Commercial Law volume I)*, Socec Publishing House, Bucharest, p. 86 quoted by Cârpenaru, D.,S. (2000) – *Drept comercial român ediția a III – a revizuită (Romanian Commercial Law 3rd Edition - revised)*, All Beck Publishing House, Bucharest, p. 25.

¹⁵ "the enumeration from art. 3 of the Commercial Code is declarative but not all-inclusive (...) it can be consequently completed by means of prudent and faithful analogy. For instance, one may add air transportation, informational services, the production of motion pictures etc., all invented subsequent to the code, but may not include medicine, legal practice, education, notary services, agriculture etc., as they are considered to be activities lacking in commercial character or non-commercial illicit activities (mendicancy, procuring, prostitution etc.)" v.

enumeration from art. 3 has a declarative, exemplifying, rather than restrictive character. This means that the list of commercial activities explicitly foreseen in art. 3 can be supplemented with other commercial activities provided they possess the characteristics of commercial activities according to the law (*ubi eadem ratio, ibim eadem legis dispositio*).

From my point of view, this aspect of the provisions from art. 3 paragraph 10 of the Commercial Code¹⁷, considering that the provisions represent the sole regulation of commercial activities which addresses the creations in the field of intellectual property. Even though it refers to the creations protected by means of copyright these provisions are the benchmark to identifying any other objective commercial activities in the field of intellectual property. As previously mentioned¹⁸ the existence of advertising systems for subjective rights in a certain field, although it presuppose the verification of the existence of content-related and formal conditions, it is not characteristic of industrial property, it does not represent any area reserved to this field and it does not influence the nature of subjective protected rights in this field. This conclusion is upheld by the very provisions of art. 3 paragraph 10 of the Commercial Code which emphasize the fact that the creations protected by means of copyright do not constitute a branch of the civil law, but may constitute the object of some objective commercial activities.

Art. 3 paragraph 10 from the Commercial Code states existence of some objective commercial activities related to the creations protected by means of copyright as long as their creator is not a part of them on the grounds that such activities would correspond to liaising the author with the public.¹⁹ Similarly, one can arrive to the conclusion that the legal relations are also included among the objective commercial activities provided they have as an object the creations protected by means of industrial property right as long as the author is not a part of them. Thus, as long as the author, natural person, of a distinctive sign or of a utility creation is not a trader, any

Turcu, I (2008) – *Tratat teretic și practic de drept comercial volumul I (Theoretic and Practival Treaty of Commercial Law volume I)*, C.H. Beck Publishing House, Bucharest, p. 39.

¹⁶ "if one of the 20 types of commercial activities enumerated in art. 3 are isolated acts, others such as undertakings consist of a complex set of acts or activities in order to carry out a continuous economic activity" v. Court of Cassation (1929) – ruling no. 191 from 28th of January 1929, *Revista Curierul Judiciar* (Judicial Courier Magazine), p. 363 "art. 3 of the Commercial Code reveals clearly that the Romanian lawmaker in 1887, fearing to offer an incomplete definition of commercial activities, chose to enumerate only a few examples from art. 3 of the Commercial Code" v. Court of Gorj (1888) – ruling from 22nd of November 1888, *Revista Dreptul* (Law Magazine), p. 78 "art.3 enumerates which of the commercial activities has a declarative character and not a restrictive one" Court of Ilfov commercial department (1890) – ruling from 16th of February 1890, *Revista Dreptul* (Law Magazine), p. 20 "the enumeration of commercial activities from art. 3 of the Commercial Code is not restrictive, on the contrary, commercial undertakings are considered to be not only those explicitly mentioned by the law but also those which are slightly similar to the ones described by the lawmaker, thus construction undertakings are not considered to be only the actual building constructions but also mining undertakings, water supply channels, pebbling, infrastructure work, deforestation etc.; basically any undertaking of public and private works may be considered "construction undertakings" according to the law therefore also undertakings which facilitate forest exploitation, the so-called "forest enterprise"" Court of Buzău (1927) – ruling from 17th of February 1927, p. 705 in Turcu, I (2008) – *Tratat teretic și practic de drept comercial volumul I (Theoretical and Practical Treaty of Commercial Law volume I)*, C.H. Beck Publishing House, Bucharest, p. 42 - 43.

¹⁷ which provision "The law considers commercial activities: (...) 10) Undertakings related to publishing, book stores and art works, when the author or artist is not the seller".

¹⁸ See above 39.05.

¹⁹ "The valorisation of patrimonial rights is performed mainly through the exercise of the right of duplication and distribution of the creation taking into consideration its specific character. This valorisation can be made directly by the author or by signing contracts with specialised agents. The operation related to the duplication and distribution of scientific, literary and artistic creations is considered to be a commercial activity since it liaises between the author and the public. In ordered to be considered commercial activities these operations must take place in an organised and systematic manner within a publishing undertaking, printing shop (duplication) and book store (distribution)" v. Cârpenaru, D.,S. (2000) – *Drept comercial român ediția a III – a revizuită (Romanian Commercial Law 3rd edition revised)*, All Beck Publishing House, Bucharest, p. 45 – 46.

legal relation having as an object the creations protected by means of industrial property right, to which the author is a part, does not fall under the category of objective commercial activities. As a result, the common law in the field of industrial property right is the civil law, just as in the field of copyright. Such a unitary approach to the field of intellectual property is indirectly supported by the recent jurisprudence which stated the fact that certain creations like, for instance the commercial slogan, which at first sight constitutes the exclusive benefit of Commercial Law, is actually an object of copyright²⁰.

This theoretic analysis should be extended for practical reasons and with regard to the way in which commercial law becomes applicable to legal relations having as object the creations protected by means of industrial property right. This solution is offered in the analysis made by the body of literature regarding way in which commercial law becomes applicable to legal relations having as object the creations protected by means of copyright, more precisely regarding publishing undertakings and the publishing agreement²¹. Principally, the author of a creation protected by means of copyright when signing an agreement with the typography does not perform a commercial act. However, the commercial law becomes applicable in the circumstance in which the typographer is a trader according to art. 56 of the Commercial Code²² or in the situation in which the activity of publishing and distributing his own works fulfils the requirements of an undertaking as a result of managing the work of partners and of using personal technical means, although in this case we must analyse to what extent we are facing a subjective commercial activity taking into consideration the fact that the activity of publishing and distribution of his personal books is closely linked to the attainment of the statute of trader under one of the forms regulated by law 31/1990, only in this way can such an activity fulfil the requirements of the undertaking. The situation of the author of the creation protected by the means of industrial property right is similar. In case he signs an agreement with a trader, commercial law is applied by

²⁰ ”as an advertisement of the product, the slogan under which the product is merchandised, the message conveyed by the advertisement to the consumer – a delicious coffee, 100% traditionally Brazilian, the delight of your relaxation moments – constitute an object of copyright according to its definition in the provisions of art. 7 of Law no. 8/1996, republished, representing an original work of intellectual creation, the law thus equally protecting ”any means of creation, irrespective of the manner of form of expression”. In this case the original character of the text was maintained, the message conveyed to the public in a succinct yet eloquent way meant to create a direct impact on the public in the same way any other advertisement acts directly on the customers by means of stereotypes. Such advertisements fall under the category of works of intellectual creations as a result of such an activity. The fact that the law does not state as such in art.7 that these creations belong to the category of protected works is not significant, the enumeration in the article having a restrictive character in the way in which the area of artistic, scientific creations in general cannot be limited” see civil ruling no. 236A from 23rd of October 2008 of the Court of Appeal Bucharest, civil and trial department 9 regarding intellectual property in Tiu, V., E., (2009) – Sloganul comercial – obiect al dreptului de autor. Modul de calculare a daunelor produse prin contrafacere. Selecție și prelucrare (Commercial Slogan – Object of Copyright. Means of Assessing the Damage Resulting From Counterfeiting. Selection and Processing), Revista română de dreptul proprietății intelectuale (Romanian Magazine for Intellectual Property Right), no. 4.

²¹ ”The publishing undertaking entails the management of specific factors in order to multiply and distribute the creations. This activity is based on the publishing agreement by which the author of a scientific, literary or artistic work cedes in favour of the publisher in exchange of a remuneration the right to multiply and to distribute the work. When the author becomes his own publisher, that is he publishes the work at his own expense closing direct agreements with the typography and the distributor of the work, he does not perform commercial activities. In this sense the author valorises the created work same as the farmer who merchandises his products. However, if the activity of publishing his own works meets the requirements of an undertaking, that is there is a management of the partners and the use of personal, technical means etc. the author performs commercial activities v. Cârpenaru , D.,S. (2000) – Drept comercial român ediția a III – a revizuită (Romanian Commercial Law 3rd edition revised), All Beck Publishing House, Bucharest, p. 45.

²² which states that ”if an act is commercial only to one of the parties, all parties are subject in relation to this act, to the commercial law, except for the provisions concerning the person as a trader and the situations when the law regulates differently”.

means of the mechanism set up through art. 56 of the Commercial Code and obviously in the case in which the author of a creation protected by means of industrial property right is a trader, the provisions of art. 4 of the Commercial Code²³ apply, thus representing a subjective commercial activity.

THE NEW CIVIL CODE AND INTELLECTUAL PROPERTY

As concerns the new Civil Code, through art.3 regarding the general application of the Civil Code²⁴ it restricts the autonomy of the commercial code in relation to the civil code, thus apparently simplifying the issue of establishing the common law in the field of intellectual property. The New Civil Code brings incidental provisions regarding the field of intellectual property in art 340 (d) with respect to real assets²⁵, in art. 341 with respect to income from work and other related incomes²⁶, in art. 1871 paragraph (4) regarding the death of the employer or its inability to fulfil its contractual obligations²⁷, in art. 2348 relating to the exceptions to the regulations set up by means of chapter III regarding the mortgage, in title XI regarding the privileges and real guarantees²⁸, in art. 2389 regarding the object of movable mortgage²⁹, in art. 2624 regarding the law applicable to works of intellectual creation in the field of private international law³⁰, in art. 2625 regarding the applicable law to industrial property right in the field of private international law³¹.

Apparently the new Civil Code contains provisions which indirectly uphold the conclusion from the previous analysis regarding the unity of legal treatment applicable to the creations protected by means of copyright and the creations protected by means of industrial property right. In art 340 (d) the new Civil Code regarding personal assets addresses the intellectual property rights over creations and distinctive signs registered according to all the other incidental provisions which refer to the generic field of intellectual property. Seemingly, the new Civil Code appears to abandon the artificial distinction between copyright – industrial property right for a vision based on the dichotomy creations (irrespective of the existence or lack of formalities in order to obtain their legal protection vs. registered distinctive signs). Thus it emphasises the presence, respectively

²³ which states: *"apart from these (apart from the ones stated in art. 3 – n.n.) commercial activities are also considered the other agreements and obligations of a trader if they are not of a civil nature or if the contrary does not result from the act itself"*.

²⁴ which states: *"(1) The provisions of the present code are also applied to the relations between professionals, as well as to the relations between them and any other subjects of civil law. (2) Professionals are considered all those who exploit an undertaking. (3) Exploitation of an undertaking is the systematic exercise by one or several persons of an organised activity which consists in the manufacture, the administration or the alienation of goods or in providing services, irrespective of whether or not the goal is to obtain profit"*

²⁵ which states: *"are not common assets but assets that belong to each spouse: d) patrimonial rights of intellectual property over the creations and the registered distinctive signs"*.

²⁶ which states: *"work related incomes, amounts resulting from pension within social welfare and other as well as incomes resulting from an intellectual property right are common assets, irrespective of the date of their attainment, but only if the liability regarding their collection is due in the period of community"*.

²⁷ which states: *"the beneficiary enjoys the right, provided he pays an appropriate indemnity, to request the transfer of the prepared documents and of the plans about to be carried out, the provisions regarding the intellectual property rights remain applicable"*.

²⁸ which states: *"provisions of the present chapter are not applied to the cession of succession rights and to the cession of intellectual property rights"*.

²⁹ which states: *"one can mortgage: (...) e) intellectual property rights and any other non-corporal goods"*.

³⁰ which states: *"(1) the rise, the content and the demise of the copyrights over a work of intellectual creation are subject to the law of the state where it was first presented to the public by means of publication, representation, exposure, distribution or any other appropriate means (2) the undisclosed works of intellectual creation are subject to the national law of the author."*

³¹ which states: *" the rise, the content and the demise of the industrial rights are subject to the laws of the state where the deposit or the registration has been made or were the application for deposit or registration has been submitted"*.

the absence of creativity, originality, including an inventive activity and less on the industrial applicability as a criterion for the determination of the categories of protected works in the unitary field of intellectual property.

Nevertheless, this apparently revolutionary vision from the point of view of the legal approach to the rights over non-corporal goods in the field of intellectual property is strongly contradicted by art. 2624 of the new Civil Code which describes copyright over a work of intellectual creation in contradiction with the provisions of art. 2625 of the new Civil Code which refers to the right of industrial property.

At the risk of excessive simplification, the different approach within the title regarding the relations of private international law towards the "philosophy" of the other provisions of the new Civil Code regarding the field of intellectual property seems to be merely a clumsiness on the part of the lawmaker similar to the provisions of art. 2 paragraph 1 (e) of the Code of Civil Procedure³² regarding the competence of the court over intellectual property litigation. These have resulted in contradictory jurisprudence³³ of the courts in Romania with regard to the litigations in the field of intellectual property referring to legal relations governed by the regulation of commercial law³⁴

³² which states: "the court rules: 1. in first instance: (...) e) the litigations and claims in the field intellectual creation and industrial property".

³³ see Court of Appeal Ploiești, Department for work related conflicts and social welfare (2005) – *Drept de autor. Competența materială a instanțelor investite cu soluționarea litigiilor privind drepturile bănești cuvenite autorilor unei opere*, (Copyright. Material Competence of the Courts in Charge of Resolving Litigation Regarding Royalties Corresponding to the Authors of Works) ruling no. 761 from the 21st of September 2005, in *Revista română de dreptul proprietății intelectuale (Romanian Magazine for Intellectual Property Right)*, year V, no. 1 (14), March 2008, ASDPI, Court of Călărași (2006) – *Competența de judecată a litigiilor ce au ca obiect drepturile bănești cuvenite artiștilor interpreți sau executanți (Ruling Competence over Litigations Which Have as an Object Royalties Corresponding to Interpreters or Performing Artists)*, Commercial sentence no. 1790 from the 19th of September 2006, in *Revista română de dreptul proprietății intelectuale (Romanian Magazine for Intellectual Property Right)*, year V, no. 4 (17), December 2008, ASDPI, Court of Târgoviște, totally specialised in commercial law (2006) – *Drept de autor. Competența materială a instanțelor investite cu soluționarea litigiilor privind drepturile bănești cuvenite autorilor unei opere (Copyright. Material Competence of the Courts in Charge of Resolving Litigation Regarding Royalties Corresponding to the Authors of Works)*, Civil sentence no. 4236 from the 13th of November 2006, in *Revista română de dreptul proprietății intelectuale (Romanian Magazine for Intellectual Property Right)*, year V, no. 1 (14), March 2008, ASDPI, the Court of Călărași (2006) – *Competența de judecată a litigiilor ce au ca obiect drepturile bănești cuvenite artiștilor interpreți sau executanți (Ruling Competence over Litigations Which Have as an Object Royalties Corresponding to Interpreters or Performing Artists)*, Civil sentence no. 3350 from the 24th of November 2006, in *Revista română de dreptul proprietății intelectuale (Romanian Magazine for Intellectual Property Right)*, year V, no. 4 (17), December 2008, ASDPI, the High Court of Cassation and Justice, Commercial Department (2007) – *Competența de judecată a litigiilor ce au ca obiect drepturile bănești cuvenite artiștilor interpreți sau executanți (Ruling Competence over Litigations Which Have as an Object Royalties Corresponding to Interpreters or Performing Artists)*, Ruling no. 1637 from the 3rd of May 2007, in *Revista română de dreptul proprietății intelectuale (Romanian Magazine for Intellectual Property Right)*, year V, no. 4 (17), December 2008, ASDPI, Court of Appeal Bucharest, the 5th commercial department (2007) – *Competența de judecată a litigiilor ce au ca obiect drepturile bănești cuvenite artiștilor interpreți sau executanți (Ruling Competence over Litigations Which Have as an Object Royalties Corresponding to Interpreters or Performing Artists)*, commercial sentence no. 175 from the 19th of September 2007, in *Revista română de dreptul proprietății intelectuale (Romanian Magazine for Intellectual Property Right)*, year V, no. 4 (17), December 2008, ASDPI.

³⁴ Stănescu, M. (2008) – *Drept de autor. Competența materială a instanțelor investite cu soluționarea litigiilor privind drepturile bănești cuvenite autorilor unei opere. Selecție și prelucrare (Copyright. Material Competence of the Courts in Charge of Resolving Litigation Regarding Royalties Corresponding to the Authors of Works. Selection and Processing)*, *Revista Română de dreptul proprietății intelectuale, Romanian Magazine for Intellectual Property Right*, no. 1, p. 259 – 266; Savu, M., L. (2008) – *Competența de judecată a litigiilor ce au ca obiect drepturile bănești cuvenite artiștilor interpreți sau executanți. Selecție și prelucrare, (Ruling Competence over Litigations Which Have as an Object Royalties Corresponding to Interpreters or Performing Artists. Selection and Processing)* *Revista Română de dreptul proprietății intelectuale, Romanian Magazine for Intellectual Property Right*, no. 4, p. 177 – 188.

closely monitored and analysed by the body of literature³⁵.

Conclusions

In order to establish the common law in the field of intellectual property an analysis of all legal standards from this field (from various national systems, from regional to international level) is required. This analysis should be approached from the point of view of the nature of the protected rights and of the circumstances under which protection is granted in the field of intellectual property.

The lack of formalities in granting protection in the field of copyright is not characteristic of all national systems, being widely accepted especially by the continental law but not by common law. This apparently irreconcilable view was overcome through the standards agreed upon at the Universal Copyright Convention adopted in 1952 under aegis of UNICEF which, on the one hand, through the rules it imposed, minimised the formalities necessary for the protection of works in the field of copyright within common law, formalities that are on the other hand accepted in continental law if only so as to condition protection at least at a level of good practices (as for example inserting the letter c in a circle accompanied by the name of the author and also by mentioning the international standard serial number ISBN ISSN).

At the same time, the rule regarding the formalities necessary for granting protection in the field of industrial property experiences important waivers in the national legal systems within which protection is granted on the basis of priority of use and not priority of registration (this can also be noticed in our legal system with regard to notorious marks). The formalities applied in the field of industrial property are actually an advertising system of the rights from this field which, even when it presupposes the verification of the existence of some conditions of content and form, does not influence the nature of the protected rights (as a matter of fact the protection mechanism is not specific to this field, in this respect those legal provisions are relevant which impose the registration of some real and liability rights in the Electronic Archive of Real Estate Guarantees or in the Cadastral Register). Due to these factors as well as to those previously mentioned regarding the overlapping of the protection granted by copyright and by industrial property right, I consider that the absence respectively the presence of formalities in the case of granting protection should not lead to a strict delimitation between copyright and industrial property right (*strict* in the sense that there would be a different common law for each).

I strongly believe that the delimitation between intellectual creations protected by copyright and those protected by industrial property right should be done considering the basic conditions under which protection was obtained (uniform conditions in the case of industrial property right and with small differences in the case of copyright especially related to form, although most regulations impose, either explicitly, either implicitly, that works should have a specific form in order to be granted protection), even though also in this case the condition set by copyright regarding originality is on the same level with the condition regarding novelty from the field of utility creations and the condition regarding distinctiveness from the field of distinctive signs.

By analysing the provisions of the Commercial Code regarding commercial activities (art.3 of the Commercial Code) the conclusion can be reached that the criteria imposed under paragraph 10 should be adopted as they represent the only regulation of commercial activities which refer to

³⁵ Dănilă, L. (2007) – *Considerații privind competența instanțelor de judecată în soluționarea litigiilor de drept de proprietate intelectuală (Views on the Competence of Courts in Resolving the Intellectual Property Litigations)*, Revista română de dreptul proprietății intelectuale, Romanian Magazine for Intellectual Property Right, no. 1, p. 34; Romițan, C., R. (2007) – *Competența de judecată a litigiilor ce au ca obiect drepturile bănești cuvenite autorilor, artiștilor interpreți sau executanți ori producătorilor de înregistrări sonore și audiovizuale (Ruling Competence over Litigations Which Have as an Object Royalties Corresponding to Authors, Interpreters or Performing Artists or Producers of Sound and Audio-Visual Recordings)*, Revista română de dreptul proprietății intelectuale, Romanian Magazine for Intellectual Property Right, no. 4, Bucharest, p. 73 – 85.

creations from the field of intellectual property (the law considers the activities undertaken by publishing houses, bookstores and art works as being commercial activities only when someone other than the author or the artist is the seller), which by analogy would transpose in the field of industrial property that objective commercial activities also include the legal relations concerning the creations protected by means of industrial property right as long as the author of those creations is not a part of them.

Similarly, I consider that commercial right becomes applicable in legal relations concerning the creations protected by means of industrial property right according to art. 56 of the Commercial Code or in the case in which the author of the intellectual creation becomes a trader in one of the ways stipulated in Law 31/1990, so that the provisions of art.4 of the Commercial Code become applicable. The recent jurisprudence of the Romanian courts indirectly upholds a unitary legal treatment regarding the obligations of the author of an intellectual creation, thus admitting that there is an overlapping of the protection mechanisms of copyright and industrial property right.

References

1. Azéma, J.; Galloux, J.-C. (2006) – *Droit de la propriété industrielle (Industrial Property Right)*, 6th edition, Dalloz publishing house, Paris
2. Benabou, V.-L. (1997) - *Droits d'auteur, droits voisins et droit communautaire (Copyright, Related Rights and European Union Law)*, Bruylant publishing house, Bruxelles
3. Boulouis J.; Darmon M.; Huglo J.-G. (2001) - *Contentieux communautaire (Common Litigations)*, 2th edition, Dalloz publishing house, Paris
4. Capitant H.; Terré F.; Lequette Y. (2000)- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile (Major Rulings in Civil Jurisprudence)*, 11th edition, Dalloz publishing house, Paris
5. Chavanne, A.; Burst, J.-J. (1993) - *Droit de la propriété intellectuelle (Intellectual Property Right)*, 4th edition, Dalloz publishing house, Paris
6. Colombet, C. (1997) - *Propriété littéraire et artistique et droits voisins (Literary and Artistic Property and Related Rights)*, 8th edition, Dalloz publishing house, Paris
7. Dănilă, L. (2005) - *Dreptul de autor și dreptul de proprietate industrială (Copyright and Industrial Property Right)*, C.H. Beck publishing house, Bucharest
8. Eminescu, Y. (1982) - *Tratat de proprietate industrială (Treaty of Industrial Property)*, vol. I, Editura Academiei Republicii Socialiste România, Bucharest
9. Eminescu, Y. (1994) - *Dreptul de autor (Copyright)*, Lumina Lex publishing house, Bucharest
10. Eminescu, Y. (1997) - *Dreptul de autor - Legea nr. 8 din 14 martie 1996 comentată (Copyright – Law no. 8 from the 14th of March 1996 With Comments)*, Lumina Lex publishing house, Bucharest
11. Franceschelli, R. (1973) - *Trattato di diritto Industriale. Parte Generale (Treaty of Industrial Right. General Part)*, vol. I - II, DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE, Milano
12. Dincă, R.; Trăilă, D. (2004) - *Legislația proprietății intelectuale (Law on Intellectual Property)*, vol. II International Provisions, All Beck publishing house, Bucharest
13. Marceau, Y. (1999) - *Le Droit Français de la Propriété Intellectuelle (The French Intellectual Property Right)*, publishing house CEDAT, Paris
14. Olteanu, G. (2008) - *Dreptul proprietății intelectuale (Intellectual Property Right)*, 2nd edition, C.H. Beck publishing house, Bucharest
15. Pârvu, R.; Romițan, C. R. (2005) - *Dreptul de autor și drepturile conexe (Copyright and Related Rights)*, All Beck publishing house, Bucharest
16. Pușcaș, N. (2002) – *Invențiile salariaților (The Inventions of Employees)*, Lumina Lex publishing house, Bucharest

17. Romițan, C. R. (2006) - *Protecția penală a proprietății intelectuale (Penal Protection of Intellectual Property)*, C.H. Beck publishing house, Bucharest
18. Roș, V.; Spineanu-Matei, O.; Bogdan, D. (2003) - *Dreptul proprietății intelectuale. Dreptul proprietății industriale. Mărcile și indicațiile geografice (Intellectual Property Right. Industrial Property Right. Trademarks and Geographical Indications)*, C.H. Beck publishing house, Bucharest
19. Roș, V.; Bogdan, D.; Spineanu-Matei, O. (2005) – *Dreptul de autor și drepturile conexe – Tratat (Copyright and Related Rights - Treaty)*, All Beck publishing house, Bucharest
20. Schmidt-Szalewski, J.; Pierre, J.-L. (2003) - *Droit de la propriété industrielle (Industrial Property Right)*, 3rd edition, Juris publishing house – Classeur, Paris
21. Pârvu, R.; Romițan, R. C. (2005) – *Dreptul de autor și drepturile conexe (Copyright and Related Rights)*, All Beck publishing house, Bucharest
22. Pușcaș, N. (2002) - *Invențiile salariaților (The Inventions of Employees)*, Lumina Lex publishing house, Bucharest
23. Romițan, R. C.; Drăgan, J. (2004) – *Mic dicționar de proprietate intelectuală (Small Dictionary of Intellectual Property)*, Lumina Lex publishing house, Bucharest
24. Spineanu-Matei O. (2006) - *Proprietate intelectuală : practică judiciară (Intellectual Property: Judicial Practice)*, publishing house Hamangiu, Bucharest
25. Sterling, J. A. L. (2003) - *World Copyright Law*, Second Edition, Sweet & Maxwell Publications, London
26. Valentin, C. (2004) – *Drept internațional public (International Public Law)*, West University Publications, Timișoara
27. Tafforeau, P. (2004) - *Droit de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique. Propriété industrielle. Droit international (Intellectual Property Right. Literary and Artistic Property. Industrial Property. International Law)*, Gualino publishing house, Paris
28. Tritton, G.; Davis, R.; Edenborough, M.; Graham, J.; Malynicz, S.; Rougheon, A. (2002) – *Intellectual Property in Europe*, Second Edition, Sweet & Maxwell Publications, London

THE ROLE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION IN THE HARMONIZATION OF THE INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND THEIR PROTECTION IN THE EU MEMBER STATES

Aura IVAN-DUMITRESCU*

Abstract

The purpose of the paper is to assess the way in which the case-law of the European Union Court of Justice related to the intellectual property rights has contributed to a higher level of protection of these rights and has allowed a better harmonization of the protection of these rights within the boundaries of the European Union, contributing to the adoption of uniform Community Directives in this field.

Keywords: CJUE, case-law, harmonization, intellectual property

Introduction

The paper focuses on the relevant jurisprudence of the European Union Court of Justice in the field of intellectual property, in order to establish the role this European Court has had and still has in the harmonization of the intellectual rights protection, and the means by which the national courts can ensure a higher and unitary protection in their jurisdictional cases.

In order to reach this goal we shall analyse the way in which the proceedings of preliminary rulings under the jurisdiction of the European Union Court of Justice and, to a smaller extent, the findings related to the failure of the member states to meet their obligations, have contributed, together with the national legislation of the EU Member States and with the international treaties in this domain, to the protection capacity and the harmonization of the intellectual property rights within the European Union.

This paper makes reference to the legal literature in the domain of EU rights and explores the relevant Common law of the EU Court of Justice in the field of intellectual rights, exemplifying the way in which, in order to achieve a functional Union Market and a high level of protection of the harmonized intellectual property rights, the Court has:

- i. applied, in the domain of intellectual rights, a series of EU principles such as: the principle of the direct effect and the European Union law supremacy, the principle of non-discrimination on grounds of nationality, the principle of the free movement of goods, allowing the national Courts to eliminate the legal provisions that are not in agreement with the European legislation;
- ii. protected the intellectual property rights by means of the EU aquis;
- iii. provided a harmonious interpretation of the EU Directives in the domain of the intellectual property rights;
- iv. allowed the national courts to apply the national legal provisions which had primacy over the EU law, in order to ensure the proper royalties to copyright and related right owners.

Paper content

The protection of the intellectual rights, achieved first of all nationally and then, following the rule *pacta sunt servanda*, by international treaties, has developed a new dimension after the establishment and development of the EU Law¹ and institutions.

* Lecturer, Ph.D. candidate, Law Faculty, "Nicolae Titulescu", Bucharest (e-mail: aura.dumitrescu@iba-ip.ro).

¹ Stelian Scăunaș, *European Union. Construction. Reform. Institutions. Law* (Bucharest, Publishing House CH Beck, 2008), 201

The protection of the intellectual rights has been achieved in Europe by the EU Treaties, Directives, and also by the case-law of the European Community Court of Justice, deemed as a part of the EU Law.

The Community Law (an uncertain term which designates the EU Law, is frequently identified as the “EU aquis”); it “lies at the basis of the Union and is the primary condition for a candidate to become a member of the Union; the candidate state has to accept it and to implement it in its domestic law”.²

From the perspective of the EU aquis, the modalities to protect the intellectual property rights have been achieved in two ways: legally, by treaties and directives and judicially, by the case-law of the EU Court of Justice, Court decisions that have common-case value and are mandatory for all Member States.

The intellectual rights protection has accompanied the evolution of the EU construction along its way to integrate the Member States and achieve a united Europe.

The Lisbon Treaty, signed on December 13, 2007, came into force, according to article 6, on December 1, 2009 and it was ratified by all Member States; it has modified the Treaty on the European Union and the EC treaties without replacing them and has given the Union a uniform legal status, the power to conclude international agreements and the right to adhere to international organizations as a single body.³

Without radically altering the institutional structure of the European Union and promoting the same democratic values, the Lisbon Treaty continues the harmonizing policy among the Member States and upholds, in its second Protocol, the application of subsidiarity and proportionality principles.

As for the intellectual property, the Lisbon Treaty introduces in the Treaty on the European Union a new article, 97a (which has become art. 118 in the Treaty on the functioning of the European Union); this article expressly empowers the European Parliament and the European Council to establish the measures related to „the settlement of European intellectual property titles in order to ensure a uniform protection of the intellectual property rights within the Union, and to support the foundation of new centralized authorization, coordination and control systems at the Union level”.

This goal stated in the Lisbon Treaty is the result of enduring efforts and harmonization attempts aimed at the intellectual property rights. These initial efforts have legally taken a concrete form by adopting several Directives in this field and jurisdictionally, by setting up a case-law of the European Community Court of Justice, which has been named after the Lisbon Treaty, the Court of Justice of the European Union, and which has become the main source of the principles that give rightful interpretation to the Community Law.

One of the most important principles set up by the Court of Justice is the principle of primacy, which states that the Community law takes precedence over the national law, and which also applies in the domain of copyright and related rights. The Treaty of Lisbon recognizes its importance and explicitly includes it in an annexed declaration.⁴

This declaration is entitled “Declaration concerning primacy” and it states that „in accordance with a well settled case-law of the Court of Justice of the European Union, the treaties and the law adopted by the Union on the basis of the Treaties have primacy over the law of Member States under the conditions laid down by the said case-law”.

² Stelian Scăunaș, *European Union.Construction.Reform.Institutions.Law* (Bucharest, Publishing House CH Beck, 2008), 190

³ EU official Site, ”European Union in the World”,

http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/external_relations/index_ro.htm. (accessed 27 March 2010)

⁴ Ion Jinga, *Treaty of Lisbon: A Solution or a Stage of the Institutional Reform of the European Union?*, Community Law Magazine 1, (2008) : 31

The Conference in which the Declaration was adopted decided that the opinion of the Council Legal Service of 22 June 2007 should be attached at the end of the final document. This opinion mentions that “It results from the case-law of the Court of Justice that primacy of EC law is a cornerstone principle of Community law. According to the Court, this principle is inherent to the specific nature of the European Community. At the time of the first judgment of this established case law (Costa/ENEL, 15 July 1964, Case 6/641 ⁽¹⁾) there was no mention of primacy in the treaty. It is still the case today. The fact that the principle of primacy will not be included in the future treaty shall not in any way change the existence of the principle and the existing case-law of the Court of Justice.”

This Declaration underlines once more the role of the Court of Justice in harmonizing the Member States legislation, in setting up and applying the law, the case-law and the community principles by means of prejudicial decisions such as the Costa case, mentioned in the Opinion of the Council Legal Service.

The role of the Court of Justice has been explicitly outlined in art.19 of the consolidated official version of the Treaty concerning the European Union: “The European Union Court of Justice encompasses the Court of Justice, the General Court and the Civil Service Tribunal. It ensures that the law is observed in the interpretation and application of the Treaty”.

Section 5 of the Treaty on the functioning of the European Union is entirely consecrated to the Court of Justice of the European Union and establishes its organization and jurisdiction.

In assessing the intellectual property rights protection, the case-law of the Court of Justice of the European Union reveals that the majority of the rulings of the Court have been issued in preliminary ruling proceedings and also in actions for the Member States’ failure to fulfil their obligations based on the Community treaties.

Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (ex-article 234 of the EEC establishment Treaty) regulates the proceedings of the preliminary rulings which the Court of Justice is empowered to solve, and articles 258 - 260 of the Treaty (ex-articles 226-228 of the EEC establishment Treaty) regulate the proceedings of the actions for the failure of the Member States to fulfil their obligations.

Article 258 of the Treaty on the Functioning of the European Union (ex-article 226 of the EEC establishment Treaty) provides that: “In case the Commission considers that a Member State has failed to meet any of its obligations based on the treaties, the Commission shall issue an opinion on the merits regarding this aspect, after it has offered that state the opportunity to forward its observations. If the respective state does not abide by this opinion within the term given by the Commission, the Commission may refer the matter to the Court of Justice of the European Union”.

However, the originality of the Court of Justice and its “genius quality”, the mechanism that ensures the interpretation and the uniform application of the Community law and the cooperation between the Court and the national judge of the member state, which is not construed as subordinate in any way, work to override any conflicting judgements⁵ and consist in the preliminary decision pronounced in the proceedings of prejudicial references.

Therefore, article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (ex-article 234 of the EEC establishment Treaty) that establishes the procedure of preliminary rulings, provides that:

“The Court of Justice is competent to give preliminary rulings on:

- (a) the treaty interpretation;
- (b) the validity and interpretation of the documents adopted by the institutions, bodies, offices or agencies of the Union;

⁵ Brândușa Ștefănescu, *Prejudicial Reference before the Court of Justice of the European Community*, Community Law Magazine 1 (2003) : 82-83

If such a matter is invoked before a Member State national court, this court may, if this decision is deemed necessary for the ruling, refer this matter to the Court of Justice.

If a matter of such kind is invoked in a pending case before a national court, whose decisions are not challenged by internal appeals, it is mandatory that this court takes the matter before the EU Court.”

We have to underline from the very beginning that the Court respects the national sovereignty and shall not make any consideration on the validity or invalidity of the national law in the said state, in the sense that the Court of Justice shall not make any statements meant to preclude the internal legal provisions of that state, on the grounds that they do not comply with the Community provisions. The Court shall confine to interpret the applicable Community dispositions and to explain them to the national judge, the only one who will rule the case after the prejudicial judgement, on condition that he complies with the direct effect principle and the supremacy of the Community law.

An example in this direction taken out of the case law on intellectual property can be found in the related cases C-92/92 and C - 326/92, Phil Collins versus Imtrat and Patricia Im versus Emi Electrola GmbH, in which the Court of Justice was referred to by the national court in relation to the compatibility of the German law, which protects the copyright of the German artists in a different way as compared to artists of other nationalities, with art. 7 of the EEC Treaty, which upholds the principle of non-discrimination on grounds of nationality. Confronted with this question, the European Court held that „In proceedings under Article 177 of the Treaty the Court may rule neither on the interpretation of national laws or regulations nor on the conformity of such measures with Community law. Consequently, it may neither interpret the provisions of the UrhG nor may it assess their consistency with the Community law. The Court may only provide the national court with criteria for interpretation based on Community law which will enable that court to solve the legal problem with which it is faced”.⁶ The same point of view was expressed by the advocate general Eleanor Sharpston before the Court during the proceedings of the case C-518/08, where she held that the European Court could not rule on the applicable law on succession, as the Court had no jurisdiction on such matters.⁷ In the same line, the Court of Justice, in case C-275/06, Promusicae versus Telefonica de Espana, underlined that “the Court does have jurisdiction to provide the national court with all the guidance as to the interpretation of Community law necessary to enable that court to rule on the compatibility of national rules with the Community law.”⁸

Having acted as an interpreter of the Community norms and supplying the national courts with the necessary arguments based on the primacy of the Community law, the Court of Justice has proved to be one of the Community institutions which have indirectly contributed to a higher level of protection in the field of intellectual property rights. Its cooperation with several national courts allowed the latter to protect the intellectual property rights beyond the barriers imposed by their national legislation.

Besides its cooperation with the national courts, expressly provided for by art. 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (ex-article 234 of the EEC establishment

⁶ © European Union, <http://eur-lex.europa.eu/>, The Ruling of 20 October 1993, Phil Collins versus Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im versus Emi Electrola GmbH, C-92/92 and C-326/92, paragraph 13, http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search (accessed 29 March 2010)

⁷ The Site of the Court of Justice of the European Communities, the Conclusions of the Advocate General Eleanor Sharpston on 17 December 2009, Fundacio Gala-Salvador Dali and VEGAP versus ADAGP and others, C-518/08, paragraphs 47-49

<http://curia.europa.eu/jurisp/> Rechercher (accessed 29 March 2010)

⁸ The Site of the Court of Justice of the European Communities, the Ruling of 29 January 2008, Promusicae versus Telefonica de Espana, C-275/06, paragraph 38

<http://www.curia.eu.int> <http://curia.europa.eu/jurisp/Rechercher> (accessed 29 March 2010)

Treaty), the Court of Justice is also a guardian of the way in which the Member States fulfil their obligations undertaken in compliance with the constitutive treaties they had ratified.

An example in this direction is given by the cases in which Member States were referred to Court for failure to implement the Directive on intellectual property protection in their national legislation. These cases were ruled in the procedure specific for the actions for failure to fulfil obligations.

A situation of this type can be found in case C-175/05, the Commission of European Communities versus Ireland, in which the Commission of the European Communities took Ireland before the Court for failure to fulfil its obligations in implementing Directive 92/100/EEC in remunerating the authors for cases of public hiring rights, and for the breaking of art. 1 and 5 of the Directive, by exempting all categories of hiring public establishments from the obligation to remunerate authors for the lending and public hiring of their works; The Court decided that Ireland had failed to fulfil its obligations and had infringed the protected copyright and related rights stipulated in Directive 92/100/EEC.

Nevertheless, the procedure of preliminary references and the procedure of the actions against Member States which failed to fulfil their obligations are subject to admissible and precedent conditions, which allow an accidental or partial harmonization of the national legislations in matters of copyright or related rights. The European Community Commission/Council, following the proposal of the Commission and in cooperation with the European Parliament, has tried to improve this aspect by adopting new European Directives in the field of intellectual property rights protection, and by implementing the provisions of the EEC establishment Treaty, especially of art. 57 paragraph 2, art. 66 and art. 100a.

However, we cannot minimize the importance of the preliminary rulings given in intellectual property cases, rulings which we shall analyse while following the general evolution of the procedure and of its admissibility conditions, which have promoted the adoption of the subsequent Directives.

Before considering the contribution of the Court of Justice of the European Union, through its decisions, to the harmonization of the intellectual rights protection, we have to assert that it was the case-law of the Court that facilitated the shaping of certain principles of interpretation and application of the Community law, principles which the Court of Justice frequently quotes, both directly, by naming the principle, and by indicating its prior decisions which made the principle possible and viable.

These principles represented one of the foundations which helped the Court of Justice harmonize the domain of intellectual property rights protection and gave substance to the answers given by the Court to the questions referred by the national courts.

These principles helped clarify the balance which must exist in the relation between the Community law and the domestic, national law of the Member States.

The most important principles are: the principle of the direct effect of the Community norms against the national courts and the obligation to interpret the national law in compliance with the Community law, the principle of the precedence of the Community norms against conflicting national norms, the principle of non-discrimination on grounds of nationality; these principles also exist in the case-law on intellectual property rights.

For example, the principle of the direct effect of the Community norms has been invoked by the lawyers in national cases and has given rise to questions related to the interpretation that should be given to the invoked Community law provisions and whether the national provisions, which are not consistent with the Community law, should be overridden by the Community law, which should be deemed as pre-eminent.

For instance, in case C-20/05, a criminal procedure against Karl Josef Wilhelm Schwibbert, the lawyer of the defendant, who was accused of selling and renting compact discs which did not bear the distinctive sign of the Italian Society of Authors and Editors (SIAE) requested the court to

refer a preliminary question to the Court of Justice; the national court did that and also annexed the memorial of the lawyer to the reference decision.

Generally, the national courts are the ones who refer preliminary questions to the Court of Justice, but they often do that upon the intimation of the defendants who, in their pleas, invoke before the national courts provisions of the Community law.

The reference given to illustrate the principle of the direct effect of the Community law has brought us to the analysis of the way in which the Court of Justice, upon the intimation of the national courts, is able to harmonize the provisions related to copyright and related rights in the national laws, using these very principles of the Community law in order to achieve the common goal of the EU Member States.

The harmonization of the intellectual property rights at the level of the European Union was possible due to the common goal of the Member States: the functioning of the Common Market, which meant the elimination of barriers from among national laws.

The harmonization was enacted in the new legislation, by the provisions enclosed in art. 94 and 95 of the EC Treaty, which allowed the adoption of Directives that could narrow the differences between the legal acts and the administrative documents of the Member States, positively influencing the establishment of the Common Market.

The judicial contribution to an integrated market was achieved by the Court of Justice, who, due to art. 226 and the direct effect, interpreted the articles of the Treaty in such a way as to be able to promote the Common Market.⁹

But harmonization is not equal to uniformity, as the legislative and judicial harmonization is not intended to destroy the variety within the national laws and is not construed as an equivalent to uniformity.¹⁰

From this perspective, the first issue brought under analysis is whether copyright and related rights fall under the application domain of the EEC Treaty, in the sense of art.7 first paragraph, which upholds the principle of non-discrimination on grounds of nationality. At present, this principle is stipulated by the provisions of art. 18 from the Treaty on the functioning of the European Union.

This subject was debated by lawyer Ulrike Hundt-Neumann, member of the Bar in Hamburg, who was defending the plaintiff Phil Collins, and referred the national German court with a request for a presidential ordinance supposed to prohibit the marketing, on the German territory, of phonograms manufactured, without the consent of the artist, of a concert given on the territory of the United States; the marketing of the compact discs was performed by a German distributor of phonograms, Imtrat Handelsgesellschaft mbH.

The same question was also raised during a litigation between EMI Electrola GmbH (hereinafter named „EMI Electrola”), in its quality of owner of the exclusive rights to exploit, on the German territory, the recordings during the concerts given by Cliff Richard in Great Britain and Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH (hereinafter named „Patricia”), accused of having sold phonograms that reproduce the recordings of such concerts given by Cliff Richard, ignoring the exclusive rights of Emi Electrola.

The German courts, separately faced with the same legal problem, have each referred two preliminary questions to the Court of Justice dealing with the same issue, in spite of the fact that the suits were apparently different. In essence, the questions asked whether copyright and the related rights can fall under the provisions of art. 7 first paragraph of the EEC Treaty, which upholds the general principle of non-discrimination on grounds of nationality.

⁹ Paul Craig and Grainne de Burca *European Union Law, Comments, Case-law and Doctrine*, Edition IV, (Bucharest, Publishing House Hamangiu, 2009), 758

¹⁰ Tudorel Ștefan and Beatrice Andreșan-Grigoriu, *Community Law*, (Bucharest, Publishing House CH Beck, 2007), 88

It happened that one of the national courts that later referred to the Court of Justice (Bundesgerichtshof) preliminary questions on copyright and related rights, found out that another German court (Landgericht Munchen) had referred the same questions. Although the opinion of Bundesgerichtshof was that the copyright and the related rights did not fall under the effect of the community law, especially the provisions of art. 7 of the EEC Treaty, due to the lack of harmonization between the national laws and the specific Community regulations¹¹, this German court referred the same questions to the Court of Justice.

The common position of these national courts and the fact that they had indirectly admitted their lack of jurisdiction in interpreting the provisions of the Community law, which is an exclusive attribute of the Court of Justice, was a great step forward in going beyond the national legal limits and gave the Court of Justice, a supranational body, the possibility to connect the cases and to give a single judgement to this very important problem related to the protection of copyright and related rights in Europe.

Using the right to reformulate the preliminary questions referred by the national courts, to correct them and to extract from them other issues that were more important for the correct interpretation of the EEC Treaty¹², the Court of Justice considered that the German courts wanted to know whether the copyright and the related rights fell under the effect of the treaty in the sense of art. 7, first paragraph, and whether the general principle of non-discrimination could subsequently apply to such rights.¹³

Analyzing the application of the provisions of the treaty in the field of copyright and related rights, the Court of Justice stated that “the commercial exploitation of copyright raises the same problems as does the commercial exploitation of any other industrial and commercial property right” and “like other industrial and commercial property rights, the exclusive rights conferred by literary and artistic property are by their nature such as to affect trade in goods and services and also competitive relationships within the Community. For that reason and in consonance with what the Court has consistently held, those rights, although governed by national legislation, are subject to the requirements of the Treaty and therefore fall within its scope of application”¹⁴.

Feeling the need to explain the applicability of art. 7, first paragraph, of the treaty on copyright and related rights, the Court of Justice held that „due to their effects on intra-community commercial exchanges of goods and services” they are subject to the general principle of non-discrimination, ”without being attached to the specific provisions of art. 30, 36, 59 and 66 of the Treaty.”

This ruling of the Court, mandatory for all national courts in the Member States, deemed as a precedent for all national courts in the Community, and having a multilateral effect¹⁵ was the result of a concrete analysis of the protected rights in relation to other principles regulating the

¹¹ © European Union, <http://eur-lex.europa.eu/>, Ruling of 20 Octobre 1993, Phil Collins versus Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im versus Emi Electrola GmbH, C-92/92 and C-326/92, paragraph 10, http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search (accessed 29 March 2010)

¹² Paul Craig and Grainne de Burca, *European Union Law, Comments, Case-law and Doctrine*, Edition IV, (Bucharest, Publishing House Hamangiu, 2009), 604

¹³ © European Union, <http://eur-lex.europa.eu/>, Ruling of 20 Octobre 1993, Phil Collins versus Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im versus Emi Electrola GmbH, C-92/92 and C-326/92, paragraph 16, http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search (accessed 29 March 2010)

¹⁴ © European Union, <http://eur-lex.europa.eu/>, Ruling of 20 Octobre 1993, Phil Collins versus Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im versus Emi Electrola GmbH, C-92/92 și C-326/92, paragraphs 21 and 22, http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search (accessed 29 March 2010)

¹⁵ Paul Craig and Grainne de Burca *European Union Law, Comments, Case-law and Doctrine*, Edition IV, (Bucharest, Publishing House Hamangiu, 2009, 590

functioning of the Common Market, provided under art.30, 36, 59 and 66 of the Treaty.

Invoking its prior judgements (the ruling of 20 January 1981 Musik-Vertrieb membran, 55 and 57/80), in which the Court of Justice had established that phonograms were goods that could be exchanged within the Community territory and were subject to the provisions of art.30 and 36 of the Treaty on the free movement of goods, and that the activity of the companies managing the copyright fall under the provisions of art. 59 and 66 of the treaty on the freedom of services, and that the exclusive rights of the literary and artistic property fall under the provisions of the treaty on competition, the Court of Justice concluded that the Directive 92/100/EEC on the right to hire and lend and certain rights related to copyright in the field of intellectual property was explicitly adopted to avoid the barriers in commercial exchanges and in the good functioning of competition.¹⁶

It is therefore evident that copyright and its related rights fall under the provisions of the Treaty and are especially subject to the general principle of non-discrimination on grounds of nationality, provided by art. 7.

Another issue the Court of Justice has been faced with was if, under art. 36 of the EEC Treaty, the literary and artistic property can be assimilated to the notion of industrial and commercial property explicitly mentioned in the provisions of art.36 of the Treaty. Again, the Court of Justice held that art.36 of the Treaty allows certain restrictions on the free movement of goods if these restrictions are necessary for the protection of the industrial and commercial property, which includes the literary and artistic property and the copyright.¹⁷

The Court of Justice is competent to interpret the Treaty, but it is not within its remit to apply the Treaty to a certain case, in compliance with art.234 of the European Union Treaty. From the point of view of the Treaty, the jurisdiction is split among the European Court of Justice and the national courts: the Court of Justice gives the right interpretation to the Treaty and the national courts apply the respective interpretation to concrete individual cases. Nevertheless the European Court of Justice has started to offer “directions” to the national courts in relation to the way in which the legal provisions are to be applied in concrete cases¹⁸. As the law professors from Oxford and Fordham Universities have noticed, “the European Court of Justice shall be motivated to provide «the Answer» if it wants to maintain maximum control on the evolution of law in a certain field”¹⁹.

The same development has taken place in the common-law related to intellectual property rights, where the Court of Justice has not tackled the compatibility of the national law with the Community law, but spoken about the direct effect of the Community legislation and of the Community principles.

The effective harmonization of the national law with the Community provisions was achieved by the national courts, for which the answers given by the Court of Justice in each case became mandatory.

In the related cases C-92/92 and C-326/92 Phil Collins and others, besides the applicability or non-applicability of the EEC Treaty on the copyright and related rights, the Court of Justice

¹⁶ © European Union, <http://eur-lex.europa.eu/>, Ruling of 20 Octobre 1993, Phil Collins versus Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im versus Emi Electrola GmbH, C-92/92 and C-326/92, paragraphs 23-26, http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search (accessed 29 March 2010)

¹⁷ © European Union, <http://eur-lex.europa.eu/>, the Ruling of 06.10.1982, Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, and others versus Ciné-Vog Films SA and others, paragraph 10, http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1981&T3=262&RechType=RECH_naturel&Submit=C%C4%83utare (accessed 29 March 2010)

¹⁸ Paul Craig and Grainne de Burca *European Union Law, Comments, Case-law and Doctrine*, Edition IV, (Bucharest, Publishing House Hamangiu, 2009), 618

¹⁹ Paul Craig and Grainne de Burca *European Union Law, Comments, Case-law and Doctrine*, Edition IV, (Bucharest, Publishing House Hamangiu, 2009), 619

interpreted the preliminary questions referred by the national courts as questions in connection with art. 7 of the Treaty on the principle of non-discrimination, asking whether this article „allows national laws of member states to deny the authors, artists and performers of other member states and the owners of their rights, the right, which is granted by the same national law to their nationals, to forbid the marketing on their national territory of a phonogram which has been produced without their consent, when the said artists have performed outside their national territory” and “whether the first paragraph of Article 7 of the Treaty may be directly relied upon before a national court by an author or performer from another Member State, or by those claiming under them, in order to claim the benefit of the protection otherwise reserved to nationals”²⁰.

As for discrimination in the sense given by Article 7 of the Treaty, the Court of Justice, considering the grounds of Imtrat and Patricia, underlines that “the differences among the national laws on the protection of copyright and other related rights and the fact that not all member states have adhered to the Convention of Rome cannot justify a breach of the non-discrimination principle on grounds of nationality” and holds that “Article 7 of the Treaty requires that persons in a situation governed by Community law be placed on a completely equal footing with nationals of the concerned Member State”. As a conclusion, the Court rules, “Article 7 of the Treaty must be interpreted as precluding legislation of a Member State from denying, in certain circumstances, to authors and performers from other Member States, and those claiming under them, the right, accorded by that legislation to nationals of that State, to prohibit the marketing, in its national territory of a phonogram manufactured without their consent, where the performance was given outside its national territory”²¹.

By this interpretation, the European Court of Justice has ensured, by applying the principle of non-discrimination on grounds of nationality, the harmonious protection of copyright and related rights, going beyond the barriers of nationality when citizens are supposed to enjoy the protection of the European Union; therefore the nationals of a Member State can claim the benefits of a national law of another Member State without being discriminated on grounds of their nationality.

As for the equal footing treatment provided by art. 7, first paragraph of the EEC Treaty, in compliance with the common case-law of the Court, this can be relied upon before a national court on grounds of the direct effect principle of the community law, „in order to ask the Court to reject the discriminatory rulings of a national law that denies the nationals of other Member States the protection granted to its own nationals”. The Court of Justice expressly upholds the non-discrimination principle provided by art. 7 first paragraph of the EEC Treaty, which can be invoked „ by an author or by an artist belonging to another Member State or by others claiming under them, in order to claim the benefit of protection granted to national authors or artists”.

Interpreting the provisions of the EEC Treaty by the teleological method, the Court of Justice revealed that the EEC Treaty „had established its own independent judicial system, which is not only *mandatory* for all Member States but, in comparison with the other international treaties, also an integral part of the judicial systems of all Member States”. As “the doctrine of the direct effect of the Community norms and the doctrine of the precedence of Community norms have been elaborated at the same time, the direct effect and the precedence of the Community norms are indissolubly connected and therefore a conflict between two norms cannot be solved, deciding

²⁰ © European Union, <http://eur-lex.europa.eu/>, Ruling of 20 Octobre 1993, Phil Collins versus Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im versus Emi Electrola GmbH, C-92/92 and C-326/92, paragraph 16, http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search (accessed 29 March 2010)

²¹ © European Union, <http://eur-lex.europa.eu/>, Ruling of 20 Octobre 1993, Phil Collins versus Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im versus Emi Electrola GmbH, C-92/92 and C-326/92, paragraphs 29-33, http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search (accessed 29 March 2010)

which of the norms takes precedence over the other, if we do not establish in the first place that both of them produce legal effects in that judicial system²².

This does not mean we are applying a forced harmonization by precluding the national norms any time they look apparently incompatible with the Community norms. The harmonization has never meant precluding the national law and the mandatory enforcement of the Community legal provisions.

In the field of the intellectual rights protection the Court of Justice has given rulings that have indirectly shown the fact that harmonization does not necessarily mean uniformity and the existence of specific national norms does not necessarily mean that they are conflicting with the community norms.

In the case C-518/08, the Tribunal of “grande instance” from Paris has referred a preliminary question to the Court of Justice, after having been faced with a litigation between Fundacio Gala-Salvador Dali and Visual Entidad de Gestion de Artistas Plasticos (VEGAP) versus Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques (ADAGP). The subject of the suit was the royalties paid by ADAGP to the heirs and those under the artist Salvador Dali; this was contested by the Foundation Gala-Salvador Dali, in its capacity of legatee of the artist, arguing that these royalties should have been paid to the foundation and not to the artist’s collateral heirs. The argument of the Foundation and of its legal agent, VEGAP, was that due to the fact that Salvador Dali had died in Spain, the succession on the artist’s movables had to be governed by Spanish law, in accordance with the Spanish norms and with the French norms on conflicting laws. On the other side, according to French law, the royalties for Dali’s works, for the resale in France, go only to the legal heirs of the artist, and not to the legatees, the category where the Foundation Gala-Salvador Dali falls into.

This dispute has forced the French court to refer a question to the Court of Justice asking whether the limitation of the resale beneficiaries to the legal heirs in the French law is consistent with the Community law, under the current circumstances when the Directive 2001/84/CE has been adopted and the resale right goes to the author of an original work of art or to the owners of such work; the terms of the Directive are not clear but seem implicitly at the discretion of the Member States by means of their national laws.

The advocate general Eleanor Sharpston asked the Court of Justice, in her conclusions dated December 17, 2009, to answer the preliminary question referred by the French court - as the Directive 2001/84/CE does not ban the national provisions on succession, and the goal of the Directive is just to avoid bringing damages to competition within the Internal Market - by granting a resale right on the European Union territory²³. It is true that we cannot foresee the decision the Court of Justice shall make in this case, but the arguments brought by the advocate general seem to be in agreement with the prior case-law of the Court of Justice in the field of intellectual rights.

In this matter we can quote case 158/86, Warner Brothers and Metronome versus Erik Viuff Christiansen, in which the legal solution was not only to follow the national law, but also to allow the national court to maintain and enforce it even if the national law infringes the provisions of the EEC Treaty on the free movement of goods included in Article 30.

The preliminary question was referred by the court Østre Landsret in Copenhagen, who wanted to know whether the national law on copyright in video-cassette hiring was compatible with the free movement of goods. More precisely, the national court wanted to know to what extent the national law can give the author the competence to authorise the video-cassettes hiring-out, when these video-cassettes have already been circulated under his consent in another Member

²² Tudorel Ștefan and Beatrice Andreșan-Grigoriu, *Community Law*, (Bucharest, Publishing House CH Beck, 2007), 203

²³ The Site of the Court of Justice of the European Communities, Conclusions of the Advocate General Eleanor Sharpston on 17 December 2009, Fundacio Gala-Salvador Dali and VEGAP versus ADAGP and others, C-518/08, paragraphs 65 and 71

<http://curia.europa.eu/jurisp/> Rechercher (accessed 29 March 2010)

State, whose legislation allows the author to control the initial sale but does not allow him the right to prohibit the hiring-out of the video-cassette²⁴.

This question of the national court was caused by the litigation between Warner Brothers (hereinafter named "Warner") and Metronome Video (hereinafter named, "Metronome") versus Mister Erik Viuff Christiansen.

Warner Brothers, the rightful owner of the copyright on the feature film "Never say never again" produced in the United Kingdom and Metronome, in its capacity of assignee of the video production rights on the film in Denmark, rights assigned by Warner Brothers, prohibited Mr. Christiansen to hire-out this videocassette in Denmark within his hire-out shop, although Mr. Christiansen had legally imported the video-cassette from Great Britain. This was possible because the Danish law allows the author or producer of a work to deny the hiring-out of the video-grams of this work as long as he has not given an authorization in this scope.

The Court of Justice has held that the answer should not be other than positive, as, although a quantitative restriction is prohibited by art. 30 of the EEC Treaty, the national law is justified by grounds of protection on the industrial and commercial property, in the meaning of art. 36 of the EEC Treaty, and the term of industrial and commercial property includes the literary and artistic property. In this case the Court of Justice quoted the case Coditel 262/81, which had been solved before and which had debated the same problem of allowing restrictions to the principle of free movement of goods. Both cases had been justified by the protection of industrial, commercial, literary and artistic property.

In both cases the Court of Justice ruled that the national law can derogate from the principle of free movement of goods, upheld by the EEC Treaty, if this is to secure an adequate protection of copyright.

In the Warner Brothers case, the court considered that a proper remuneration of the authors of the film cannot be achieved only from the sale market and that they have the right to a remuneration that is equivalent to the number of the performed hiring²⁵, a remuneration that is granted by the national law of certain states and is fully applicable, as it is not conflicting with art. 30 and 36 of the EEC Treaty.

In this case the Court has given a favourable opinion on the rights to hire out and distribute, rights which do not extinguish in the same way as other rights - that is from the moment of the initial sale²⁶.

The conclusion of the Court was that "Articles 30 and 36 of the treaty are not conflicting with the national law that confers the author the right to subject the video-cassette hiring to his authorization, when these video-cassettes have already been put into circulation with his consent in another Member State, whose legislation allows the author to control the initial sale without giving him the right to prohibit the hiring-out".

The fact that the owner of the cinematographic work has chosen to market his work in a Member State, which does not recognize his exclusive right on the hire-out cannot exhaust his right to prohibit the hire-out of his work in another Member State, which admits this exclusive right, because this would empty the specific hire-out right of its whole content provided by the law

²⁴© European Union, <http://eur-lex.europa.eu/>, the Ruling of 17 May 1988, Warner Brothers Inc. and Metronome Video ApS versus Erik Viuff Christiansen, C-158/86 , paragraph 8

http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1986&T3=158&RechType=RECH_naturel&Submit=C%C4%83utare (accessed 29 March 2010)

²⁵ © European Union, <http://eur-lex.europa.eu/>, the Ruling of 17 May 1988, Warner Brothers Inc. and Metronome Video ApS versus Erik Viuff Christiansen, C-158/86 , paragraph 15

http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1986&T3=158&RechType=RECH_naturel&Submit=C%C4%83utare (accessed 29 March 2010)

²⁶ Tudorel Ștefan and Beatrice Andreșan-Grigoriu, *Community Law*,(Bucharest, Publishing House CH Beck, 2007), 676

of the state that recognizes it²⁷.

The same conclusion was held by the Court of Justice in case 341/87, opposing Emi Electrola GmbH and Patricia Im, Lune-ton and others regarding the copyright on musical works. Again, the Court ruled that "Articles 30 and 36 of the Treaty must be interpreted as not precluding the application of a Member State's legislation which allows a producer of sound recordings in that Member State to rely on the exclusive rights to reproduce and distribute certain musical works of which he is the owner in order to prohibit the sale, in the territory of that Member State, of sound recordings of the same musical works when those recordings are imported from another Member State in which they were lawfully marketed without the consent of the aforesaid owner or his licensee and in which the producer of those recordings had enjoyed protection which has in the mean time expired"²⁸.

In this case Emi Electrola GmbH, assignee of exclusive sale rights, on the German territory, on the media containing recordings of musical works of a well-known British singer, asked the national German court to prohibit other two German companies, Patricia Im – und Export and Lune-Ton, the right to market, on the German soil, sound recordings imported from Denmark which included some of the musical works Emi Electrola had exclusive rights on. Patricia Im – und Export and Lune-Ton invoked the legal marketing of the sound recordings in Denmark, because, according to the Danish law, the protection time limit for the author's exclusive rights had already expired. The German national law held that the applicable law was the German law which gave protection to the exclusive rights of the author, but referred the following question to the Court of Justice: does the import prohibition of the sound recordings infringe the right to free movement of the goods, as provided by art. 30 and the following articles of the EEC Treaty?

The Court of Justice, relying on its prior case-law, that is case Musik-Vertrieb membran 55 and 57/80, held that the free movement of goods principle would have been infringed only if the owner of copyright or the licence beneficiary had introduced the recordings legally on the market of another Member State, a situation that did not happen, this being a case of protection time limit expiry.

In all these cases the protection of copyright and related rights had precedence over the principle of free movement of goods, on condition that these rights existed and fulfilled all conditions in order to be protected, and the owner of these rights had not done any act or deed that could exclude him from under protection.

In cases where the protected intellectual property right was exerted abusively, the Court of Justice did not hesitate to give precedence to the free movement of goods. Such a ruling was given in case 55 and 57/80 Musik-Vertrieb membran, when the Court of Justice, by its Ruling of 20 January 1981, came to the conclusion that " a copyright owner may not rely on the exclusive exploitation right conferred by copyright to prevent or restrict the importation of sound recordings which have been lawfully marketed in another Member State by the owner himself or with his consent"²⁹.

²⁷ © European Union, <http://eur-lex.europa.eu/>, the Ruling of 17 May 1988, Warner Brothers Inc. and Metronome Video ApS versus Erik Viuff Christiansen, C-158/86 , paragraphs 17 and 18

http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1986&T3=158&RechType=RECH_naturel&Submit=C%C4%83utare (accessed 29 March 2010)

²⁸ © European Union, <http://eur-lex.europa.eu/> , the Ruling of 24 January 1989, EMI Electrola GmbH versus Patricia Im- und Export and others, C-341/87, conclusion of the Court,

http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1987&T3=341&RechType=RECH_naturel&Submit=C%C4%83utare (accessed 29 March 2010)

²⁹ © European Union, <http://eur-lex.europa.eu/>, the Ruling of 24 January 1989, EMI Electrola GmbH versus Patricia Im- und Export and others, C-341/87, paragraph 9,

http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1987&T3=341&RechType=RECH_naturel&Submit=C%C4%83utare (accessed 29 March 2010)

In other words, the Court of Justice meant to protect copyright and related rights by relying on and applying the Community provisions regulating these rights – where such rights were not protected properly or equally or their nature could harm the functioning of the Common Market – and gave precedence to national laws as long as they, even in cases of infringement upon the provisions of the European Treaties, granted the protection of the intellectual and industrial property rights, with an end to obtain the necessary income for the support and payment of creative work.

However, many of the preliminary questions referred by national courts highlighted the necessity to legally intervene at the European level in order to achieve a direct, effective and immediate harmonization of the national laws in domains in which the case-law of the Court could not operate and in which the preliminary rulings could not solve efficiently the national regulating differences.

Sometimes, the preliminary questions themselves and the rulings of the European Union Court of Justice have represented the driving force to push the adoption of the harmonization Directives, such as the Decision of 20 October 1993 of the Court, given in the related cases C-92/92 and C-326/92 *Phil Collins and others*, which triggered explicit mentions in paragraph 6 of the Directive 2001/84/CE on the resale right to the benefit of the author of an original art work, provisions which we are quoting in the following, and which do not need any supplementary comment:

“The Bern Convention for the protection of literary and artistic works provides that the resale right (*droit de suite*) is valid only if it is allowed by the national law of the state of which the author in question is a citizen. Therefore, this right is optional, subject to the rule of reciprocity. From the case-law of the Court of Justice of the European Communities on the enforcement of the non-discrimination principle provided by art. 12 of the Treaty, as it appears in the Decision of 20 October 1993 in the related cases C-92/92 and C-326/92 *Phil Collins and others*, it results that the internal rulings which contain reciprocity clauses cannot be relied on to deny the nationals of other Member States the rights granted to their own nationals. The enforcement of such clauses in a Community context is contrary to the equal footing principle, which results from the rejection of any discrimination on grounds of national appurtenance”.

In the related cases C-92/92 and C-326/92, both the Rome Convention and the Bern Convention could not apply, because, firstly, the United States, the state in which Phil Collins had performed, had not adhered to the Rome Convention, and secondly, because the Bern Convention addressed only the copyright problem but did not include the related rights in its provisions; also, the Rome Convention could not be applied retroactively to the performance of the singer Cliff Richard between 1958 and 1959, the Convention being non-retroactive³⁰; the only way to protect copyright and the related rights was the jurisprudence of the Court of Justice and the enactment of the principle of non-discrimination on grounds of nationality, consecrated by art. 7 first paragraph of the EEC Treaty (which later became art. 12).

In this way, the Court of Justice expressed its conviction that the differences among national laws and the fact that not all Member States had adhered to the international conventions in this field could not determine the lack of protection over the intellectual property rights.

The adoption of the European Directives has allowed the development of harmonized regulations at the Union level and the protection of the intellectual property rights, but it also marked the development of a new case-law of the Court of Justice, as a result of the questions referred by the national courts on the interpretation of the directives. The scope of harmonization was frequently mentioned explicitly in the content of the Directives.

³⁰ © European Union, <http://eur-lex.europa.eu/>, Ruling of 20 Octobre 1993, *Phil Collins versus Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im versus Emi Electrola GmbH*, C-92/92 and C-326/92, paragraphs 5 and 9, http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search (accessed 29 March 2010).

In other words, the harmonization in the protection of intellectual property rights could not be entirely achieved because the terms used in the Directives had not been defined explicitly.

This aspect, the necessity to adopt a „common dictionary”, became obvious while enforcing the Directives and after their assimilation into the national laws of the Member States, who frequently interpreted either the provisions of the Directives or their terms, which were not defined in agreement with each national law.

Again, it was the role of the Court of Justice to interpret the new Community rules and to finalize the legislative harmonization, using its case-law and developing new principles for the community law.

One of the new principles developed by the Court of Justice was „the principle of harmonious interpretation” in the sense that the Member States have the obligation to interpret national law in agreement with the directives, but after the implementation time limit of the directive has expired³¹. This rule was later extended, meaning that the national law of the states had to be interpreted not only according to the directives but also in compliance with the general principles of the Community law.

Consequently, in the case C-275/06, *Promusicae versus Telefonica de Espana*, the Spanish court referred a preliminary question to the Court of Justice, in which it requested a clarification of the Community law and especially the provisions of: Directive 2000/31/CE on certain legal aspects of the services provided by the information society, especially of the electronic commerce, on the internal market, Directive 2001/29 /CE on the harmonization of certain aspects of copyright and of the related rights in the IT environment and Directive 2004/48/CE on the observance of the intellectual property rights, corroborated with article 17 and 47 of the Charta, which must be interpreted in a way that can ensure the efficient protection of copyright and meet the obligation to disclose personal data in cases addressed to civil courts. The question of the national court sprang out of a dispute in which *Promusicae*, a non profit association of music recording producers and editors requested *Telefonica* company to disclose the identity and addresses of the persons who were being provided internet services and who infringed the intellectual property rights when using the “peer to peer”, application which enabled the exchange of phonogram files. *Telefonica* contested the ordinance of the court that had allowed the preliminary measures and held that personal data could be made available only within a criminal investigation in compliance with the national law, and that the provisions of Directive 2004/48/CE on the observance of intellectual property rights do not impose the Member States to disclose the personal data within a civil judicial procedure.

The Court of Justice did not accept this argument and held that “the authorities and courts of the Member States must not only interpret their national law in a manner consistent with those directives but also make sure that they do not rely on an interpretation of them which would be in conflict with those fundamental rights or with the other general principles of Community law, such as the principle of proportionality”³².

This principle of proportionality was initially consecrated by the provisions of art.5 of the EEC Treaty and „stipulated that the action of the Community should not exceed what seems necessary in attaining the goals of the Treaty (...). Usually, there are three alternatives in the analysis on the observance of the proportionality principle: the measure is adequate for the expected result, the measure is necessary for the expected result, the measure imposes an excessive

³¹ Paul Craig and Grainne de Burca *European Union Law, Comments, Case-law and Doctrine*, Edition IV, (Bucharest, Publishing House Hamangiu, 2009), 358 and 362

³² The Site of the Court of Justice of the European Communities. The Ruling of 29 January 2008, *Promusicae versus Telefonica de Espana*, C-275/06, paragraph 68 <http://curia.europa.eu/jurisp/Rechercher> (accessed 29 March 2010)

burden in comparison with the expected result³³.

Consequently, in this case, the Community court held that, even if the Member States are not compelled to legally provide for the obligation of their citizens to disclose personal data for the effective protection of copyright within a civil procedure, based on the grounds included in Directive 2000/31/CE on certain judicial aspects of the services provided by information societies, Directive 2001/29/CE on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights within the information society, Directive 2004/48/CE on the observance of intellectual property rights and Directive 2002/58/CE on the processing of personal data and the protection of confidentiality in electronic communications, this legal goal should have been achieved by each Member State through its authorities. This obligation imposed on the Member State is meant to ensure the protection of intellectual property rights because this is the finality and the goal sought by the Directives, even if this goal restrains the privacy and confidentiality of personal data, a measure that is allowed by art. 13 paragraph 1 of Directive 95/46/CE on the protection of physical persons while processing personal data and of the free movement of this data.

Our conclusion is that a right cannot be protected detrimental to another right, and that the legal protection of the right ceases at the moment of the protected right's infringement, in our case the protected right being the intellectual property right.

Finally, at the EU level, this is the goal of the legislative harmonisation in the field of intellectual property rights, to ensure a high degree of protection to these rights. This is also the opinion of advocate general Verica Trstenjak who presided the Court of Justice proceedings in case C-5/08, Infopaq International versus Danske Dagblades Forening, an opinion which holds that „every harmonisation of copyright and related rights must aim at a high level of protection, as these rights are essential for the intellectual work”.

The need to secure a high level of protection led to a sanction in the case of Ireland, Case C-175/05, the European Communities Commission versus Ireland, due to the fact that, in transposing Directive 92/100/EEC, Ireland had infringed the provisions of Article 5 on the wavers from the exclusive right to public hiring which the states had to lay down in their national laws in order to transpose the Directive.

Ireland was found guilty of art. 5 infringement, in the sense that Ireland had provided in its national law that all public places where art works protected by copyright and related rights were being hired out, were exonerated from remuneration payment. The sanction imposed on Ireland brought again into focus the interpretation of the terms used in the Directives in the sense of the law principle: *exceptio est strictissimae interpretationis*, well-known to the European states. Consequently, the Court of Justice ruled that the Directive should be interpreted restrictively ...and that, in interpreting a provision of the Community law, it is necessary to take into consideration not only the strict words but also the context in which they are used and the goals that are being aimed at in these provisions of which these exceptions are part³⁴.

The interpretation of the terms used in the Directives was also the subject of a preliminary ruling in case C-306/05, Sociedad General de Autores y Editores de Espana (SGAE) versus Rafael Hoteles SA, where the reference was made by Audiencia Provincial de Barcelona (Spain). The national court referred, especially in the text of the first and third preliminary questions, the issue of signal distribution through the TV sets mounted in hotel rooms to the benefit of the clients, even when the clients do not use the said sets and consequently do not receive the copyright protected works; the question was whether this could be deemed as an act of public communication³⁵ in the

³³ Paul Craig and Grainne de Burca *European Union Law, Comments, Case-law and Doctrine*, Edition IV, (Bucharest, Publishing House Hamangiu, 2009), 681

³⁴ The Site of the Court of Justice of the European Communities, the Ruling of 11 January 2007, paragraphs 19 and 26, <http://curia.europa.eu/jurisp/Rechercher> (accessed 29 March 2010)

³⁵ Florin Ciutacu, *Intellectual Property Right. Copyright. Industrial Property Right. Case-law Collection. Contract Models*, (Bucharest, Publishing House Themis Cart, 2008), 33

sense of art. 3 of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects related to copyright and related rights within the information society.

Considering its case-law and the arguments invoked in similar cases, the Court underlined again that the interpretation of the Community legal provisions could be done only within the context in which the terms had been used and in relation to the goals of those Community norms.

The Court of Justice held that the terms used in the Directive had to be interpreted in a wide/general sense and in accordance with the stated goal of the Directive which provides a high protection of the authors of protected works, helping them to obtain an equitable royalty for the use of their works during their transmission to the public.³⁶ As shown before³⁷, due to the lack of definitions in the Community law, the term “public” cannot be reduced to the different interpretations given by the national laws of the Member States.

However, the Court of Justice did not protect the intellectual property rights in any possible way and to any extent, but only in cases where the exercise of these rights observed the community procedures in this matter, a condition that could give a horizontal direct effect to certain national provisions which apply the Directive in question.

In case C-20/05, the criminal procedure against Karl Josef Wilhelm Schwibbert, the Court of Justice was interrogated by the Italian national court in connection with the interpretation of Directive 98/34/EC on the establishment of a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations. The Italian national court was referred to in the criminal proceedings brought against the legal representative of K.J.W.S, Mr. Schwibbert, in which he was charged with holding compact discs (CD's) containing reproductions of certain paintings and which did not bear the distinctive sign of “SIAE” as a means of national authentication and guaranty, which would make it easy to identify a legal product from a pirate product. The question of the national court was whether this distinctive sign should be interpreted as “technical regulation” in agreement with the provisions of art.1 of Directive 98/34/EC, a Directive which has provided a coding for Directive 83/189/EEC. Directive 98/34, and its articles 8 and 9, have imposed on the Member States the obligation to communicate the EEC Commission their draft technical regulations, so that the Commission could verify their consistency with the Community law, especially with the free movement of goods.

After having ruled that the distinctive sign „SIAE” is a technical specification in the sense of art.1 paragraph 3 of Directive 98/34, the Court of Justice held that this technical specification had not been communicated to the Commission, so that it could not be opposable to private persons, Mr. Schwibbert included, because the failure to communicate was deemed as a failure of procedure in adopting the said technical standard.

The apparently valid conclusion after the analysis on these cases is that, whenever the invoked provisions are related to the owners of copyright and related rights, these rights must be interpreted in a wide sense in order to provide an extended protection and greater advantages, either on grounds of Community provisions or on grounds of a more favourable national law. On the contrary, whenever the courts have to interpret an action of restriction on the intellectual property rights, this restriction should be reduced and applied strictly to the cases that are expressly described in Community norms. Until now, the jurisprudence of the Court of Justice seems to have confirmed this conclusion.

Assessing the access of the national courts to the judgement of the EU Court of Justice, by referring preliminary questions, we can notice that this procedure operates under very strict rules;

³⁶ The Site of the Court of Justice of the European Communities, Ruling of 7 December 2006, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SAC-306/05, C-306/05*, paragraph 36, <http://curia.europa.eu/jurisp/Rechercher> (accessed 29 March 2010)

³⁷ Florin Ciutacu, *Intellectual Property Right.Copyright.Industrial Property Right.Case-law Collection.Contract Models*, (Bucharest,Publishing House Themis Cart, 2008), 33

unless observed, these rules can cause the sanction and rejection of the preliminary question referred by the national judges and hence the impossibility of the Court of Justice to fulfil its role stipulated in the constitutive Treaties.

The relevant case-law in the protection of intellectual property rights is not exceedingly vast, as, on one hand, the national courts may but are not obliged to refer preliminary questions to the Court of Justice, with the exception when their decision is no longer attacked with appeal in compliance with the domestic law, a case in which the reference to the Court by asking preliminary questions becomes imperative. On the other hand, the Community directives in this field allowed the direct harmonisation of the national law provisions of Member States in the field of intellectual property rights.

However this has not eliminated the necessity of national courts to interpret the Community provisions, a circumstance which has implied and will still imply the reference to the Court of Justice proceedings.

In its reference to the Court of Justice by the procedure of preliminary questions, the national court must observe a minimum of conditions in order to allow the European Court to exercise its role of interpretation of the Community provisions.

Trying to act in a non-rigid and non-formal manner, the Court of Justice of the European Union has repeatedly asked the national courts to refer clear, precise and complete questions, in as much as to be able to understand and correct the inadequately expressed questions and to extract from such questions those elements that can lead to the interpretation of Community norms, without altering the substance of the referred questions³⁸.

However sometimes, when the national courts do not fulfil their obligations related to the referring of relevant preliminary questions, the Court of Justice was in the position to reject the questions referred by the national courts without analyzing them on the merits of the case, and declaring them inadmissible, in compliance with the Statute of the Court of Justice of the European Union.

In case C-20/05, dealing with a request to pronounce a preliminary ruling on grounds of art. 234 EC referred by Tribunale civile e penale di Forli (Italy) in the criminal proceedings against Karl Josef Wilhelm Schwibbert, the Court of Justice had to reject the question of the national court related to the interpretation of art. 3 CE, 23 CE-27 CE and of Directive 92/100/EEC, because "the reference decision does not supply the necessary information so that the Court would be able to offer a useful answer to the national court". The Court of Justice holds that „according to the case-law of the Court, it is mandatory that the national court should offer a minimal explanation in relation to the grounds which led it to the selection of the Community provisions whose interpretation has been requested and the relation, as seen by the court, between these provisions and the applicable national law”, and „as for the information on the national legal framework, the reference does not offer the Court sufficient details as to the characteristics of the financial steps that should be taken for legally obtaining the distinctive sign of «SIAE», in order to determine whether these financial actions will be under the form of a customs tax or an equivalent tax; nor can the Court estimate if Directive 92/100/EC is conflicting with such national provisions”.

Another reason for inadmissibility was encountered in the same case on the interpretation of Directive 2001/29/EC, as the Court of Justice held that „the events which originated the dispute in the main proceedings took place in February 2000, a date when the said Directive had not been adopted. Hence, the preliminary question referring to the interpretation of Directive 2001/29, becomes inadmissible”. The question was related to the Directive of the European Parliament and of the Council of March 22, 2001 on the harmonisation of certain aspects regarding copyright and related rights within the information society, which had been operating when it was published in

³⁸ Paul Craig and Grainne de Burca, *European Union Law, Comments, Case-law and Doctrine*, Edition IV, (Bucharest, Publishing House Hamangiu, 2009), 604-614

the Official Journal of the European Communities, according to art. 14. The Directive was published in JO L 167 on 22.06.2001. Consequently, the Court of Justice could not pronounce itself on the incidence of the Directive (in compliance with the principle of non-retroactivity) as long as the directive had not been transposed in the domestic legislation of the national court who had referred the preliminary question, and had not even entered into force before its publication and when the events had happened.

The limitations on the Court's possibility to rule depend on a temporal aspect combined with an aspect related to the accession of the candidate state that refers a preliminary question to the Court of the European Union.

When the events which are the subject of litigation before the national court take place before the accession of a candidate state to the European Union, the Court of Justice clearly expresses its point of view saying that it cannot interpret the Directive until after the moment of the EU accession, even if the state has transposed the Directive into the national law prior to its accession³⁹.

However, the Court of Justice of the European Union has stipulated that its decisions do not become effective from the date when they are pronounced, their effect being also retroactive and applying to judicial issues that occurred before the preliminary ruling⁴⁰.

As for the direct effect of the Treaties and especially of art. 141 of the European Community Treaty, the Court has answered that art. 141 takes direct effect upon the transition period expiry, respectively on 1 January 1962 for the founding Member States, and on the enactment date of the accession treaties for the other member states⁴¹.

It is from this perspective of the application *ratione temporis* of the Community law that the advocate general Eleanor Sharpston answered the preliminary questions referred in case C-518/08, Fundacio Gala-Salvador Dali and Visual Entidad de Gestion de Artistas Plasticos (VEGAP) versus Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques (ADAGP). The advocate general held that, due to the fact that Directive 2001/84/EC on the intellectual property rights, which was applicable in the case, had to be transposed by the Member States into their own national laws until 1 January 2006, according to Article 12 of the directive, "the interpretation of the directive would be relevant only for the period starting with 1 January 2006".

Underlying the obligation of the states not to adopt measures that could compromise the targeted goal of the adopted directives during the period of their transposition, the conclusions of the advocate general were that "national courts are obliged to interpret domestic law in compliance with a directive only once the period for its transposition has expired"⁴².

Related to the protection period, one of the limits laid down by the Community law is connected to the protection of nationals of third party states and the duration of the protection under the conditions of the transposition of the Directive 93/98/EEC on the harmonisation of the protection period for copyright and certain related rights. The harmonisation of the protection periods at the Community level has considered and observed the obligations undertaken by the states or by the Community within their international treaties, and the protection periods which were longer than the ones provided in the Directive and which had already taken effect before the

³⁹ Tudorel Ștefan și Beatrice Andreșan-Grigoriu, *Community Law*, (Bucharest, Publishing House CH Beck, 2007), 293 Adina Vlășceanu and Tudorel Ștefan, Alina Nicoleta Vlășceanu *Preliminary Ruling Proceeding. CJEC Rulings Collection* (Bucharest, Publishing House Hamangiu, 2009), 16-22

⁴⁰ Tudorel Ștefan and Beatrice Andreșan-Grigoriu, *Community Law*, (Bucharest, Publishing House CH Beck, 2007), 291, Case C-402/03 Skov Aeg c. Bilka

⁴¹ Tudorel Ștefan and Beatrice Andreșan-Grigoriu, *Community Law*, (Bucharest, Publishing House CH Beck, 2007), 290, Case 43/75 Gabrielle Defrenne c. Societe anonyme belge de navigation aerienne Sabena

⁴² The Site of the Court of Justice of the European Communities, the Conclusions of Advocate General Eleanor Sharpston on 17 December 2009, Fundacio Gala-Salvador Dali and VEGAP versus ADAGP and others, C-518/08, paragraphs 42-45, <http://curia.europa.eu/juris/p/Rechercher> (accessed 29 March 2010)

date of the transposition of the Directive, 1 July 1995.

Directive 93/98/EEC speaks in art. 7 of the authors and right owners who are not nationals of the Community, on condition that the Member States agree to give them protection. On the other hand, in art.10 the second directive speaks about the applicability of the protection periods given by the directive “to all works and objects which on the date provided in art. 13 paragraph 1 [date of the transposition of the Directive, 1 July 1995] are protected by at least one Member State with the help of its national provisions on copyright and related rights or which meet the protection criteria included in Directive 92/100/EC”.

The protection duration generated many preliminary questions coming from the national courts which had confronted themselves with the enforcement of the Directive.

An example is offered by the German Appeal Court in case C-240/07, Sony Music Entertainment GmbH versus Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH, where the court considered that the solution to the appeal depended on the interpretation of art. 10 paragraph 2 of Directive 93/98/EEC; it was mandatory for the court, on grounds of art. 226 provisions of the Treaty, to refer this preliminary question to the Court of Justice on the interpretation of Article 10.

The dispute before the German court was between Sony Music Entertainment (Germany) GmbH, the German subsidiary of the well-known multinational company and Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH. The Sony subsidiary, in its capacity of owner of Bob Dylan’s phonogram distribution and reproduction rights, requested the German court to prohibit Falcon to reproduce or/and to allow the reproduction and distribution of the phonograms „Bob Dylan – Blowin in the Wind” and „Bob Dylan - Gates of Eden” on the German territory. The phonograms reproduced and distributed by Falcon included several titles from the albums „Bob-Dylan Bringing It All Back Home”, ”The Times They Are A Changin” and „ Highway 61 revisited”, which had been published in USA before 1 January 1966. Falcon asked the court to repel the action, arguing that no German phonogram producer had owned rights on the albums recorded by Bob Dylan in the US, before 1 January 1966, albums out of which certain songs were being reproduced and distributed by Falcon on the German territory.

The first German court rejected the action referred by Sony stating that the copyright protection granted by the Convention on the protection of phonogram producers against the unauthorized reproduction of their phonograms, adopted in Geneva on 29 October 1971, currently in effect in Germany and in the US, could apply only to activities performed after 1 January 1966. In this case the provisions of the international convention were not applicable. The main proceedings court considered that the recordings produced before 1 January 1966 could neither be protected on the grounds of the transitory provisions of the German law on the transposition of Directive 93/98, because the phonograms produced before 1 January 1966 had never been protected in Germany, whose national law on copyright and related rights had become effective on 9 September 1965.

The German Appeal Court referred two preliminary questions to the Court of Justice, in which it asked the Court of Justice to establish if the protection period stipulated by art. 10 paragraph 2 of Directive 93/98 also applies to objects that have never been protected in the Member State where the protection was required and if the national provisions addressed by art. 10 paragraph 2 of the Directive also included the provisions on the protection of owners of copyright related rights who were not nationals of the Community⁴³.

As stated in the provisions of the directive and underlined by the Court of justice of the European Union, the mandatory condition for the application of the directive is that the work should have been protected on 1 July 1995, the date of the coming into force of the German law of

⁴³ The Site of the Court of Justice of the European Communities, the Ruling of 20.01.2009, Sony Music Entertainment GmbH versus Falcon Neue medien Vertrieb GmbH, Case C-240/07, paragraphs 20 și 26, <http://curia.europa.eu/juris/ Rechercher> (accessed 29 March 2010)

transposition of the Directive within at least one Member State, indifferent of the nationality or the citizenship of the copyright related rights owner, regarding this work or object, therefore valid and applicable also for the nationals of third-party states⁴⁴.

The Court of Justice precluded the confusion of the national court, ruling that the provisions of art. 10 paragraph 2 of the Directive on the protected work within at least one Member State, which fall under the national provisions on copyright and related rights, had to be extended and applicable in any Member State and not only in the state where this right protection had been invoked.

Again, this interpretation of the Court was meant to secure the harmonized protection of copyright and related rights in a consistent manner at the EU level, in order to be able to fulfil the goals of Directive 93/98, that is to establish the same starting point for the calculation of the protection duration of copyright related rights and the same protection periods for these rights on the whole territory of the Community, in order to enable the good functioning of the Internal Market⁴⁵.

In case C-240/07, Sony Music Entertainment (Germany) GmbH versus Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH, considering the above judgement of the Court of Justice and taking into account the fact that the phonograms „Bob-Dylan Bringing It All Back Home”, „The Times They Are A Changin” and „Highway 61 revisited” had been protected before 1 January 1966 in the United Kingdom, the Court of Justice concluded that these phonograms could be deemed as protected also in Germany, a state where the protection had been invoked by the artist’s right owner. Under such conditions, the Court of Justice said that the provisions of art. 7 paragraph 2 of Directive 93/98 were not applicable in this case, but the provisions of art. 10 paragraph 2 could be applied because the phonograms containing recordings of Bob Dylan had been protected in a Member State – the United Kingdom- at the limit date for the transposition of the Directive in the national law of the Member States, that is on 1 July 1995. In conclusion, the Court ruled that these phonograms should be protected on the German territory as well, due to the fact that the protection conditions of Directive 93/98 were met by the right owner of artistic work who was a national of a third state.

Conclusions

The harmonization of the national laws in matters of intellectual property rights aims at the final goal of the European construction, namely the functioning of the Common Market, by overriding all barriers that could jeopardize its functioning but recognizing the freedom of the member states to choose their means and ways for the protection of these rights. The freedom of states is limited to the observance and the free-will transposition of the Community provisions into their domestic law, as a minimal protection level for the intellectual property rights; however, the Member States can achieve an even higher level of protection within the framework of their domestic legislation.

For a better future, it rests in the hands of the European Union, in its capacity of legal subject granted with full legal status and rights by the provisions of the Treaty of Lisbon, to extend the intellectual property right protection, inclusively by concluding and ratifying new international treaties in this field.

⁴⁴ The Site of the Court of Justice of the European Communities, Ruling of 20.01.2009, Sony Music Entertainment GmbH versus Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH, Case C-240/07, paragraphs 29-34, <http://curia.europa.eu/jurisp/Rechercher> (accessed 29 March 2010)

⁴⁵ The Site of the Court of Justice of the European Communities, Ruling of 20.01.2009, Sony Music Entertainment GmbH versus Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH, Case C-240/07, paragraph 34, <http://curia.europa.eu/jurisp/Rechercher> (accessed 29 March 2010)

References

1. Stelian Scăunaș, *European Union. Construction. Reform. Institutions. Law*, Bucharest, Publishing House CH Beck, 2008
2. Ion Jinga, *Treaty of Lisbon: A Solution or a Stage of the Institutional Reform of the European Union?*, Community Law Magazine 1, 2008
3. Brândușa Ștefănescu, *Prejudicial Reference before the Court of Justice of the European Community*, Community Law Magazine 1, 2003
4. Paul Craig and Grainne de Burca *European Union Law, Comments, Case-law and Doctrine*, Edition IV, Bucharest, Publishing House Hamangiu, 2009
5. Tudorel Ștefan and Beatrice Andreșan-Grigoriu, *Community Law*, Bucharest, Publishing House CH Beck, 2007
6. Adina Vlăsceanu and Tudorel Ștefan, Alina Nicoleta Vlăsceanu *Preliminary Ruling Proceeding. CJEC Rulings Collection*, Bucharest, Publishing House Hamangiu, 2009
7. Florin Ciutacu, *Intellectual Property Right. Copyright. Industrial Property Right. Case-law Collection. Contract Models*, Bucharest, Publishing House Themis Cart, 2008
8. The Site of the Court of Justice of the European Communities, <http://curia.europa.eu/>
9. European Union, <http://eur-lex.europa.eu/>
10. EU official Site, <http://europa.eu/>.

ROLUL CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE ÎN ARMONIZAREA OCROTIRII DREPTURILOR DE PROPRIETATE INTELECTUALĂ DE CĂTRE STATELE MEMBRE

AURA IVAN-DUMITRESCU*

Abstract

Lucrarea își propune să analizeze modul în care jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene în materia drepturilor de proprietate intelectuală a contribuit la asigurarea unui grad înalt de protecție a acestor drepturi și a permis armonizarea nivelului de protecție a acestor drepturi pe întreg teritoriul Uniunii Europene, cu consecința impulsivării procesului legislativ comunitar de adoptare a Directivelor comunitare uniforme în domeniul proprietății intelectuale.

Keywords - CJUE, jurisprudență, armonizare, proprietate intelectuală

Introduction

Lucrarea se focalizează asupra jurisprudenței relevante a Curții de Justiție a Uniunii Europene în domeniul proprietății intelectuale, pentru a stabili rolul pe care această instanță europeană l-a avut și îl are în armonizarea protecției drepturilor de proprietate intelectuală, precum și căile prin care instanțele naționale pot asigura un nivel ridicat și uniform al acestei protecții în cauzele pe care sunt investite să le soluționeze.

Pentru a atinge acest deziderat, vom analiza modul în care procedura hotărârilor preliminare și, într-o mai mică măsură, procedura în constatarea neîndeplinirii obligațiilor ce revin statelor membre, ca proceduri aflate în competența Curții de Justiție a Uniunii Europene, au contribuit, alături de legislațiile naționale ale statelor membre UE și de tratatele internaționale în domeniu, la creșterea nivelului de protecție și la armonizarea protecției drepturilor de proprietate intelectuală la nivelul Uniunii Europene.

Lucrarea apelează la literatura de specialitate din domeniul dreptului comunitar și exploatează jurisprudența relevantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene în domeniul proprietății intelectuale, exemplificând modul în care aceasta, în scopul funcționării Pieței Unice și a asigurării unui nivel înalt de protecție armonizată a drepturilor de proprietate intelectuală:

v. a aplicat și în domeniul proprietății intelectuale o serie de principii comunitare: principiul efectului direct și al supremației dreptului comunitar, principiul nediscriminării pe motiv de naționalitate, principiul liberei circulații a mărfurilor, permițând instanței naționale să înlăture prevederile legale contrare din legislația națională;

vi. a ocrotit drepturile de proprietate intelectuală prin intermediul aquis-ului comunitar;

vii. a asigurat o interpretare armonioasă a directivelor comunitare în domeniul proprietății intelectuale;

viii. a permis instanțelor naționale să aplice cu prioritate dreptul național față de cel comunitar, pentru a asigura recompensarea echitabilă a titularilor drepturilor de proprietate intelectuală și a drepturilor conexe.

Paper Content

Ocrotirea drepturilor de proprietate intelectuală, realizată mai întâi la nivel național și apoi, în temeiul regulii *pacta sunt servanda*, prin tratate internaționale, a cunoscut o nouă dimensiune, o

dată cu apariția și dezvoltarea dreptului Uniunii Europene¹ și a instituțiilor Uniunii Europene.

Protecția drepturilor de proprietate intelectuală s-a realizat, la nivel comunitar, prin tratatele comunitare, prin directive comunitare, dar și prin Jurisprudența Curții de Justiție a Comunității Europene, ca parte a dreptului comunitar.

Dreptul comunitar (termen imprecis care desemnează dreptul Uniunii Europene) și identificat de cele mai multe ori prin sintagma „aquis comunitar”, este „esența Uniunii și prima condiție pentru ca un stat să devină membru al acesteia este să-l accepte fără rezerve și să-l transpună în legislația sa internă”².

Din această perspectivă a aquis-ului comunitar, modalitățile de ocrotire a drepturilor de proprietate intelectuală s-au realizat pe două căi : legislativ, prin tratate și directive și judiciar, prin jurisprudența Curții de Justiție a Comunităților Europene, jurisprudență cu valoare de precedent judiciar și având caracter obligatoriu pentru toate statele membre.

Această ocrotire a drepturilor de proprietate intelectuală a urmat și ea evoluția construcției comunitare în drumul acesteia către integrarea statelor membre spre o Europă unită.

Tratatul de la Lisabona, semnat la 13 decembrie 2007 și intrat în vigoare, conform articolului 6, la 1 decembrie 2009, a fost ratificat de toate statele membre, a modificat Tratatul privind Uniunea Europeană și tratatele CE fără a le înlocui și a atribuit Uniunii o personalitate juridică unică, dându-i posibilitatea să încheie acorduri internaționale și să adere la organizații internaționale ca o singură entitate.³

Fără a schimba radical structura instituțională a Uniunii Europene și promovând aceleași valori democratice, Tratatul de la Lisabona continuă politica de armonizare între statele membre și consacră prin al doilea său Protocol aplicarea principiului subsidiarității și proporționalității.

Pe planul proprietății intelectuale, Tratatul de la Lisabona introduce în Tratatul privind Uniunea Europeană un nou articol, 97a (actualmente articolul 118 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene), prin care conferă expres Parlamentului European și Consiliului stabilirea măsurilor referitoare la „crearea de titluri europene de proprietate intelectuală pentru a asigura o protecție uniformă a drepturilor de proprietate intelectuală în Uniune, precum și la înființarea unor sisteme centralizate de autorizare, coordonare și control la nivelul Uniunii”.

Acest scop declarat prin Tratatul de la Lisabona este rezultatul unor îndelungate eforturi și încercări de armonizare cu privire la drepturile de proprietate intelectuală. Aceste eforturi anterioare s-au concretizat pe plan legislativ prin adoptarea de Directive în materie, iar pe plan jurisdicțional, prin crearea unei jurisprudențe de către Curtea de Justiție a Comunităților Europene, devenită prin Tratatul de la Lisabona, Curtea de Justiție a Uniunii Europene ca și creator principal al principiilor de interpretare a dreptului comunitar.

Deoarece unul din cele mai importante principii create de jurisprudența Curții de Justiție este principiul supremației dreptului comunitar în raport cu dreptul național, principiu aplicat și în domeniul drepturilor de autor și a drepturilor conexe, Tratatul de la Lisabona, recunoscându-i importanța, îl menține expres, incluzându-l într-o declarație anexă.⁴

Declarația anexă este intitulată „Declarația cu privire la supremație” și prevede că „în conformitate cu jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene, tratatele și legislația adoptată de Uniune pe baza tratatelor au prioritate în raport cu dreptul statelor membre, în condițiile prevăzute de jurisprudența menționată anterior”.

¹ Stelian Scăunaș, *Uniunea Europeană. Construcție. Reformă. Instituții. Drept* (București, Editura CH Beck, 2008), 201

² Stelian Scăunaș, *Uniunea Europeană. Construcție. Reformă. Instituții. Drept* (București, Editura CH Beck, 2008), 190

³ Site-ul oficial al UE, ”Uniunea Europeană în lume”, http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/external_relations/index_ro.htm. (accessed 27 martie 2010)

⁴ Ion Jinga, *Tratatul de la Lisabona: soluție sau etapă în reforma instituțională a Uniunii Europene?*, Revista de Drept Comunitar 1, (2008) : 31

Chiar Conferința în care declarația a fost adoptată a hotărât ca Avizul Serviciului Juridic al Consiliului din 22 iunie 2007 să fie anexat actului final. Acest aviz menționează că „din jurisprudența Curții de Justiție reiese că supremația dreptului comunitar este un principiu fundamental al dreptului comunitar. Conform Curții, acest principiu este inerent naturii specifice a Comunității Europene. La data primei hotărâri din cadrul acestei jurisprudențe consacrate (hotărârea din 15 iulie 1964, în cauza 6/64, Costa/ENEL) supremația nu era menționată în tratat. Situația nu s-a schimbat nici astăzi. Faptul că principiul supremației nu va fi inclus în viitorul tratat nu va schimba în nici un fel existența principiului și jurisprudența în vigoare a Curții de Justiție”.

Această declarație subliniază încă o dată rolul Curții de Justiție în armonizarea legislației statelor membre și în crearea și aplicarea prioritară a legislației, jurisprudenței și principiilor comunitare, prin intermediul hotărârilor prejudiciale, din care face parte și cauza Costa menționată în cuprinsul Avizului Consultativ.

Rolul Curții de Justiție este precizat expres de art.19 din versiunea oficială consolidată a Tratatului privind Uniunea Europeană : „Curtea de Justiție a Uniunii Europene cuprinde Curtea de Justiție, Tribunalul și tribunale specializate. Aceasta asigură respectarea dreptului în interpretarea și aplicarea tratatului”.

Secțiunea 5 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene este în întregime consacrat Curții de Justiție a Uniunii Europene și îi stabilește acesteia organizarea și competențele.

În materia ocrotirii drepturilor de proprietate intelectuală, cercetând jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii, vom constata în cele ce urmează că majoritatea hotărârilor pronunțate de Curte au fost date în procedura pronunțării hotărârilor preliminare, dar și în procedura constatării neîndeplinirii obligațiilor ce revin statelor membre în temeiul tratatelor comunitare.

Articolul 267 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene (ex-articolul 234 din Tratatul de instituire a CEE) reglementează procedura pronunțării hotărârilor preliminare pe care Curtea de Justiție este investită să le soluționeze, iar articolele 258 - 260 din tratat (ex-articolele 226-228 din Tratatul de instituire a CEE) reglementează procedura constatării neîndeplinirii obligațiilor ce revin statelor membre.

Articolul 258 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (ex-articolul 226 din Tratatul de instituire a CEE) prevede că: „În cazul în care Comisia consideră că un stat membru a încălcat oricare dintre obligațiile care îi revin în temeiul tratatelor, aceasta emite un aviz motivat cu privire la acest aspect, după ce a oferit statului în cauză posibilitatea de a-și prezenta observațiile. În cazul în care statul în cauză nu se conformează acestui aviz în termenul stabilit de Comisie, aceasta poate sesiza Curtea de Justiție a Uniunii Europene”.

Cu toate acestea, originalitatea Curții de Justiție și „trăsătura sa de geniu”, mecanismul care asigură interpretarea și aplicarea uniformă a dreptului comunitar și cooperarea între Curte și judecătorul național al statului membru fără a exista vreun raport de subordonare, dar de o așa manieră încât să înlăture orice divergențe⁵ rămâne hotărârea preliminară pronunțată în procedura trimiterilor prejudiciale.

Astfel, articolul 267 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene (ex-articolul 234 din Tratatul de instituire a CEE), care stabilește procedura hotărârilor preliminare, prevede:

„Curtea de Justiție este competentă să se pronunțe, cu titlu preliminar, cu privire la:

(a) interpretarea tratatelor;

(b) validitatea și interpretarea actelor adoptate de instituțiile, organele, oficiile sau agențiile Uniunii;

În cazul în care o asemenea chestiune se invocă în fața unei instanțe dintr-un stat membru, această instanță poate, în cazul în care apreciază că o decizie în această privință îi este necesară pentru a pronunța o hotărâre, să ceară Curții de Justiție să se pronunțe cu privire la această

⁵ Brândușa Ștefănescu, *Trimiterea prejudicială în fața Curții de Justiție a Comunității Europene*, Revista Română de drept Comunitar 1 (2003) : 82-83

chestiune.

În cazul în care o asemenea chestiune se invocă într-o cauză pendinte în fața unei instanțe naționale ale cărei decizii nu sunt supuse vreunei căi de atac în dreptul intern, această instanță este obligată să sesizeze Curtea⁶.

Ceea ce trebuie precizat încă de la început este faptul că, în respectarea suveranității statale, Curtea nu se pronunță asupra validității sau nevalidității legislației naționale a statului implicat, în sensul în care Curtea de Justiție nu va face aprecieri menite să înlăture prevederile legii interne a statului, pe motiv de necorespondere cu prevederile comunitare, ci se va mărgini să interpreteze dispozițiile comunitare aplicabile și să le explice judecătorului național, singurul care va decide în cauză după pronunțarea hotărârii prejudiciale, dar cu respectarea principiului efectului direct și a supremației dreptului comunitar.

Un exemplu în acest sens din jurisprudența proprietății intelectuale îl reprezintă cauzele conexe C-92/92 și C - 326/92, Phil Collins împotriva Imtrat și Patricia Im împotriva Emi Electrola GmbH, în care Curtea de Justiție a fost chestionată de către instanța națională cu privire la compatibilitatea dispozițiilor legii germane care proteja dreptul de autor în mod diferit pentru artiștii de origine germană și artiștii de altă naționalitate, cu art.7 din Tratatul CEE care consacră principiul nediscriminării pe motive de naționalitate. Confruntată cu această întrebare, instanța europeană a arătat că „pronunțându-se în cadrul articolului 177 din tratat, Curtea nu se poate pronunța cu privire la interpretarea actelor cu putere de lege sau a actelor administrative naționale și nici cu privire la conformitatea cu dreptul comunitar a unor astfel de dispoziții. Curtea poate doar să furnizeze instanței naționale elementele de interpretare referitoare la dreptul comunitar, care vor permite acesteia să rezolve problema juridică cu privire la care a fost sesizată”.⁶ Același punct de vedere a fost exprimat și de avocatul general Eleanor Sharpston Curții și în cauza C-518/08, în care a arătat că instanța europeană nu se poate pronunța cu privire la determinarea dreptului aplicabil succesiunii deoarece nu intră în competența Curții.⁷ În același sens, Curtea de Justiție, în cauza C-275/06, Promusicae împotriva Telefonica de Espana, a precizat că în cadrul cooperării cu instanțele naționale... „Curtea este competentă să furnizeze instanței naționale toate elementele de interpretare proprii dreptului comunitar care i-ar permite acesteia să aprecieze compatibilitatea normelor de drept intern cu legislația comunitară”.⁸

Asumându-și rolul de interpret al normelor comunitare și oferind instanței naționale acele argumente fondate pe supremația dreptului comunitar, Curtea de Justiție s-a dovedit a fi una din instituțiile comunitare care au contribuit indirect la asigurarea unui înalt grad de protecție a drepturilor de proprietate intelectuală. Cooperarea cu instanțele naționale a permis acestora din urmă să ofere protecție drepturilor de proprietate intelectuală dincolo de limitele impuse de legislația națională.

În afară de cooperarea cu instanțele naționale prevăzută expres de articolul 267 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene (ex-articolul 234 din Tratatul de instituire CEE), Curtea de Justiție este și un gardian al modului în care statele își îndeplinesc obligațiile asumate prin semnarea tratatelor constitutive.

⁶ Uniunea Europeană, <http://eur-lex.europa.eu/>, C-92/92 și C-326/92, Phil Collins împotriva Imtrat Handelsgesellschaft mbH și Patricia Im împotriva Emi Electrola GmbH, Hotărârea din 20 octombrie 1993, punctul 13,

http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search(accessed 29 martie 2010)

⁷ Site-ul Curții de Justiție a Comunităților Europene, C-518/08, Fundacio Gala-Salvador Dali și VEGAP împotriva ADAGP și alții, Concluziile Avocatului General Eleanor Sharpston din 17 decembrie 2009, punctele 47-49

<http://curia.europa.eu/jurisp/> Rechercher (accessed 29 martie 2010)

⁸ Site-ul Curții de Justiție a Comunităților Europene, C-275/06, Promusicae împotriva Telefonica de Espana, Hotărârea din 29 ianuarie 2008, punctul 38

<http://www.curia.eu.int> <http://curia.europa.eu/jurisp/Rechercher>(accessed 29 martie 2010)

Un exemplu în acest sens îl constituie cauzele în care statele membre au fost chemate în judecată pentru neîndeplinirea obligațiilor de transpunere în legislația națională a Directivelor în materia ocrotirii proprietății intelectuale, prin apelarea la procedura constatării neîndeplinirii acestor obligații.

O astfel de situație se regăsește în cauza C-175/05 între Comisia Comunităților Europene/Irlanda, în care Comisia Comunităților Europene a chemat în judecată Irlanda pentru neîndeplinirea obligațiilor de transpunere a Directivei 92/100/CEE privind remunerația autorilor în caz de împrumut public și pentru încălcarea art.1 și 5 din Directivă, în sensul în care, prin exonerarea tuturor categoriilor de entități publice de împrumut de la plata remunerațiilor cuvenite autorilor operelor protejate în cazul închirierii și împrumutului public a acestor opere, s-au încălcat drepturile de autor și drepturile conexe ocrotite prin intermediul Directivei 92/100/CEE. Curtea a constatat neîndeplinirea obligațiilor de către statul membru Irlanda.

Cu toate acestea, procedura trimerilor preliminară și procedura constatării neîndeplinirii obligațiilor statelor membre se dovedesc supuse unor condiții de admisibilitate și procedibilitate, care permit doar o armonizare accidentală și insuficientă a legislațiilor în materia drepturilor de autor și a drepturilor conexe, aspect pe care Consiliul Comunităților Europene, la propunerea Comisiei și în cooperare cu Parlamentul European, au încercat să îl limiteze, prin adoptarea Directivelor europene în materia protejării drepturilor de proprietate intelectuală, în aplicarea prevederilor Tratatului de instituire a CEE, în special a art.57 alin.2, a art.66 și a art.100a.

Nu se poate însă minimaliza importanța hotărârilor preliminară pronunțate în materia proprietății intelectuale, hotărâri pe care le vom analiza pe parcursul urmăririi evoluției generale a procedurii și a condițiilor de admisibilitate ale acesteia și care au influențat și adoptarea Directivelor în materie.

Înainte de a ne referi la modul în care Curtea de Justiție a Uniunii Europene a contribuit, prin hotărârile sale, la armonizarea ocrotirii drepturilor de proprietate intelectuală, trebuie precizat faptul că tot jurisprudența Curții a permis cristalizarea unor principii de interpretare și aplicare a dreptului comunitar, principii la care Curtea de Justiție va face mereu referire, atât direct, prin numirea principiului, cât și prin indicarea hotărârilor sale anterioare care au făcut posibilă nașterea respectivului principiu.

Aceste principii au reprezentat una din bazele fundamentale prin care Curtea de Justiție a putut asigura perspectiva armonizării ocrotirii drepturilor de proprietate intelectuală, principii la care Curtea a apelat cu ocazia formulării răspunsurilor la întrebările preliminară ale instanțelor naționale.

Aceste principii au clarificat raportul care trebuie să existe în relația dintre dreptul comunitar și dreptul intern, național al statelor membre.

Cele mai importante principii sunt: principiul efectului direct al normelor comunitare în fața instanțelor naționale și obligația de a interpreta dreptul intern conform dreptului comunitar, principiul aplicării prioritare a normelor comunitare față de normele naționale contrare, principiul nediscriminării pe motiv de naționalitate, principii care se regăsesc și în jurisprudența privitoare la drepturile de proprietate intelectuală.

De exemplu, principiul efectului direct al normelor comunitare a permis invocarea sa de către avocații părților implicate în litigiul național și a născut întrebarea instanței naționale cu privire la interpretarea dispozițiilor dreptului comunitar invocate, precum și dacă dispozițiile naționale care nu sunt conforme trebuie înlăturate, conferind preeminență dreptului comunitar.

Astfel, în cauza C-20/05, procedură penală împotriva lui Karl Josef Wilhelm Schwibbert, chiar avocatul celui învinuit de deținerea spre vânzare a unor CD –uri fără marcajul Societății Italiene a Autorilor și Editorilor (SIAE) a solicitat instanței de judecată adresarea către Curtea de Justiție a unei întrebări preliminară, ceea ce instanța națională a și făcut, anexând deciziei de trimitere chiar memoriul avocatului.

Regula este că instanțele naționale au fost cele care au sesizat Curtea de Justiție cu întrebări preliminare, însă foarte adesea la sesizarea justițiabililor, care, în apărările formulate, au invocat în mod direct în fața instanței naționale dispoziții ale dreptului comunitar.

Referirile de până acum la principiul efectului direct al dreptului comunitar ne apropie de analizarea căilor prin care Curtea de Justiție, la sesizarea instanțelor naționale, au putut armoniza prevederile referitoare la drepturile de autor și la drepturile conexe din legislațiile naționale tocmai uzând de aceste principii ale dreptului comunitar și în vederea realizării scopului comun al statelor membre UE.

Armonizarea drepturilor de proprietate intelectuală la nivelul Uniunii Europene a avut loc datorită urmării de către statele membre a unui deziderat comun: funcționarea Pieței Comune, care presupunea înlăturarea acelor bariere, inclusiv din legislațiile naționale, însă doar în măsura îndeplinirii dezideratului Pieței Unice.

Armonizarea a fost consacrată legislativ, prin prevederile art.94 și 95 din Tratatul CE, ce permiteau adoptarea de directive pentru apropierea actelor cu putere de lege și a actelor administrative ale statelor membre, care au incidență directă asupra instituirii pieței unice.

Contribuția judiciară la integrarea pieței s-a realizat de către Curtea de Justiție, care, prin intermediul articolului 226 și a efectului direct, a interpretat articolele Tratatului în modul cel mai potrivit pentru a promova piața unică.⁹

Armonizarea nu a însemnat însă o uniformizare a legislațiilor naționale, deoarece armonizarea legislativă și judiciară nu a urmărit să distrugă varietatea și nu a fost echivalentă cu uniformizarea.¹⁰

Din această perspectivă, o primă chestiune supusă analizei a fost dacă dreptul de autor și drepturile conexe intră în domeniul de aplicare a Tratatului CEE, în sensul art.7 primul paragraf, care consacră principiul nediscriminării pe motiv de naționalitate. În prezent, acest principiu este reglementat de prevederile art.18 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene.

Această chestiune a fost pusă în discuție de către avocatul Ulrike Hundt-Neumann, din baroul Hamburg, în calitate de apărător al reclamantului Phil Collins, care introdusese în fața instanței naționale germane o cerere de ordonanță președințială, prin care solicitase luarea unor măsuri de interzicere a comercializării pe teritoriul german a unor compact discuri conținând înregistrarea, fără acordul cântărețului, a unui concert susținut de acesta în SUA, comercializare realizată de un distribuitor de fonograme german, Imtrat Handelsgesellschaft mbH.

Aceeași întrebare a fost ridicată și în cadrul unui alt litigiu purtat între EMI Electrola GmbH (denumit în continuare „EMI Electrola”) ca titular al drepturilor exclusive de exploatare pe teritoriul german a înregistrărilor spectacolelor cântărețului Cliff Richard susținute în Marea Britanie și Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH (denumită în continuare „Patricia”) acuzată că a comercializat fonograme care reproduc înregistrările spectacolelor cântărețului Cliff Richard cu ignorarea drepturilor exclusive ale Emi Electrola.

Instanțele germane, confruntate în mod separat cu aceeași problemă juridică, au adresat Curții de Justiție fiecare câte două întrebări preliminare, dar cu aceeași temă comună, în ciuda aparentei diferențe concrete între litigii: dacă drepturile de autor și drepturile conexe intră în domeniul de aplicare al art.7 primul paragraf al Tratatului CEE, ce consacră principiul general al nediscriminării pe motive de naționalitate.

Întâmplarea a făcut ca una din instanțele care au sesizat mai târziu Curtea de Justiție (Bundesgerichtshof) cu întrebări preliminare referitoare la dreptul de autor și drepturile conexe, să fi știut că cealaltă instanță germană (Landgericht Munchen) adresase la rândul său aceleași întrebări. Deși opinia Bundesgerichtshof era că dreptul de autor și drepturile conexe nu intră în

⁹ Paul Craig and Grainne de Burca *Dreptul Uniunii Europene, Comentarii, jurisprudență și doctrină*, Ediția a IVa, (București, Editura Hamangiu, 2009), 758

¹⁰ Tudorel Ștefan și Beatrice Andreșan-Grigoriu, *Drept Comunitar*, (București, Editura CH Beck, 2007), 88

câmpul de aplicare a dreptului comunitar, în special al art.7 din Tratatul CEE, în absența armonizării legislațiilor naționale și a reglementării comunitare specifice¹¹ și această instanță, avizată deja de adresarea unor întrebări preliminare cu aceeași temă de o altă instanță germană, a adresat Curții de Justiție aceleași întrebări.

Poziția comună a instanțelor naționale și faptul că acestea și-au recunoscut indirect lipsa de competență în interpretarea prevederilor dreptului comunitar, atribut exclusiv al Curții de Justiție, a însemnat un mare pas înainte spre depășirea limitărilor naționale și a deschis posibilitatea Curții de Justiție, ca instanță supranațională, să conexeze cauzele și să pronunțe o hotărâre care să tranșeze o problemă deosebit de importantă pentru ocrotirea drepturilor de autor și a drepturilor conexe la nivel comunitar.

Uzând de dreptul de a reformula întrebările preliminare adresate de instanțele naționale, de a le corecta și de a extrage din întrebările imperfect formulate acele întrebări care țin cu adevărat de interpretarea tratatului CEE¹², Curtea de Justiție a apreciat că instanțele germane doreau să știe dacă dreptul de autor și drepturile conexe intră în domeniul de aplicare al tratatului în sensul articolului 7 primul paragraf și dacă principiul general al nediscriminării este, în consecință, aplicabil acestor drepturi.¹³

Analizând aplicarea dispozițiilor tratatului în cazul dreptului de autor și al drepturilor conexe, Curtea de Justiție a arătat că „exploatarea comercială a dreptului de autor ridică aceleași probleme ca cea a unui alt drept de proprietate industrială și comercială” și „ca și celelalte drepturi de proprietate industrială și comercială, drepturile exclusive conferite de proprietatea literară și artistică sunt de natură să afecteze schimburile de bunuri și servicii precum și raporturile concurențiale în interiorul Comunității. Din acest motiv și conform celor afirmate de Curte într-o jurisprudență constantă, aceste drepturi, deși reglementate de legislațiile naționale, sunt supuse exigențelor tratatului și intră, prin urmare, în domeniul de aplicare al acestuia.”¹⁴

Simțind nevoia de a explica concluzia aplicabilității dispozițiilor art.7 primul paragraf din tratat drepturilor de autor și drepturilor conexe, Curtea de Justiție arată că „datorită efectelor lor asupra schimburilor comerciale intracomunitare de bunuri și servicii” acestea sunt supuse principiului general al nediscriminării, „fără a fi nevoie nici măcar să fie atașate dispozițiilor specifice de la articolele 30, 36, 59 și 66 din tratat.”

Această concluzie a Curții, obligatorie pentru toate instanțele statelor membre și cu efect de precedent față de toate instanțele naționale din Comunitate și având efect multilateral¹⁵ a fost rezultatul unei analize concrete a drepturilor ocrotite prin prisma incidenței acestora asupra și a altor principii referitoare la funcționarea Pieței Comune cuprinse în articolele 30, 36, 59 și 66 din tratat.

¹¹ © Uniunea Europeană, <http://eur-lex.europa.eu/>, Hotărârea din 20 octombrie 1993, Phil Collins împotriva Imtrat Handelsgesellschaft mbH și Patricia Im împotriva Emi Electrola GmbH, C-92/92 și C-326/92, punctul 10, http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search(accessed 29 martie 2010)

¹² Paul Craig and Grainne de Burca, *Dreptul Uniunii Europene, Comentarii, jurisprudență și doctrină*, Ediția a IVa, (București, Editura Hamangiu, 2009), 604

¹³ © Uniunea Europeană, <http://eur-lex.europa.eu/>, Hotărârea din 20 octombrie 1993, Phil Collins împotriva Imtrat Handelsgesellschaft mbH și Patricia Im împotriva Emi Electrola GmbH, C-92/92 și C-326/92, punctul 16, http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search(accessed 29 martie 2010)

¹⁴ © Uniunea Europeană, <http://eur-lex.europa.eu/>, Hotărârea din 20 octombrie 1993, Phil Collins împotriva Imtrat Handelsgesellschaft mbH și Patricia Im împotriva Emi Electrola GmbH, C-92/92 și C-326/92, punctele 21 și 22,

http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search(accessed 29 martie 2010)

¹⁵ Paul Craig and Grainne de Burca *Dreptul Uniunii Europene, Comentarii, jurisprudență și doctrină*, Ediția a IVa, (București, Editura Hamangiu, 2009), 590

Astfel, Curtea de Justiție, invocând hotărârile sale precedente (hotărârea din 20 ianuarie 1981 Musik-Vertrieb membran, 55 și 57/80), prin care stabilise faptul că fonogramele constituie mărfuri ale căror schimburi pe teritoriul Comunității sunt reglementate de art.30 și 36 din tratat privind libera circulație a mărfurilor, arătând că activitățile societăților de administrare a drepturilor de autor sunt supuse dispozițiilor de la articolele 59 și 66 din tratat cu privire la libertatea de a presta servicii și că drepturile exclusive conferite de proprietatea literară și artistică intră sub incidența dispozițiilor din tratat referitoare la concurență, a conchis că însăși adoptarea Directivei 92/100/CEE privind dreptul de închiriere și împrumut și anumite drepturi conexe dreptului de autor în domeniul proprietății intelectuale a fost adoptată tocmai pentru a evita riscul de apariție a barierelor în calea schimburilor comerciale și a dimensiunilor concurenței.¹⁶

Cu atât mai mult deci, drepturile de autor și drepturile conexe cad sub incidența dispozițiilor tratatului și în special sub incidența principiului general al nediscriminării pe motiv de naționalitate stabilit de articolul 7.

O altă chestiune cu care Curtea de Justiție s-a confruntat a fost aceea dacă, în interpretarea articolului 36 din tratatul CEE, se poate considera că proprietatea literară și artistică este cuprinsă în noțiunea de proprietate industrială și comercială menționată expres de prevederile art.36 din tratat. Din nou, Curtea de Justiție a menționat că articolul 36 din tratat permite restricții la libera circulație a mărfurilor dacă acest lucru este necesar pentru protejarea proprietății industriale și comerciale, care include și proprietatea literară și artistică, inclusiv dreptul de copyright.¹⁷

Curtea de Justiție are doar competența de a interpreta Tratatul, dar nu e împuternicită expres să aplice Tratatul la o cauză anume, conform art.234 din Tratatul Uniunii Europene, astfel că există, din punct de vedere al tratatului, o diviziune de competențe între CEJ și instanțele naționale, prin care Curtea de Justiție interpretează tratatul, iar instanțele naționale aplică interpretarea respectivă la situația de fapt dintr-un caz concret. Totuși CEJ a început să ofere „orientări” instanței naționale în legătură cu modul în care chestiunea de drept ar trebui aplicată în speță.¹⁸ Așa cum au remarcat unii din profesorii de drept de la Universitatea Oxford și de la Universitatea Fordham, „CEJ va fi motivată în mod deosebit să furnizeze «Răspunsul» atunci când dorește să mențină maximum de control asupra dezvoltării dreptului dintr-un anumit domeniu”¹⁹.

Aceeași evoluție a avut loc și în jurisprudența privitoare la drepturile de proprietate intelectuală, unde Curtea de Justiție nu a abordat chestiunea compatibilității dreptului național cu dreptul comunitar, ci a vorbit doar de efectul direct al legislației comunitare și a principiilor acesteia.

Armonizarea efectivă a legislațiilor naționale cu prevederile comunitare a fost realizată de instanțele naționale, pentru care dezlegările de speță ale CEJ erau obligatorii.

Astfel, în cauzele conexe C-92/92 și C-326/92 Phil Collins și alții, în afară de problema aplicabilității sau nu a tratatului CEE cu privire la drepturile de autor și la drepturile conexe, Curtea de Justiție a interpretat că întrebările preliminare adresate de către instanțele naționale se referă la faptul dacă art.7 din tratat ce reglementează principiul nediscriminării „se opune ca o

¹⁶ © Uniunea Europeană, <http://eur-lex.europa.eu/>, Hotărârea din 20 octombrie 1993, Phil Collins împotriva Imtrat Handelsgesellschaft mbH și Patricia Im împotriva Emi Electrola GmbH, C-92/92 și C-326/92, punctele 23-26,

http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search(accessed 29 martie 2010)

¹⁷ © Uniunea Europeană, <http://eur-lex.europa.eu/>, Hotărârea din 06.10.1982, Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, și alții împotriva Ciné-Vog Films SA și alții, C-262/81, punctul 10,

http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1981&T3=262&RechType=RECH_naturel&Submit=C%4%83utare (accessed 29 martie 2010)

¹⁸ Paul Craig and Grainne de Burca *Dreptul Uniunii Europene, Comentarii, jurisprudență și doctrină*, Ediția a IVa, (București, Editura Hamangiu, 2009), 618

¹⁹ Paul Craig and Grainne de Burca *Dreptul Uniunii Europene, Comentarii, jurisprudență și doctrină*, Ediția a IVa, (București, Editura Hamangiu, 2009), 619

legislație a unui stat membru să refuze autorilor și artiștilor interpreți sau executanți din alte state membre și titularilor lor de drepturi, dreptul recunoscut de aceeași legislație resortisanților naționali de a interzice comercializarea pe teritoriul național a unei fonograme produse fără consimțământul lor, atunci când prestația a fost executată în afara teritoriului național” de artiștii din alte state membre și „dacă articolul 7 primul paragraf din tratat poate fi invocat direct în fața instanței naționale de către un autor sau artist din alt stat membru, sau de titularul său de drepturi, pentru a solicita beneficiul protecției rezervate resortisanților naționali”²⁰.

Cu privire la discriminare în sensul articolului 7 din tratat, Curtea de Justiție, analizând argumentele Imtrat și Patricia, ține să arate că „disparitățile dintre legislațiile naționale cu privire la protecția dreptului de autor și a drepturilor conexe sau faptul că nu toate statele membre au aderat la Convenția de la Roma nu pot justifica o încălcare a principiului nediscriminării...exercitată din motive de naționalitate” și subliniază că „articolul 7 din tratat cere o perfectă egalitate de tratament a persoanelor care se găsesc într-o situație reglementată de dreptul comunitar și a resortisanților statului membru”. În concluzie, spune Curtea, „articolul 7 din tratat se opune ca o legislație dintr-un stat membru să refuze, în anumite condiții, autorilor și artiștilor interpreți și executanți din alte state membre și titularilor lor de drepturi, dreptul recunoscut de aceeași legislație resortisanților naționali, de a interzice comercializarea pe teritoriul național a unei fonograme fabricate fără consimțământul lor dacă prestația a fost executată în afara teritoriului național”²¹.

Prin această interpretare, CEJ a asigurat, prin aplicarea principiului nediscriminării pe motive de naționalitate, ocrotirea drepturilor de autor și a drepturilor conexe în mod armonizat, cu depășirea barierei naționalității persoanei care trebuie să se bucure de ocrotire la nivelul Uniunii Europene, astfel că cetățenii unui stat membru se vor bucura de prevederile legale naționale ale altui stat membru fără a putea fi discriminați pe criteriul naționalității.

Cu privire la dreptul la egalitate de tratament conferit prin art.7 primul paragraf din Tratatul CEE, conform unei jurisprudențe constante a Curții, acesta poate fi invocat în fața instanței naționale, în temeiul principiului efectului direct al dreptului comunitar, „pentru a-i cere acesteia să îndepărteze dispozițiile discriminatorii ale unei legi naționale care refuză resortisanților altor state membre protecția pe care o acordă resortisanților naționali”. Curtea de Justiție afirmă deci explicit că principiul nediscriminării consacrat de art.7 primul paragraf din tratatul CEE poate fi invocat „de către un autor sau de către un artist din alt stat membru sau de către titularii lor de drepturi, pentru a solicita beneficiul protecției rezervate autorilor și artiștilor naționali”.

Interpretând dispozițiile Tratatului CEE mai ales prin metoda de interpretare teleologică, Curtea de Justiție a arătat că Tratatul CEE „a instituit un sistem juridic propriu, independent, care nu este numai *obligatoriu* pentru statele membre, ci, spre deosebire de tratatele internaționale obișnuite, este *parte integrantă* din sistemele juridice ale statelor membre”. Având în vedere faptul că „doctrina efectului direct a normelor comunitare și cea a priorității normelor comunitare au fost elaborate împreună, efectul direct și prioritatea normei comunitare sunt indisolubil legate, deoarece nu se poate pune problema de a soluționa conflictul dintre două norme și de a decide căreia dintre ele i se dă prioritate, dacă nu se stabilește mai întâi că amândouă produc efecte juridice în sistemul de drept respectiv”²².

²⁰ © Uniunea Europeană, <http://eur-lex.europa.eu/>, Hotărârea din 20 octombrie 1993, Phil Collins împotriva Imtrat Handelsgesellschaft mbH și Patricia Im împotriva Emi Electrola GmbH, C-92/92 și C-326/92, punctul 16, http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search(accessed 29 martie 2010)

²¹ © Uniunea Europeană, <http://eur-lex.europa.eu/>, Hotărârea din 20 octombrie 1993, Phil Collins împotriva Imtrat Handelsgesellschaft mbH și Patricia Im împotriva Emi Electrola GmbH, C-92/92 și C-326/92, punctele 29-33,

http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search(accessed 29 martie 2010)

²² Tudorel Ștefan și Beatrice Andreșan-Grigoriu, *Drept comunitar*, (București, Editura CH Beck, 2007), 203

Aceasta nu înseamnă însă o armonizare forțată, prin înlăturarea normelor naționale ori de câte ori aparent nu ar fi compatibile cu normele dreptului comunitar. Armonizarea nu a însemnat nici o clipă excluderea de la aplicare a legislației naționale și aplicarea cu orice preț a dispozițiilor comunitare.

Astfel, în materia protecției drepturilor de proprietate intelectuală au existat hotărâri ale Curții de Justiție care au arătat indirect faptul că armonizarea nu înseamnă neapărat uniformizare, iar existența unor norme naționale specifice nu înseamnă neapărat o incompatibilitate cu dreptul comunitar.

În cauza C-518/08, tribunalul de grande instance din Paris a adresat o întrebare preliminară Curții de Justiție, confruntat cu soluționarea unui litigiu între Fundacio Gala-Salvador Dali și Visual Entidad de Gestion de Artistas Plasticos (VEGAP) împotriva Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques (ADAGP). Obiectul litigiului îl formau drepturile de suită plătite de ADAGP către moștenitorii legali pe linie colaterală ai artistului Salvador Dali, fundația Gala-Salvador Dali, în calitate de moștenitor testamentar al artistului susținând că aceste drepturi ar fi trebuit plătite acesteia și nu moștenitorilor. Argumentul fundației și a mandatarului său, VEGAP, a fost că, deoarece Salvador Dali a murit în Spania, succesiunea sa cu privire la bunurile mobile este guvernată de legea spaniolă, conform normelor din dreptul spaniol și din cel francez privitor la conflictul de legi. Pe de altă parte, conform dreptului francez, drepturile de suită pentru vânzările lucrărilor lui Dali în Franța revin doar moștenitorilor legali ai artistului, cu excluderea celor testamentari, printre care și Fundația Gala-Salvador Dali.

Această controversă a determinat instanța franceză să întrebe Curtea de Justiție dacă limitarea din dreptul francez a categoriei beneficiarilor dreptului de suită la moștenitorii legali este compatibilă cu dreptul comunitar, în condițiile adoptării Directivei 2001/84/CE privind dreptul de suită în beneficiul autorului unei opere de artă originale, care prevedea că acest drept de suită revine autorului operei sau avânzilor săi cauză, termenul de avânzi-cauză nefiind definit de Directivă, ci lăsat implicit la aprecierea statelor membre prin intermediul legislației naționale.

Avocatul general Eleanor Sharpston a cerut Curții de Justiție, prin concluziile sale din 17 decembrie 2009, să răspundă la întrebarea preliminară adresată de instanța franceză, în sensul în care Directiva 2001/84/CE nu interzice o reglementare națională cu privire la reglementarea succesorală, deoarece scopul Directivei este doar de a elimina denaturarea mediului competitiv al Pieței Interne prin garantarea impunerii unui drept de suită pe teritoriul Uniunii²³. Este adevărat că nu cunoaștem încă ce decizie va lua Curtea de Justiție în cauză, însă argumentele avocatului general par a fi conforme jurisprudenței mai vechi a Curții de Justiție în materia proprietății intelectuale.

Mă refer la cauza 158/86, Warner Brothers și Metronome împotriva lui Erik Viuff Christiansen, în care soluția nu a fost numai în sensul menținerii legislației naționale, ci mai mult, menținerea și aplicarea acesteia de către instanța națională chiar și în situația în care această legislație națională încalcă prevederile Tratatului CEE privind libera circulație a mărfurilor prevăzută în articolul 30.

Întrebarea preliminară a fost adresată de instanța Østre Landsret din Copenhaga, care dorea să știe în ce măsură o legislație națională referitoare la dreptul de autor în materie de închiriere de videocasete este compatibilă cu libera circulație a mărfurilor. Mai precis, instanța națională dorea să știe în ce măsură legislația națională conferă autorului competența de a subordona autorizării sale închirierea de videocasete, atunci când aceste videocasete au fost deja puse în circulație cu consimțământul acestuia într-un alt stat membru, a cărui legislație permite autorului să controleze

²³ Site-ul Curții de Justiție a Comunităților Europene, Concluziile Avocatului General Eleanor Sharpston din 17 decembrie 2009, Fundacio Gala-Salvador Dali și VEGAP împotriva ADAGP și alții, C-518/08, punctele 65 și 71 <http://curia.europa.eu/jurisp/> Rechercher (accessed 29 martie 2010)

prima vânzare fără a-i acorda competența de a interzice închirierea.²⁴

Întrebarea instanței naționale s-a născut în litigiul dintre societățile Warner Brothers (denumită în continuare „Warner”) și Metronome Video (denumită în continuare „Metronome”) și, pe de altă parte, domnul Erik Viuff Christiansen.

Warner Brothers, titular al drepturilor de autor asupra filmului „Never say never again” produs în Regatul Unit și Metronome, în calitate de cesionar al gestiunii drepturilor de producție video pentru Danemarca asupra filmului, obținute de la cedentul Warner Brothers, i-au interzis domnului Christiansen închirierea acestei videocasete în Danemarca prin magazinul său de închirieri video pe care domnul Christiansen o importase legal din Marea Britanie. Acest lucru a fost posibil, deoarece legislația daneză permite autorului sau producătorului unei opere să se opună împrumutării videogramelor acestei opere atâta timp cât nu a acordat nici o autorizație în acest sens.

Curtea de Justiție a apreciat că răspunsul nu poate fi decât pozitiv, deoarece, deși este o restricție cantitativă interzisă prin art.30 din tratatul CEE, legislația națională este justificată prin motive de protecție a proprietății industriale și comerciale, în sensul art.36 din Tratatul CEE, noțiunea de proprietate industrială și comercială incluzând și proprietatea literară și artistică. În cauză, Curtea de Justiție a făcut trimitere la cauza Coditel 262/81 soluționată anterior și în care se pusese aceeași problemă a permiterii restricțiilor față de principiul liberei circulații a mărfurilor. Justificarea în ambele cauze fusese ocrotirea proprietății industriale și comerciale, literare și artistice.

În ambele cazuri Curtea de Justiție a considerat că legislația națională poate deroga de la principiul liberei circulații a mărfurilor consacrat de tratatul CEE, dacă protejează dreptul de autor.

În cauza Warner Brothers, instanța a considerat că nu se poate asigura o remunerație corespunzătoare autorilor de film numai din piața de vânzări și că aceștia au dreptul și la o remunerație corespunzătoare numărului de închirieri efectiv realizate²⁵, remunerație care este asigurată prin legislația națională a unor state și care este pe deplin aplicabilă, nefiind contrară art.30 și 36 din tratatul CEE.

În această cauză există deci o abordare favorabilă a Curții cu privire la drepturile de închiriere și transmitere, care nu se sting în același mod ca și celelalte drepturi, adică de la momentul primei puneri pe piață.²⁶

Concluzia Curții a fost deci că „articolele 30 și 36 din tratat nu se opun aplicării unei legislații naționale care conferă autorului competența de a subordona autorizării sale închirierea de videocasete, atunci când aceste videocasete au fost deja puse în circulație cu consimțământul acestuia într-un alt stat membru, a cărui legislație permite autorului să controleze prima vânzare fără a-i acorda competența de a interzice închirierea”.

Faptul că titularul operei cinematografice a ales să își pună în vânzare opera într-un stat membru care nu îi recunoaște nici un drept exclusiv asupra împrumutării nu poate însemna epuizarea dreptului său de a se opune împrumutului operei în alt stat membru care recunoaște acest drept exclusiv, deoarece acest lucru ar goli de conținut dreptul specific de închiriere a videocasetelor prevăzut de legislația statului care îl recunoaște²⁷.

²⁴ © Uniunea Europeană, <http://eur-lex.europa.eu/>, Hotărârea din 17 mai 1988, Warner Brothers Inc. și Metronome Video ApS împotriva Erik Viuff Christiansen, C-158/86, punctul 8

http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1986&T3=158&RechType=RECH_naturel&Submit=C%C4%83utare (accessed 29 martie 2010)

²⁵ © Uniunea Europeană, <http://eur-lex.europa.eu/>, Hotărârea din 17 mai 1988, Warner Brothers Inc. și Metronome Video ApS împotriva Erik Viuff Christiansen, C-158/86, punctul 15

http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1986&T3=158&RechType=RECH_naturel&Submit=C%C4%83utare (accessed 29 martie 2010)

²⁶ Tudorel Ștefan și Beatrice Andreșan-Grigoriu, *Drept comunitar*, (București, Editura CH Beck, 2007), 676

²⁷ © Uniunea Europeană, <http://eur-lex.europa.eu/>, Hotărârea din 17 mai 1988, Warner Brothers Inc. și Metronome Video ApS împotriva Erik Viuff Christiansen, C-158/86, punctele 17 și 18

Aceeași concluzie a fost păstrată de Curtea de Justiție în cauza 341/87, între Emi Electrola GmbH și Patricia Im, Lune-ton și alții cu privire de această dată la drepturile de autor pentru operele muzicale. Din nou instanța a statuat că „articolele 30 și 36 din tratatul CEE se interpretează în sensul că acestea nu se opun punerii în aplicare a unei legislații a unui stat membru care permite unui producător de suporturi audio în acest stat membru să invoce drepturile exclusive de reproducere și difuzare a unor opere muzicale al căror titular este pentru a interzice vânzarea, pe teritoriul acestui stat membru, de suporturi audio care includ aceleași opere muzicale, atunci când aceste suporturi sunt importate dintr-un alt stat membru în care fuseseră legal comercializate, fără consimțământul titularului menționat sau al beneficiarului și în care producătorul acestor suporturi beneficiase de o protecție al cărei termen între timp, a expirat”²⁸.

În această cauză Emi Electrola GmbH, cesionară a drepturilor exclusive de reproducere și difuzare pe teritoriul german a suporturilor care includeau operele muzicale interpretate de un cântăreț britanic binecunoscut, a cerut instanței naționale germane să interzică altor două întreprinderi germane, Patricia Im – und Export și Lune-Ton, să comercializeze pe teritoriul german suporturi audio importate din Danemarca și care includeau unele din operele muzicale asupra cărora Emi Electrola avea drepturi exclusive. Patricia Im – und Export și Lune-Ton au invocat comercializarea legală a suporturilor în Danemarca, deoarece, conform dreptului danez, perioada de protecție a drepturilor exclusive de autor expirase deja. Instanța națională germană, apreciind că în cauză este aplicabilă legea germană care conferea protecție drepturilor exclusive de autor, a sesizat însă Curtea de Justiție, cu întrebarea dacă nu cumva interzicerea la import a suporturilor nu reprezintă o încălcare a dreptului la liberă circulație a mărfurilor interzis de art.30 și următoarele din Tratatul CEE.

Curtea de Justiție, apelând la jurisprudența sa anterioară și anume cauza Musik-Vertrieb membran 55 și 57/80, a arătat că încălcarea principiului liberei circulații a mărfurilor ar fi avut loc doar în cazul în care titularul drepturilor de autor sau beneficiarul licenței ar fi introdus în mod legal suporturile pe piața unui alt stat membru, ceea ce în cazul de față nu se regăsește, fiind vorba doar de expirarea duratei de protecție.

În toate aceste cauze s-a acordat prioritate ocrotirii drepturilor de autor și drepturilor conexe în detrimentul principiului liberei circulații a mărfurilor, cu condiția ca acest drept invocat să existe și să îndeplinească toate cerințele pentru a fi protejat, inclusiv ca titularul de drepturi să nu fi realizat acte sau fapte care să îl excludă de la protecție.

Dacă însă dreptul de proprietate intelectuală protejat este exercitat abuziv, Curtea de Justiție nu a ezitat însă în a da prioritate principiului liberei circulații a mărfurilor. O astfel de situație a existat în cauza 55 și 57/80 Musik-Vertrieb membran, când Curtea de Justiție, prin Hotărârea din 20 ianuarie 1981 a ajuns la concluzia că „titularul unui drept de autor nu poate invoca un drept exclusiv de exploatare conferit de dreptul de autor pentru a împiedica sau a restrânge importul de suporturi audio care au fost introduse în mod legal pe piața unui alt stat membru de către titular sau cu consimțământul acestuia”²⁹.

Cu alte cuvinte, Curtea de Justiție a urmărit protejarea drepturilor de autor și a drepturilor conexe prin apelarea și aplicarea pentru aceste drepturi a dispozițiilor comunitare - acolo unde

http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1986&T3=158&RechType=RECH_naturel&Submit=C%C4%83utare (accessed 29 martie 2010)

²⁸ © Uniunea Europeană, <http://eur-lex.europa.eu/>, Hotărârea din 24 ianuarie 1989, EMI Electrola GmbH împotriva Patricia Im- und Export și alții, C-341/87, concluzia Curții,

http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1987&T3=341&RechType=RECH_naturel&Submit=C%C4%83utare (accessed 29 martie 2010)

²⁹ © Uniunea Europeană, <http://eur-lex.europa.eu/>, Hotărârea din 24 ianuarie 1989, EMI Electrola GmbH împotriva Patricia Im- und Export și alții, C-341/87, punctul 9,

http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1987&T3=341&RechType=RECH_naturel&Submit=C%C4%83utare (accessed 29 martie 2010)

aceste drepturi nu erau ocrotite corespunzător sau nu erau ocrotite în mod egal și de natură să impiezeze asupra funcționarii Pieței Comune - și a acordat prioritate legislațiilor naționale în măsura în care acestea, chiar încalcând dispozițiile tratatelor europene, asigurau protejarea drepturilor de proprietate intelectuală și industrială, în scopul obținerii veniturilor necesare pentru susținerea și recompensarea muncii creatoare.

Totuși, multe din întrebările preliminare adresate de instanțele naționale au scos în evidență necesitatea intervenirii legislative la nivel european pentru armonizarea directă, efectivă și imediată a legislațiilor naționale în domenii în care jurisprudența Curții nu putea interveni și în care hotărârile preliminare nu puteau rezolva eficient diferențele naționale de reglementare.

Uneori chiar întrebările preliminare și hotărârile Curții de Justiție a Uniunii Europene au reprezentat forța motrice a adoptării Directivelor de armonizare, cum este cazul Hotărârii din 20 octombrie 1993 a Curții pronunțată în cauzele conexe C-92/92 și C-326/92 Phil Collins și alții, menționată expres la alineatul 6 al Directivei 2001/84/CE privind dreptul de suită în beneficiul autorului unei opere de artă originale, prevederi pe care le redăm mai jos, fiind de prisos orice alte comentarii suplimentare:

„Convenția de la Berna privind protecția operelor literare și artistice prevede că dreptul de suită este valabil doar dacă acest lucru este permis de legislația țării căreia îi aparține autorul în cauză. Prin urmare, acest drept este unul opțional, supus regulii reciprocității. Din jurisprudența Curții de Justiție a Comunităților Europene cu privire la aplicarea principiului nediscriminării prevăzut în art.12 din Tratat, așa cum apare în hotărârea din 20 octombrie 1993 în cauzele conexe C-92/92 și C-326/92 Phil Collins și alții, rezultă că dispozițiile de drept intern care conțin clauze de reciprocitate nu pot fi invocate pentru a refuza resortisanților altor state membre drepturile conferite resortisanților naționali. Aplicarea unor astfel de clauze în contextul comunitar este contrară principiului tratamentului egal care rezultă din interzicerea oricărei discriminări pe motiv de apartenență națională”.

Deoarece în cele două cauze conexe C-92/92 și C-326/92, atât Convenția de la Roma cât și Convenția de la Berna erau excluse de la aplicare, deoarece, pe de o parte, SUA, statul în care Phil Collins concertase, nu aderase la Convenția de la Roma și pe de altă parte, deoarece Convenția de la Berna viza doar drepturile de autor, nu și drepturile conexe, iar Convenția de la Roma nu putea fi aplicată retroactiv pentru prestațiile susținute de cântărețul Cliff Richard între anii 1958 și 1959, convenția neputând retroactiva³⁰, singura cale de ocrotire a drepturilor de autor și a drepturilor conexe a fost jurisprudența Curții de Justiție și recurgerea la principiul nediscriminării pe motive de naționalitate consacrat de art.7 primul paragraf din Tratatul CEE (devenit ulterior articolul 12).

În acest mod, Curtea de Justiție și-a exprimat convingerea că divergențele dintre legislațiile naționale și neaderarea tuturor statelor membre la Convențiile internaționale în materie nu poate atrage lipsa ocrotirii drepturilor de proprietate intelectuală.

Adoptarea Directivelor europene a permis pe de o parte atingerea dezideratului unei reglementări armonizate la nivelul Uniunii și protecția efectivă a drepturilor de proprietate intelectuală, însă a marcat și dezvoltarea unei noi jurisprudențe a Curții de Justiție, în urma noilor întrebări adresate de către instanțele naționale cu privire la interpretarea directivelor. Scopul armonizării a fost adesea menționat în mod explicit în cuprinsul Directivelor.

Cu alte cuvinte, armonizarea în protejarea drepturilor de proprietate intelectuală nu a putut fi realizată în totalitate în condițiile în care noțiunile și termenii folosiți în cuprinsul Directivelor nu aveau o definiție explicită.

Acest aspect, al necesității unui „dicționar comun” s-a ivit abia în practică, ulterior transpunerii directivelor în legislațiile interne ale statelor membre, care adesea interpretau fie

³⁰ © Uniunea Europeană, [http://eur-lex.europa.eu/Hotărârea din 20 octombrie 1993, Phil Collins împotriva Imtrat Handelsgesellschaft mbH și Patricia Im împotriva Emi Electrola GmbH, C-92/92 și C-326/92, punctele 5 și 9, \[http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search\]\(http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search\) \(accessed 29 martie 2010\)](http://eur-lex.europa.eu/Hotărârea%20din%20octombrie%201993%2C%20Phil%20Collins%20împotriva%20Imtrat%20Handelsgesellschaft%20mbH%20și%20Patricia%20Im%20împotriva%20Emi%20Electrola%20GmbH%2C%20C-92/92%20și%20C-326/92%2C%20punctele%205%20și%209%2C%20http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V6&T2=1992&T3=92&RechType=RECH_naturel&Submit=Search)

dispozițiile Directivelor, fie termenii utilizați și nedefiniți de acestea conform dreptului național.

Din nou, a revenit Curții de Justiție să interpreteze noile reglementări comunitare și să finalizeze armonizarea legislativă prin jurisprudența sa și dezvoltând noi principii de drept comunitar.

Unul din noile principii dezvoltate de Curtea de Justiție a fost „principiul interpretării armonioase” în sensul în care statele membre au obligația de a interpreta dreptul național în conformitate cu directivele, dar numai după ce termenul-limită pentru implementarea directivei a expirat³¹. Această regulă a fost apoi extinsă, în sensul în care dreptul național al statelor trebuia interpretat nu numai conform directivelor, ci și conform principiilor generale ale dreptului comunitar.

Astfel, în cauza C-275/06, *Promusicae împotriva Telefonica de Espana*, instanța spaniolă a adresat o întrebare preliminară Curții de Justiție, prin care a solicitat să se stabilească dacă dreptul comunitar și în special : Directiva 2000/31/CE privind anumite aspecte juridice ale serviciilor societății informaționale, în special ale comerțului electronic, pe piața internă, Directiva 2001/29/CE privind armonizarea anumitor aspecte ale dreptului de autor și drepturilor conexe în societatea informațională și Directiva 2004/48/CE privind respectarea drepturilor de proprietate intelectuală, coroborate cu articolul 17 și 47 din Cartă, trebuie interpretate în sensul în care impun statelor membre să prevadă, în vederea asigurării protecției efective a dreptului de autor, obligația de a comunica date cu caracter personal în cadrul unei acțiuni civile. Întrebarea instanței naționale s-a ivit pe fondul unui litigiu în care societatea *Promusicae*, o asociație fără scop lucrativ de producători și editori de înregistrări muzicale, au solicitat societății *Telefonica* să dezvăluie identitatea și adresa persoanelor cărora le furnizează servicii de internet și care încalcă drepturile de proprietate intelectuală prin folosirea programului „peer to peer” de schimb de fișiere conținând fonograme. *Telefonica* a formulat opoziție împotriva ordonanței de admitere a măsurilor preliminare formulată de instanță și a susținut că această comunicare a datelor personale se poate face doar în cadrul unei anchete penale conform prevederilor legii naționale, deoarece prevederile Directivei 2004/48/CE privind respectarea drepturilor de proprietate intelectuală nu impun statelor membre obligația de a comunica date cu caracter personal în cadrul unei proceduri civile.

Curtea de Justiție însă nu a fost de acord cu acest argument și a arătat că „incumbă autorităților și instanțelor din statele membre nu numai să interpreteze dreptul lor național într-un mod conform directivelor, ci și să se asigure că nu se vor întemeia pe o interpretare a acestora care ar intra în conflict cu drepturile fundamentale respective sau cu alte principii generale ale dreptului comunitar precum principiul proporționalității”³².

Acest principiu al proporționalității a fost consacrat inițial prin prevederile art.5 din tratatul CEE și „prevede că acțiunea Comunității nu depășește ceea ce este necesar în vederea atingerii obiectivelor Tratatului(...). De regulă vor exista trei etape în cadrul unei analize a respectării principiului proporționalității: dacă măsura este adecvată pentru a atinge finalitatea dorită, dacă aceasta era necesară în vederea atingerii finalității dorite, dacă măsura impune asupra persoanei o povară excesivă raportat la obiectivul a cărui realizare se urmărește”³³.

Astfel, în speță, instanța comunitară a apreciat că, deși nu exista obligația statului membru de a prevedea obligația de a comunica date cu caracter personal în vederea asigurării protecției efective a dreptului de autor în cadrul unei proceduri civile, în temeiul prevederilor Directivei 2000/31/CE privind anumite aspecte juridice ale serviciilor societății informaționale, a Directivei

³¹ Paul Craig and Grainne de Burca *Dreptul Uniunii Europene, Comentarii, jurisprudență și doctrină*, Ediția a IVa, (București, Editura Hamangiu, 2009), 358 și 362

³² Site-ul Curții de Justiție a Comunităților Europene, Hotărârea din 29 ianuarie 2008, *Promusicae împotriva Telefonica de Espana*, C-275/06, punctul 68, <http://curia.europa.eu/jurisp/Rechercher>(accessed 29 martie 2010)

³³ Paul Craig and Grainne de Burca *Dreptul Uniunii Europene, Comentarii, jurisprudență și doctrină*, Ediția a IVa, (București, Editura Hamangiu, 2009), 681

2001/29/CE privind armonizarea anumitor aspecte ale dreptului de autor și drepturilor conexe în societatea informațională, a Directivei 2004/48/CE privind respectarea drepturilor de proprietate intelectuală și a Directivei 2002/58/CE privind prelucrarea datelor personale și protejarea confidențialității în sectorul comunicațiilor electronice, acest lucru ar fi trebuit realizat de statul membru prin autoritățile sale. Această obligație impusă statului membru este menită să asigure protejarea drepturilor de proprietate intelectuală, deoarece aceasta este finalitatea și scopul urmărit de Directive, chiar cu restrângerea confidențialității datelor cu caracter personal, lucru permis de art.13 alineatul 1 din Directiva 95/46/CE privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date.

Concluzia pe care o tragem este că un drept nu poate fi ocrotit în detrimentul altuia, ocrotirea legală încetând la momentul încălcării dreptului ocrotit, în cazul nostru un drept de proprietate intelectuală.

Acesta este până la urmă și scopul armonizării legislative la nivelul UE în domeniul drepturilor de proprietate intelectuală, acela de asigurare a unui înalt grad de protecție a acestor drepturi. Aceasta este și opinia avocatului general Verica Trstenjak prezentată Curții de Justiție în cauza C-5/08 între Infopaq Internațional împotriva Danske Dagblades Forening, opinie în care se arată că „orice armonizare a dreptului de autor și a drepturilor conexe trebuie să aibă la bază un nivel ridicat de protecție, deoarece aceste drepturi sunt esențiale pentru creația intelectuală”.

Asigurarea acestui nivel ridicat de protecție a dus și la sancționarea Irlandei în Cauza C-175/05, Comisia Comunităților Europene contra Irlanda, datorită faptului că, în transpunerea Directivei 92/100/CEE, Irlanda a încălcat prevederile articolului 5 referitoare la derogările de la dreptul exclusiv de împrumut public pe care statele le pot prevedea prin legea națională de transpunere a Directivei.

Irlanda s-a făcut vinovată de încălcarea acestui articol 5, în sensul că a prevăzut în legislația sa națională că toate localurile de împrumut public a unor opere ocrotite de dreptul de autor și de drepturile conexe sunt exonerate de plata remunerațiilor pentru împrumutul public.

Sancționarea Irlandei a pus din nou în discuție modul de interpretare al termenilor folosiți în cuprinsul Directivelor, dar în sensul principiului de drept binecunoscut de statele europene: *exceptio est strictissimae interpretationis*. Astfel, Curtea de Justiție arată că directiva trebuie interpretată restrictiv ...iar în interpretarea unei dispoziții a dreptului comunitar, este necesar să se țină cont nu numai de cuvintele propriu-zise, ci și de contextul în care ele sunt folosite și de obiectivele urmărite de regulile din care aceste excepții fac parte³⁴.

Interpretarea noțiunilor folosite de directive a făcut obiectul unei alte întrebări preliminare în cauza C-306/05, Sociedad General de Autores y Editores de Espana (SGAE) împotriva Rafael Hoteles SA, instanța de trimitere fiind Audiencia Provincial de Barcelona (Spania). Instanța națională a adresat, prin prima și a treia întrebare preliminară, întrebarea dacă distribuția ca atare a semnalului prin intermediul aparatelor de televiziune instalate în camerele de hotel, în beneficiul clienților, chiar și atunci când unii clienți nu folosesc aparatele respective și, deci, nu recepționează operele protejate de dreptul de autor constituie un act de comunicare către public³⁵ în sensul art.3 din Directiva 2001/29/CE de armonizare a anumitor aspecte privind dreptul de autor și drepturile conexe în societatea informațională.

Apelând la jurisprudența sa și reluând argumentele invocate în cauze asemănătoare, Curtea subliniază din nou că interpretarea prevederilor legale comunitare nu se face decât prin raportare la contextul în care termenii utilizați apar și conform scopurilor urmărite de actele normative comunitare.

³⁴ Site-ul Curții de Justiție a Comunităților Europene, Hotărârea din 11 ianuarie 2007, Comisia Comunităților Europene contra Irlanda, C-175/05, punctele 19 și 26, <http://curia.europa.eu/jurisp/Rechercher> (accessed 29 martie 2010)

³⁵ Florin Ciutacu, *Dreptul de proprietate intelectuală. Dreptul de autor. Dreptul de proprietate industrială. Culegere de spețe. Modele de contracte*, (București, Editura Themis Cart, 2008), 33

Curtea de Justiție arată că termenii folosiți în cuprinsul Directivei trebuie interpretați în sens larg și conform obiectivului declarat al Directivei de asigurare a unui înalt nivel de protecție a autorilor operelor protejate, ajutându-i să obțină o dreaptă recompensă pentru utilizarea operelor lor, cu ocazia comunicării acestor opere către public.³⁶ Așa cum s-a reținut³⁷, în lipsa unei definiții în dreptul comunitar, noțiunea de „public” nu poate fi redusă la diferitele accepțiuni din legislațiile naționale ale statelor membre.

Totuși, Curtea de Justiție nu a ocrotit în orice mod și în orice măsură drepturile de proprietate intelectuală, ci numai în cazul în care exercitarea acestor drepturi se făcea cu respectarea procedurilor comunitare în materie, care să confere efect direct orizontal anumitor reglementări adoptate pe plan național în aplicarea unei Directive.

În cauza C-20/05, procedura penală împotriva lui Karl Josef Wilhelm Schwibbert, Curtea de Justiție a fost interogată de instanța națională italiană, care a solicitat, printre altele, interpretarea Directivei 98/34/CE de stabilire a unei proceduri pentru furnizarea de informații în domeniul standardelor și reglementărilor tehnice. Instanța națională italiană a fost sesizată cu judecarea penală a reprezentantului legal al societății K.J.W.S, domnul Schwibbert, acuzat că deținea pentru vânzare, un anumit număr de CD-uri conținând reproduceri ale operelor unor pictori și care nu purtau semnul distinctiv „SIAE” ca instrument național de autentificare și de garanție care permite să se distingă produsul licit de produsul piratat. Întrebarea instanței naționale a fost dacă acest semn distinctiv putea fi interpretat ca „reglementare tehnică” în acord cu prevederile art.1 din Directiva 98/34/CE, Directivă care a realizat o codificare a Directivei 83/189/CEE. Directiva 98/34, prin articolele 8 și 9, a instituit obligativitatea statelor membre de a comunica Comisiei CEE proiectele de reglementări tehnice, pentru a se putea verifica de către Comisie compatibilitatea lor cu dreptul comunitar, în special cu libera circulație a mărfurilor.

Curtea de Justiție, după ce a stabilit că semnul distinctiv „SIAE” este o specificație tehnică în sensul art.1 alin.3 din Directiva 98/34, a arătat că această specificație tehnică nu a fost notificată Comisiei, astfel că nu poate fi opozabilă particularilor, deci nici domnului Schwibbert, deoarece necomunicarea echivalează cu un viciu de procedură în adoptarea respectivei specificații tehnice.

Concluzia cu aparență de validitate în urma analizei acestor cauze este că, ori de câte ori dispozițiile invocate privesc drepturile conferite titularilor de drepturi de autor sau de drepturi conexe, aceste drepturi trebuie interpretate până la urmă în sensul larg al conferirii unei protecții cât mai extinse și a unor avantaje mărite, fie în temeiul prevederilor comunitare, fie în temeiul legii naționale mai favorabile. În mod contrar, ori de câte ori se interpretează un aspect care vizează o restricție a acestor drepturi de proprietate intelectuală, acea restricție trebuie redusă și aplicată strict la acele cazuri determinate de normele comunitare exprese. Până în prezent jurisprudența Curții de Justiție pare să confirme această concluzie.

Analizând accesul instanțelor naționale la Curtea de Justiție a Uniunii prin adresarea către aceasta a întrebărilor preliminare, observăm că această procedură este supusă unor condiții a căror nerespectare poate atrage sancțiunea respingerii cererilor adresate de către judecătorii naționali și implicit, imposibilitatea Curții de a-și îndeplini rolul consacrat prin Tratatul constitutiv.

Practica relevantă în protecția drepturilor de proprietate intelectuală nu este extrem de vastă, deoarece, pe de o parte, instanțele naționale au doar posibilitatea și nu obligația de a adresa întrebări preliminare Curții de Justiție, cu excepția situației în care decizia lor nu mai este supusă nici unei căi de atac în dreptul intern, caz în care sesizarea Curții prin procedura întrebării preliminare devine obligatorie. Pe de altă parte, directivele comunitare în materie au permis

³⁶ Site-ul Curții de Justiție a Comunităților Europene, Hotărârea din 7 decembrie 2006, Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SAC-306/05, C306/05, punctul 36,

<http://curia.europa.eu/jurisp/Rechercher>(accessed 29 martie 2010)

³⁷ Florin Ciutacu, *Dreptul de proprietate intelectuală. Dreptul de autor. Dreptul de proprietate industrială. Culegere de spețe. Modele de contracte*, (București, Editura Themis Cart, 2008), 33

armonizarea directă a prevederilor legislațiilor statelor membre în materia drepturilor de proprietate intelectuală.

Totuși acest lucru nu a înlăturat clarificarea interpretării dreptului comunitar de către instanțele naționale, interpretare care a implicat și va mai implica apelarea la procedurile Curții de Justiție.

Adresându-se Curții de Justiție prin procedura întrebării preliminare, instanța națională trebuie să respecte un minim de condiții în cooperarea sa cu instanța europeană, pentru a-i permite acesteia să-și exercite rolul de interpret al prevederilor comunitare.

Fără a da dovadă de rigiditate excesivă sau de formalism exagerat, Curtea de Justiție a Uniunii a solicitat adesea instanțelor naționale să formuleze întrebări clare, precise și complete, cel puțin în măsura care să permită Curții să corecteze trimiterile formulate necorespunzător sau să extragă dintr-o întrebare imperfect formulată acele elemente care să permită interpretarea normelor comunitare, fără a modifica totuși substanța întrebărilor trimise.³⁸

Uneori însă, Curtea de Justiție a fost nevoită să respingă întrebarea adresată de către instanța națională fără a o analiza pe fond, declarând-o inadmisibilă, în condițiile în care instanța națională nu și-a îndeplinit obligațiile ce îi revin pentru adresarea unei întrebări preliminare, conform Statutului Curții de Justiție a Uniunii Europene.

În cauza C-20/05, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE de Tribunale civile e penale di Forli (Italia) în procedura penală împotriva lui Karl Josef Wilhelm Schwibbert, Curtea de Justiție a fost nevoită să respingă întrebarea instanței naționale cu privire la interpretarea articolelor 3 CE, 23 CE-27 CE și a Directivei 92/100/CEE, deoarece „decizia de trimitere nu furnizează informațiile necesare pentru a permite Curții să ofere un răspuns util instanței de trimitere”. Curtea de Justiție arată că „potrivit jurisprudenței Curții, este indispensabil ca instanța națională să ofere un minim de explicații cu privire la motivele alegerii prevederilor comunitare a căror interpretare o solicită și cu privire la legătura pe care o stabilește între aceste prevederi și legislația națională aplicabilă litigiului”, iar „în ceea ce privește informațiile referitoare la cadrul juridic național, acestea nu oferă Curții suficiente lămuriri privind caracteristicile prestației financiare pentru obținerea semnului distinctiv «SIAE», pentru a determina dacă este vorba despre o taxă vamală sau despre o taxă cu efect echivalent ...și nici să se aprecieze dacă Directiva 92/100/CE se opune unor astfel de dispoziții naționale”.

Un alt motiv de inadmisibilitate a fost permis în aceeași cauză cu privire la interpretarea Directivei 2001/29/CE, deoarece Curtea de Justiție a apreciat că „evenimentele care stau la originea litigiului din acțiunea principală s-au derulat în cursul lunii februarie 2000, dată la care respectiva directivă nu fusese încă adoptată. Astfel, întrebarea preliminară, în măsura în care privește interpretarea Directivei 2001/29, este inadmisibilă”. Este vorba despre Directiva Parlamentului European și a Consiliului din 22 martie 2001 de armonizare a anumitor aspecte privind dreptul de autor și drepturile conexe în societatea informațională, a cărei intrare în vigoare opera la momentul publicării acesteia în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene, conform articolului 14. Directiva a fost publicată în JO L 167 din 22.06.2001. În consecință, Curtea de Justiție nu se putea pronunța asupra incidenței Directivei în condițiile în care, conform principiului neretroactivității, aceasta nu numai că nu fusese transpusă în legislația internă a instanței naționale care adresase întrebarea preliminară, dar nici măcar nu intrase în vigoare, nefiind publicată, la data evenimentelor din acțiunea principală derulată în fața instanței naționale, în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene.

Limitele cu privire la posibilitatea Curții de Justiție de a se pronunța vizează deci un aspect temporal combinat cu un aspect care privește aderarea sau nu a statului instanței naționale care

³⁸ Paul Craig and Grainne de Burca, *Dreptul Uniunii Europene, Comentarii, jurisprudență și doctrină*, Ediția a IVa, (București, Editura Hamangiu, 2009), 604-614

adresează o întrebare preliminară la Uniunea Europeană.

Dacă faptele care fac obiectul litigiului aflat în fața instanței naționale s-au petrecut înainte de aderarea statului respectiv la Uniunea Europeană, Curtea de Justiție și-a exprimat în mod clar punctul de vedere în sensul în care poate interpreta directiva doar de la momentul aderării statului la Uniunea Europeană, chiar dacă statul transpuse Directiva anterior aderării în legislația sa națională³⁹.

Cu toate acestea, tot Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat că hotărârile sale nu au efect de la data pronunțării lor, ci efectul lor retroactivează și cu privire la raporturile juridice născute înainte de emiterea hotărârii preliminare⁴⁰.

Cu privire la efectul direct al Tratatelor, cu referire specifică la art.141 din TCE, Curtea a răspuns că art.141 are efect direct de la expirarea perioadei de tranziție, respectiv de la 1 ianuarie 1962, în statele membre fondatoare, în timp ce în alte state de la data intrării în vigoare a tratatelor de aderare⁴¹.

Din această perspectivă a aplicării *ratione temporis* a legislației comunitare a tratat și avocatul general Eleanor Sharpston întrebările preliminare adresate în cauza C-518/08, Fundacio Gala-Salvador Dali și Visual Entidad de Gestion de Artistas Plasticos (VEGAP) împotriva Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques (ADAGP). Avocatul general a arătat că, deoarece Directiva 2001/84/CE privind respectarea drepturilor de proprietate intelectuală aplicabilă în speță trebuia transpusă de statele membre în legislația lor internă până la data de 1 ianuarie 2006, conform articolului 12 al directivei, ”interpretarea directivei este relevantă în ceea ce privește perioada cu începere de la 1 ianuarie 2006”.

Subliniind obligația statelor de a nu adopta măsuri care să compromită rezultatul urmărit prin directivele adoptate pe perioada transpunerii acestora, concluziile avocatului arată că „instanțele naționale sunt datoare să interpreteze dreptul intern în conformitate cu o directivă numai după expirarea perioadei stabilite pentru transpunere”⁴².

În legătură cu întinderea protecției, una din limitele dreptului comunitar este legată de chestiunea protecției resortisanților statelor terțe și de durata protecției în condițiile transpunerii Directivei 93/98/CEE privind armonizarea duratei de protecție a dreptului de autor și a anumitor drepturi conexe. Armonizarea duratelor de protecție la nivel comunitar s-a făcut cu respectarea obligațiilor asumate de state sau de comunitate prin tratatele internaționale încheiate, cât și cu respectarea duratelor de protecție mai lungi decât cele stabilite prin prevederile Directivei, care începuseră deja să curgă conform legislației naționale la data termenului limită de transpunere a Directivei și anume data de 1 iulie 1995.

Directiva 93/98/CEE vorbește în art.7 despre autorii sau titularii care nu sunt resortisanți ai Comunității, dar cu condiția ca statele membre să le acorde protecție. Pe de altă parte, în art.10 teza a doua directiva vorbește despre aplicabilitatea duratelor de protecție menționate de directivă „tuturor operelor și obiectelor care, la data prevăzută în art.13 alin.1[data termenului limită de transpunere a Directivei și anume data de 1 iulie 1995], sunt protejate în cel puțin un stat membru în cadrul aplicării dispozițiilor naționale privind dreptul de autor sau drepturile conexe sau care îndeplinesc criteriile de protecție prevăzute în Directiva 92/100/CE”.

³⁹ Tudorel Ștefan și Beatrice Andreșan-Grigoriu, *Drept comunitar*, (București, Editura CH Beck, 2007), 293
Adina Vlăsceanu și Tudorel Ștefan, Alina Nicoleta Vlăsceanu *Procedura hotărârii preliminare.Culegere de hotărâri ale CJCE* (București, Editura Hamangiu, 2009), 16-22

⁴⁰ Tudorel Ștefan și Beatrice Andreșan-Grigoriu, *Drept comunitar*, (București, Editura CH Beck, 2007), 291,
Cauza C-402/03 Skov Aeg c. Bilka

⁴¹ Tudorel Ștefan și Beatrice Andreșan-Grigoriu, *Drept comunitar*, (București, Editura CH Beck, 2007), 290,
Cauza 43/75 Gabrielle Defrenne c.Societe anonyme belge de navigation aeriene Sabena

⁴² Site-ul Curții de Justiție a Comunităților Europene, Concluziile Avocatului General Eleanor Sharpston din 17 decembrie 2009, Fundacio Gala-Salvador Dali și VEGAP împotriva ADAGP și alții, C-518/08, punctele 42-45, <http://curia.europa.eu/jurisip/Rechercher> (accessed 29 martie 2010)

Durata protecției a atras adresarea de întrebări preliminare de către instanțele naționale confruntate cu aplicarea Directivei.

Un astfel de caz este cel al instanței germane de recurs din Cauza C-240/07, Sony Music Entertainment GmbH împotriva Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH, instanță care, considerând că soluționarea recursului depinde de interpretarea art.10 alin.2 din Directiva 93/98/CEE și fiind și obligată la aceasta, în temeiul prevederilor art.226 din tratat, a sesizat Curtea de Justiție cu o întrebare preliminară privind interpretarea articolului 10.

Litigiul în fața instanței naționale germane s-a desfășurat între Sony Music Entertainment (Germany) GmbH, filiala germană a societății multinaționale binecunoscute și Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH. Filiala Sony, în calitate de deținător al drepturilor referitoare la reproducerea și distribuția de fonograme a artistului Bob Dylan, a cerut instanței germane să interzică Falcon să reproducă sau/și să permită reproducerea și distribuția fonogramelor „Bob Dylan – Blowin in the Wind” și „Bob Dylan - Gates of Eden” pe teritoriul german. Aceste fonograme reproduse și distribuite de Falcon conțineau o serie de titluri apărute în cadrul albumelor „Bob-Dylan Bringing It All Back Home” , ” The Times They Are A Changin” și „Highway 61 revisited” care fuseseră publicate în SUA înainte de 1 ianuarie 1966. Falcon a cerut instanței respingerea acțiunii, deoarece pe teritoriul național german nici un producător de fonograme nu posedă drepturi asupra albumelor înregistrate de Bob Dylan înainte de 1 ianuarie 1966 în SUA, albume din care unele piese fuseseră reproduse și distribuite de Falcon prin fonograme pe teritoriul german.

Prima instanță națională germană a respins acțiunea introdusă de Sony, deoarece protecția drepturilor de autor prin Convenția pentru protejarea producătorilor de fonograme împotriva reproducerii neautorizate a fonogramelor lor, adoptată la Geneva la 29 octombrie 1971, în vigoare în Germania și în Statele Unite, se aplica doar pentru activități realizate după data de 1 ianuarie 1966, astfel că prevederile convenției internaționale nu erau aplicabile. Instanța de fond a considerat că înregistrările anterioare datei de 1 ianuarie 1966 nu pot fi protejate nici în temeiul dispozițiilor tranzitorii a legii germane de transpunere a Directivei 93/98, deoarece fonogramele produse înainte de 1 ianuarie 1966 nu fuseseră niciodată protejate în Germania, a cărei lege națională privind drepturile de autor și drepturile conexe intrase în vigoare la data de 9 septembrie 1965.

Instanța germană de recurs a adresat Curții de Justiție două întrebări preliminare, prin care a cerut Curții de Justiție să stabilească dacă de durata de protecție prevăzută la art.10 alin.2 din Directiva 93/98 beneficiază și obiecte care nu au fost protejate niciodată în statul membru în care se solicită protecția și dacă dispozițiile naționale la care se referă art.10 alin.2 din Directivă includ deopotrivă dispozițiile privind protecția titularilor de drepturi conexe dreptului de autor care nu sunt resortisanți ai Comunității⁴³.

Așa cum reiese din reglementările directivei și așa cum subliniază și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, condiția protecției prin directivă este ca obiectul sau opera să fi fost protejată, la data de 1 iulie 1995, data intrării în vigoare a legii germane de transpunere a directivei, în cel puțin un stat membru, indiferent de naționalitatea sau cetățenia titularului de drepturi conexe dreptului de autor cu privire la această operă sau acest obiect, deci inclusiv pentru resortisanții statelor terțe⁴⁴.

Curtea de Justiție a înlăturat confuzia instanței naționale, arătând că dispozițiile art.10 alin.2 din directivă cu privire la opera protejată în cel puțin un stat membru în cadrul aplicării

⁴³ Site-ul Curții de Justiție a Comunităților Europene, Hotărârea din 20.01.2009, Sony Music Entertainment GmbH împotriva Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH, Cauza C-240/07, punctele 20 și 26, <http://curia.europa.eu/jurisp/Rechercher> (accessed 29 martie 2010)

⁴⁴ Site-ul Curții de Justiție a Comunităților Europene, Hotărârea din 20.01.2009, Sony Music Entertainment GmbH împotriva Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH, Cauza C-240/07, punctele 29-34, <http://curia.europa.eu/jurisp/Rechercher> (accessed 29 martie 2010)

dispozițiilor naționale privind dreptul de autor și drepturile conexe trebuie interpretat în sensul protecției în orice stat membru și nu neapărat în statul în care această protecție este invocată.

Din nou această interpretare a Curții de Justiție a fost menită a asigura protejarea armonizată a drepturilor de autor și a drepturilor conexe în mod uniform la nivelul Uniunii Europene, în vederea asigurării îndeplinirii scopurilor Directivei 93/98 și anume stabilirea aceluiași punct de plecare pentru calculul duratei de protecție a drepturilor conexe dreptului de autor și aceleași durate de protecție a acestor drepturi în ansamblul Comunității, pentru a asigura buna funcționare a Pieței Interne⁴⁵.

În cauza C-240/07, Sony Music Entertainment (Germany) GmbH și Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH, având în vedere raționamentul Curții de Justiție expus mai sus și ținând cont că fonogramele „Bob-Dylan Bringing It All Back Home” , „The Times They Are A Changin” și „Highway 61 revisited” erau protejate anterior datei de 1 ianuarie 1966 în Regatul Unit, Curtea de Justiție a conchis că aceste fonograme beneficiau de protecție și în Germania ca stat în care protecția a fost invocată de titularul în drepturi al artistului. În aceste condiții, spune Curtea de Justiție, dispozițiile articolului 7 alineatul 2 din Directiva 93/98 nu pot fi aplicate în speță, fiind aplicabile prevederile art.10 alin.2, deoarece fonogramele conținând înregistrări ale lui Bob Dylan erau protejate în statul membru Regatul Unit la data limită de transpunere a Directivei în legislația națională a statelor membre și anume data de 1 iulie 1995. În concluzie aceste fonograme vor fi protejate și pe teritoriul statului german, datorită îndeplinirii condițiilor de protecție stabilite prin Directiva 93/98, pentru titularul drepturilor asupra operei, resortisant al unei țări terțe.

Conclusions

Armonizarea legislațiilor naționale în materia drepturilor de proprietate intelectuală vizează până la urmă scopul final al construcției europene și anume funcționarea Pieței Unice, prin înlăturarea oricăror bariere care să afecteze această funcționare, dar cu respectarea libertății statelor membre de a alege căile și modalitățile de ocrotire a acestor drepturi. Această libertate a statelor este limitată doar la respectarea și transpunerea liber-consimțită a aquis-ului comunitar în legislația internă, ca prag minim de protecție a drepturilor de proprietate intelectuală, statele membre putând să prevadă o protecție mai ridicată prin prevederile legislației naționale.

Rămâne pe mai departe în sarcina Uniunii Europene extinderea protecției drepturilor de proprietate intelectuală, inclusiv prin încheierea de către Uniunea Europeană de tratate internaționale în materie ca și subiect de drept cu personalitate juridică, personalitate și drepturi conferite Uniunii prin prevederile tratatului de la Lisabona, ca deziderat.

Referințe

1. Stelian Scăunaș, *Uniunea Europeană.Construcție.Reformă.Instituții.Drept* (București, Editura CH Beck, 2008);
2. Ion Jinga, *Tratatul de la Lisabona:soluție sau etapă în reforma instituțională a Uniunii Europene?*, Revista de Drept Comunitar 1, (2008);
3. Brândușa □tefănescu, *Trimiterea prejudicială în fața Curții de Justiție a Comunității Europene*, Revista Română de drept Comunitar 1 (2003);
4. Paul Craig and Grainne de Burca, *Dreptul Uniunii Europene, Comentarii, jurisprudență și doctrină*, Ediția a IVA, (București, Editura Hamangiu, 2009);
5. Tudorel □tefan și Beatrice Andreșan-Grigoriu, *Drept comunitar*, (București, Editura CH Beck, 2007);

⁴⁵ Site-ul Curții de Justiție a Comunităților Europene, Hotărârea din 20.01.2009, Sony Music Entertainment GmbH împotriva Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH, Cauza C-240/07, punctul 34, <http://curia.europa.eu/jurisp/> Rechercher (accessed 29 martie 2010)

6. Adina Vlăsceanu și Tudorel Țepeș, Alina Nicoleta Vlăsceanu *Procedura hotărârii preliminare. Culegere de hotărâri ale CJCE* (București, Editura Hamangiu, 2009);
7. Florin Ciutacu, *Dreptul de proprietate intelectuală. Dreptul de autor. Dreptul de proprietate industrială. Culegere de spețe. Modele de contracte*, (București, Editura Themis Cart, 2008);
8. Site-ul Curții de Justiție a Comunităților Europene, <http://curia.europa.eu/>;
9. © Uniunea Europeană, <http://eur-lex.europa.eu/>;
10. Site-ul oficial al UE, <http://europa.eu/>.

UNIFYING NATIONAL PENAL JURISPRUDENCE AND THE DECISIONS OF THE EUROPEAN UNION COURT OF JUSTICE

Mirela Gorunescu*

Abstract

Generally, the unification of national case law is a very important aspect of ensuring the achievement of equity desideratum in law enforcement field. The more so, the importance of this issue is raised in criminal law, knowing that the criminal legal rules have to be strictly interpreted. This is why real efforts are made in the unification of national criminal jurisprudence, such as the decisions in the interest of law appeal pronounced by the Romanian High Court of Cassation and Justice. After the adoption of the Law no. 340/2009, the challenges will be more powerful, because the field will be marked by the influence of decisions rendered by the Court of Justice of the European Union in matters of police and judicial cooperation in criminal matters.

Keywords: jurisprudence, Romanian system, European Union Court of Justice, case law

Introduction

In the Romanian doctrine it is shown that ideally, the provisions of any given law must be so clear, precise and forward that by simply reading it, it would be sufficient for everyone to understand it, according to *in claris non fit interpretatio*¹ rule. At the same time, it is known that this kind of perfection can never be achieved, for several reasons. First, because some words used by the lawmaker to express an idea don't always have enough precision, clarity and power to express the exact intention or legal will. Second, the substance from which the law draws its inspiration and to whom it is directed to – social life² – is so “vast, complex and in constant change” that it is difficult to make a law that covers all aspects and nuances of real life.

From this fact arises the need to interpret the legal norm, because penal law will be enforced in a good, righteous way only if its provisions are explained in order to know the “true meaning and limitations” of the law³. This is also the reason why all courses and treaties of penal law have referrals to law interpretation and contain necessary instruments and wide classifications on different criteria, useful for those somewhat involved in understanding and applying the lawmaker's will.

Depending on the subject who makes the interpretation, we can distinguish between an authentic interpretation (a legal interpretation, done by the lawmaker itself), a doctrinal interpretation (done by authors of courses and treaties on penal law), but also a judicial interpretation (done by a practitioner of law)⁴.

Out of the three, in my opinion the third one is the most difficult because it meets the need of the celerity claim, imposed by this area of law, but also by the fact that a misinterpretation can lead to serious consequences. When lawmakers come across a mistake they have made, they have the option to repair it by using the same instrument, theorists may publish a study in reconsideration of a prior view on the subject, but an eventual misruling by a judge can lead to infringements or violations of constitutional rights of a person involved in a trial, rising costs and increasing delays

* Associated Profesor, Ph.D., „Alexandru Ioan Cuza” Police Academy, Bucharest (e-mail: mire_gor@yahoo.com).

¹ V. Dongoroz, Criminal Law, Institutul de Arte Grafice Publishers, Bucharest, 1939, p. 97

² “Viata de relatiune”, life in constant interaction, V. Dongoroz, idem

³ I. Tanoviceanu, Criminal Procedural Law, Curierul Judiciar Review, Bucharest, 1912, vol. I, p.242

⁴ I.Pascu, *Criminal Law. General Part*, Hamangiu Publishers, Bucharest, 2009, p. 32

in solving cases. In some penal cases, such misinterpretations could lead to the deprivation of human rights for the rest of a person's life, and this fact underlines the importance of the process.

1. Unfortunately, the practitioner's approach isn't always an easy one and the causes for this are multiple.

Among these causes, the following are indicated: "instabilities and incoherencies of the law; multiple amendments at short periods of time; not synchronizing legislation and provisions; some circumstantial regulations; incomplete and opposing laws⁵".

In European assessments on progresses made in enforcing justice, one of the main indicated problems is that the civil and penal codes, that have never been fully amended, lead to a series of amendments and to adoption of numerous Emergency Ordinances⁶. The result is an opposing jurisprudence, leading to undue delays. Lawmakers try to overcome these delays by enforcing a web of Ordinances, rules and regulations.

European views on this difficult situation is that "it is the aftermath of a political process in which no wide political consensus has been made in enforcing reforms and no serious commitment from all political parties has been taken in order to ensure real progress for the Romanian people". For this reason, it has been said that there is an increasing risk that greater numbers of laws, rules and regulations resulting from conflicts between political parties could cause all parties involved to loose track of the main objective, the objective of building an independent and stable judicial system, able to detect and incriminate conflicts of interests and to combat corruption efficiently⁷.

All of the above constitute serious vulnerabilities of the Romanian judicial system generating different solutions in practice.

This is, actually one of the main deficiencies concerning the Romanian judicial system, with certain effects in enforcing justice and on the credibility of justice⁸.

Considering recent observations, in unifying jurisprudence, the Commission has invited Romania to take these actions: take all measures in accordance to the recommendations of the Working Group regarding the individualization of penalties for corruption offences; to strengthen the role of The Supreme Court in unifying jurisprudence, by simplifying legal procedures regarding appeals, in order to interpret and enforce the law coherently; to elaborate guidelines regarding punishments for acts of corruption.

2. Why is unity so important in enforcing the law, especially penal law? The answer is easy to give, as it is generally accepted that unitary interpretation and law enforcement throughout the country by all courts is essential in order to achieve quality and efficient justice in ensuring a legal climate of security for people and their goods.

Actually, enacting justice entails interpretation and enforcing the law by courts in all cases and the quality of this process depends on the correct interpretation and the unitarily enforcement of law which conducts to a unified legal practice.

Moreover, it is admitted that ensuring an independent justice system cannot be seen only from an objective aspect, as it involves a subjective perspective, in close relation to the way justice is seen as a public service⁹, while for improving this image is crucial to unify the jurisprudence in order to meet the predictability claim imposed at European level.

In fact, in a particular case, the European Court for Human Rights convicted a state for lack of mechanisms able to unify jurisprudence (similar to the appeal in the interest of law from the

⁵ The High Council of Magistrates, Report for justice in 2008, www.csm1909.ro

⁶ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on Progress in Romania under the Co-operation and Verification Mechanism, Brussels, 22.7.2009, COM(2009) 401, www.eur-lex.eu

⁷ Idem

⁸ Also expressed in the Report on justice from 2007 and 2008.

⁹ The High Council of Magistrates, www.csm1909.ro

Romanian system), different rulings for similar cases created constant uncertainty while depriving petitioners of essential warranties for a fair trial¹⁰. Specifically, the Court ruled that some aspects need to be examined: if there were any profound and constant differences in national Supreme Court rulings; if national legislation provided ways to overcome these inaccuracies; if these mechanisms were applied and what was, if any, the effect of their enactment. In national examined jurisprudence from 2001 to 2005 there were two different interpretations of the same legal provisions. Because of this, the European Court considered that there were “serious and constant” inaccuracies in interpretation and enforcing certain legal provisions. Secondly, the Court ruled that national law had set forth a suitable mechanism to solve the problem and unify rulings, but this mechanism hadn’t been used and uncertainty persisted even after rulings were passed in the cases of the petitioners. Given the context, the European Court for Human Rights stated that continuing uncertainty resulted in depriving petitioners of crucial warranties in a fair trial (breach of art. 6 of the European Convention on Human Rights).

Trough this ruling, the European Court underlines once again the importance of unifying jurisprudence and clarifies the fact that the appeal in the interest of law can be seen as an efficient mechanism to achieve the objective, with the condition that it is used with practical efficiency. The point is that the outcome (unified rulings), even though it comes after the national court have ruled in a case brought before the Court¹¹.

In this context, Romanian penal jurisprudence must be unitary, in order to avoid serious consequences deriving from this serious deficiency.

3. Achieving the objective of unifying penal jurisprudence, also reported in European assessments, is mostly done by the appeal in the interest of law (provided by art 414² of the Romanian Penal Procedural Code)¹². According to this provision, the supreme prosecutor, directly or the ministry of Justice, by requesting the supreme prosecutor or the appeal courts councils and prosecution offices have the legal obligation to ensure the unitarily interpretation and enforcement of penal law and penal procedure law at national level and to make requests to the High Court of Cassation and Justice to rule in certain matters or cases that have been ruled differently by national courts.

The appeals are brought before the Joint Sections of the High Court of Cassation and Justice that have the obligation to solve them. The rulings are published in Part I of the Official Journal, posted on the High Court of Cassation and Justice website and notified to all national courts. They are mandatory.

The appeal in the interest of law has been intensively used to solve serious inconsistencies in jurisprudence.

One such matter has been clarified, regarding the concept of “sexual acts of any nature”, which is the substantial element of rape (incriminated by art. 197 of the Penal Code) and of the sexual intercourse with a minor (art. 198 of the Penal Code). This way, inconsistencies in rulings regarding this subject have been eliminated, especially when it comes to differentiating these offences from the offence of sexual perversion.

Another appeal that has had an equally positive effect is that regarding deceit by use of checks (art. 215 alin.4 of the Penal Code), because national standards were set for distinguishing this offence incriminated by the Penal Code (which requires a certain outcome) from another offence (crime that doesn’t require an outcome, a result), provided by art. 84 point 2 of the Law

¹⁰ Jordan Iordanov and others Vs. Bulgaria, 23530/2.07.2009

¹¹ In these conditions the Court will accept that states need a suitable timeframe to reach unification of jurisprudence (eg. Paul Schwarzkoft and Thomas Taussik vs. the Czech Republic 42162/02.12.1008, Perez Arias Vs. Spain, 32978/28.06.2007)

¹² In civil law, the appeal is set forth by art. 329 of the Civil Procedural Code.

no. 58/1934¹³.

The Joint Sections of the High Court also solved an appeal in interest of law on differentiating forgery (art. 289 of the Penal Code) from forgery in accounting rules (art. 43 of Law no. 82/1991) and from tax fraud (art. 9 al. 2 lit. b and c of Law no. 241/2005)¹⁴.

These are just some of the appeal in the interest of law rulings that have had a positive impact in unifying jurisprudence. It is a measure that has created the suitable conditions to bring national court rulings closer to similarity, but the appeal is not free from controversy and some failures.

The main controversy was based upon suspicions of violation the principle of separation of powers, a fundamental principle in a law-governed state, suspicions also fueled by certain views of justice officials, who see the appeal in the interest of law as a source of law¹⁵ (including penal law). Even some court rulings give satisfaction to critics because the appeal does more than offering benchmarks for interpretation in sensible matters for jurisprudence. For example, in one specific decision the High Court has interpreted the art. 71 al. 2 of Romanian Penal Code in a different way than the article itself allows¹⁶. Art. 71 al. 4 of the Penal Code sets forth: “Imprisonment, including life imprisonment, involves *ipso jure* the prohibition of some rights provided by art 64 lit. a-c from the moment the ruling becomes final until the conviction is served, until absolute or partial pardon is granted or until the sentence is prescribed”. The High Court stated that penal law provision regarding prohibition of some rights is to be interpreted in the sense that prohibiting rights provided by art 64 lit a (part 1) – c of the Penal Code **is not an *ipso jure* consequence, but it subjects to court assessments**, according to the criteria set forth by art. 71. al. 3 of Romanian Penal Code. In our opinion, the High Court went beyond the level of a simply interpretation and created a new legal provision.

From this point of view, the appeal in the interest of law violates constitutional provisions. In our opinion, the appeal isn't a source of law, but a source for unitary interpretation and enforcement of law. This is because judicial court should not create new rules of law but merely to interpret the existing ones. If the rules for penal law interpretation are met¹⁷, we don't believe that the principle of separation of powers is actually violated. Anyway, according to art. 126 al. 3 from the Romanian Constitution: “The High Court of Cassation and Justice ensures unitary interpretation and enforcement of law to all national courts, according to its lawful duties”.

One great effect of ruling in certain matters is that it strengthens the rule and increases the respect it receives. In conclusion, the appeal in the interest of law is an efficient way to meet the claim of unifying jurisprudence, the desire to have similar provisions in the new penal procedural code is a proof of this.

Even though, sometimes, High Court of Cassation and Justice Rulings are hard to analyze, in practice they archive the goal of unifying jurisprudence. We believe that rigorous efforts must be taken so that judicial interpretation becomes compatible with doctrinaire interpretation, but also with legal interpretation. We notice that the Decision in appeal of the interest of law no. I/2007 ruled on the matter of involuntary manslaughter (art 178 of the Penal Code), committed by driving a vehicle under the influence of alcohol, with an alcohol level over the legal limit or in a state of proved or unproved intoxication¹⁸. In this situation, the High Court of Cassation and Justice ruled that a single offence – involuntary manslaughter is being committed, but in different variants depending on the case. It is interesting that the High Court created a complex variant of an

¹³ Decision no. IX/2005, published in Official Journal of Romania, Part I, no. 123 from 9 February 2006.

¹⁴ Decision no. IV/2008, published in Official Journal of Romania, Part I, no. 868 from 22 December 2008

¹⁵ L.Bărbulescu, *Asigurarea interpretării si aplicării unitare a legii*, at conference in Bucharest, November 2009

¹⁶ Decision no. 74/2007, published in Official Journal of Romania, Part I, no. 545 from 18 July 2008.

¹⁷ I Tanoviceanu, op. cit., p. 242.

¹⁸ Published in the Official Journal of Romania, Part I, no. 81 from 1 February 2008

involuntary offence, which has a praeterintentional outcome. In this case we are talking about an offence that doesn't require a necessary outcome, committed with intention as *primum delictum* – (driving under the influence) and about a *majus delictum* which is an involuntarily offence, requiring a certain result – killing another person by negligence. These two parts make up the variant of involuntary manslaughter, which, in my opinion doesn't comply with the rigors of penal law, because an intentional offence is included in an involuntary one.

Considering these observations, we believe that, in order for the efficiency of the appeal in the interest of law to be maintained, a certain degree of rigor and consistency is required regarding the given decisions. This is needful not to reach the situation where the High Court Ruling in the appeal in the interest of law needs to be uniformed, standardized or corrected.

4. Certainly, the appeal in the interest of law is not the only way through which we look for the accomplishment of law practice unification regarding the penal matter, an extremely important domain in which there is no due diligence, but rather due effect and a domain in which irregularities have been underlined at a European level. More precisely, in the intermediate Report presented in March 2010, regarding the progresses that Romania has made within the Cooperation and Verification Mechanism, the Commission has shown that our country is continuously making progresses in unifying of law practice. On the other hand, the Commission stated that Romania has not yet achieved the objective of publication of all court rulings¹⁹.

In this context, besides the measures used to unify the law practice in general – and particularly the penal law practice – there have also been proposed other mechanisms²⁰. Amongst these there can be specified the improvement of access to the law practice and legislation, mainly the facilitation of access to the Official Journal of Romania; the access of the courts to some specific database; the online publication and also the classical issuance of the relevant decisions. Workshop meetings have been planned in each court, in order to identify the matters influenced by heterogeneous decisions and to elaborate certain materials to be presented in front of the Appeal Courts and the Superior Council of Magistrates. In the same matter of speaking, there are periodical meetings between the magistrates from the High Court of Cassation and Justice and those from within the tribunals and the Appeal Courts. The goal of these meetings is to debate upon the legal aspects that have determined such various decisions. Finally, there are also meetings which aim at the Supreme Council of Magistrates to be informed by lawyers regarding the inconsistencies in the law practice.

Another component which is due to unify the law practice is that of magistrates training referring to the fundamental elements of this intercession. The activities that are meant to contribute to the accomplishment of this objective are: organizing seminaries at both central and local levels, concentrated upon the problem of unification, organizing secured forums through which magistrates can consult each other in matters subjected to doubtful regulations and even organizing seminaries which can conduct to the way magistrates will access the law practice of the European Union Court of Justice.

5. Why is it necessary to organize seminaries which can reveals a magistrate's perspective towards the European jurisdiction, other than that belonging to the European Court of Human Rights? That is because besides the challenges and difficulties presented up to this point of our study, the matter of unifying penal law practice must be aware of the fact that since Law no. 340/2009 (regarding a statement that Romania has made based on the provisions of the article 35 section (2) from the European Union Treaty²¹) has entered into force, an additional difficulty has

¹⁹ COM(2010)113 final

²⁰ The action plan for the accomplishment of the objectives established within the Cooperation and Verification Mechanism for the year 2007, p. 12.

²¹ Published in the Official Journal of Romania, Part I, no. 786 from 18 November 2009.

occurred: agreeing upon the decisions given by the European Union Court of Justice in the matter of police and judicial cooperation in criminal matters.

Through this law, Romania has accepted the jurisdiction of the European Communities Court of Justice, which derived from the ex article no. 35 paragraph (1) TEU²², according to which the Court of Justice can give a preliminary decision regarding the validity and interpretation of the decisions, the interpretation on the conventions signed within the former community pillar III.

Without any doubt, a question can be raised: why was it necessary to adopt this legislative act with only a few days before the Lisbon Treaty entered into force, especially that the specified provisions would have been annulled, according to the article 1 point 51 of this legal instrument? This necessity derives from the circumstance that, lacking this type of statement, the Romanian Courts could not address preliminary questions regarding the desired domain. Moreover, according to the Protocol for transient provisions, the jurisdiction of the Court of Justice remains unmodified in the matter of police and judicial cooperation in criminal matters for a period of five years starting the enacting of the Lisbon Treaty. Thereby, without such a statement, the Romanian Courts wouldn't have been able to address preliminary questions regarding this matter for a period of five years.

On the other hand, is this capacity really necessary for the Romanian Courts? The answer to this question is not easy, because we are aware that the subject is extremely sensible and interrelated to the national sovereignty and it is hardly or at all accepted that can be subjected to unification tendencies at European level²³.

Contrarily to all this, reality has shown that the European Union Court of Justice has been deeply involved in the domain of criminal law, its decisions often being regarded as a threat to the stability of the national legal systems²⁴. That is because despite its lack of competence in criminal law, the Court has given some decisions of great importance for the construction of a European judicial space. Those decisions can be classified into four categories, depending on the domain they refer to as follows: decisions referring to the substantiation of the legal instruments; decisions regarding the force of the legal instrument which the domain uses; decisions regarding the mutual admission principle; decisions referring to the prevention and fight against terrorism²⁵. In this present study, our goal is not to investigate the decisions given by the European Union Court of Justice through which it established a firm stance in the domain of police and judicial cooperation in criminal matters. We want only to observe a few approaches meant to influence the national penal law practice. Nonetheless, we point out that the activity in this domain is a dense one. There are aspects in the matter of mutual admission which contribute to the edification of the principle *non bis in idem* (*ne bis in idem* – in the EU instruments). Decisions have been given regarding various matters such as the interpretation of the notion “definitively resolved”²⁶, the consequences for the court in the case of absolving a defendant due to the prescription of the penal action²⁷, the interpretation of the notion “same deeds”²⁸ and “the authority of *res judicata*”, the incidence of the *non bis in idem* principle in case that the judicial authorities waive to initiate the criminal investigation, only because another state has instructed a similar procedure²⁹, etc.

²² In the form previous to the entering into force of the Lisbon Treaty.

²³ G. Antoniu, *Activitatea normativă penală a Uniunii Europene (I)*, Criminal Law Review, no. 1/2007, p. 9.

²⁴ M. Svarc, *Communitarization of the EU Third Pillar Today and According to the Lisbon Treaty*, www.law.muni.cz

²⁵ www.eclan.eu

²⁶ Linked causes C-187/01 and C-385/01 *Gozutok and Brugge*.

²⁷ Cause C-467/04 *Gasparini*.

²⁸ Cause C-150/05 *van Straaten*.

²⁹ Cause C-469/03 *Miraglia*.

6. Why is it so important to know the decisions of the European Union Court of Justice? That is due to the fact that after the Lisbon Treaty has got into force, the pillar structure imposed by the Maastricht Treaty was abandoned³⁰ and the competences of the Court were extended, covering the European Union law system³¹. Following these changes and the elimination of the article 35 TUE and 68 TCE (providing limitations of competence), the European Union Court of Justice gained a general preliminary competency in the domain of freedom, security and justice³².

In particular, in the domain of police and judicial cooperation in criminal matters³³, the Court's competency to give a preliminary decision is mandatory. It is also subordinated to a statement from each member state in which this competency is recognized. After the Lisbon Treaty has entered into force, the domains of police and criminal justice were included in the common law and from thereon, all Courts could address the Court of Justice, although a complete competency will not exist in less than five years from the moment of the entry into force of the treaty³⁴. The European Union Charter of Fundamental Rights has gained the same legal value as the treaties, entering into the "constitutionality bloc" which operated under the competency of the Court of Justice.

The provisions of the Lisbon Treaty maintain the emergency preliminary procedure, which was created on the 1st of March 2008³⁵, with special practicability in the domain of police and judicial cooperation in criminal matters. According to this, the European Union Court of Justice, with maximum celerity, gives a ruling in the case that a preliminary matter is invoked in a cause regarding a person subjected to a restriction of freedom³⁶.

7. In these certain conditions, according to Law no. 340/2009, the Romanian Courts can now address the EU Court of Justice in order to solicit a preliminary ruling upon a question referring to the interpretation and validity of some rules within the EU law system. The rulings given in this procedure are very important when it comes to secure the unified EU law application, especially in the domains of police and judicial cooperation in criminal matters.

In this way, the Romanian magistrate finds himself in the same situation as the Italian one, following the EU Court of Justice decision in the Pupino Cause³⁷. The Italian magistrate requested the Court to give a decision regarding the statute of the vulnerable victims in the trial. The European Court stated that the application of the European framework-decision is mandatory for all national Courts being in the position of interpreting the internal provisions in accordance to those within the European instrument. The Court invoked the loyal cooperation principle, hoping to create a more powerful union between the European citizens. Consequently, the magistrate had to enforce in a trial, the provision from the European law to the detriment of the national law due to the conflict between the two provisions. Such situations can also occur in the judicial activity in the criminal matter in Romania.

Moreover, if the national judge chooses to address the preliminary question to the EU Court of Justice, he can or even must suspend the activity in the mentioned cause until the European jurisdictional forum will decide upon the problem. When the ruling is given, it becomes compulsory for the judge. Therefore, besides the national unification of the criminal law practice, a

³⁰ The only reflection of the pillar structure is found in the field of Common Foreign and Security Policy (CFSP).

³¹ There are exceptions in the cases in which the treaties stipulate conversely (article 19 TUE).

³² There are exceptions in the matter of validity or proportionality of the actions of the police or other law enforcement authorities when it comes to maintaining public order and legality and the internal state security (article 276 TFUE).

³³ The former Title VI of the TEU.

³⁴ Art. 10 from the Protocol no. 36 on Transitional Provisions.

³⁵ CP 12/2008.

³⁶ Article 267 TFUE.

³⁷ C-105/03, www.curia.europa.eu

new challenge occurs – that of the unification under the influence of the decisions given by the EU Court of Justice regarding the criminal matter – and another one remains – to respect the standards resulted from the law practice of the European Court of Human Rights.

8. Another difficulty that can be created by this triple conditionality is that the national Courts, trying to comply with the rigors imposed by one authority, could end up breaching the ones resulting from the activity of a different authority. For example, in our opinion, the provisions of Law no. 340/2009 can be considered a way to influence the compliance of the celerity principle in the Romanian trial, which is strengthened by the reasonable term principle stipulated in article 6 (1) from the European Convention of Human Rights and in article 14 (1) from the International Pact regarding civil and political rights.

According to article 2 paragraphs 1-3 from Law no. 340/2009, any internal Court can optionally solicit a preliminary ruling regarding police and judicial cooperation in criminal matters, if such a decision is necessary to reach a verdict in a certain cause. On the other hand, addressing the Court in compulsory if such a request is made in front of a Court whose decision cannot be attacked through the usual ways of attack and if this is necessary for reaching a verdict in a cause.

Referring to the first type of situations, the trial **can be suspended**, and if the request is mandatory, the suspension is also mandatory. In this way, it was created another reason for trial suspension, which can have a negative impact on the celerity principle which is already being frequently breached.

The Court's decision regarding trial suspension can be appealed in the superior court, but not later than 72 hours from the time the decision was given to those who were present, or communicated to those who were absent. The appeal is resolved through a decision, in the council chamber, without summoning the parties, and the decision is definitive³⁸. The trial is resumed only after the EU Court of Justice has reached a verdict.

It is true that this principle is not always breached. This is because the internal law foresees the possibility that, in urgent cases, it is permitted to resort to the solicitation regarding the application of the emergency procedure in front of the European Union Court of Justice, thus contributing to the abidance by the terms imposed by the internal legislation. In the same way, when the cause has not yet been suspended, the internal law allows the Court to continue the trial regarding the aspects which have not been pointed out to the EU Court of Justice. Still, even in this case, the internal Court cannot conclude its internal debates before getting the decision of the EU Court of Justice.

This makes it interesting to answer to the next question: what happens if, in case of trial suspension and until the EU Court of Justice decides, a great period of time passes, therefore breaching the fundamental right to a reasonable duration of the trial? (that is, according to the European Court for Human Rights standards). The answer is difficult, because a case can appear when Romania, trying to confine to the standards imposed by the law practice of the EU Court of Justice, risks to be penalized by the European Court for Human Rights for failing to ensure a reasonable trial duration.

Conclusion

To sum up, we can observe that the effort to create a unified criminal law practice is not an easy one. The difficulties are generated by multiple causes deriving from the internal legislation or from the efforts to align to the European Court for Human Rights standards but also, in the future, from the European Union Court of Justice. Despite all this, the influence of the European law

³⁸ In those cases in which the court suspended the judgment, the provisions of the article 303 paragraph 6 from the Criminal Procedural Code are adequately applied. (Article 2 paragraph 6 from Law no. 340/2009).

practice is a profitable one due to the fact that common standards are imposed and there are certain penalties for breaching them. Special attention is needed in the sector of the influence the decisions of the EU Court of Justice have on the unification of law practice. This is because, although the effects of the decisions are strictly referring to one cause, it is obviously that the solutions of the European Courts will not be overlooked when it comes to applying the criminal law in similar cases. For this reason, it is essential for the national judges to correctly perceive the mechanism of the preliminary ruling request and the effects that are set in motion by the use of this mechanism.

References

1. V. Dongoroz, *Criminal Law*, Institutul de Arte Grafice Publishers, Bucharest, 1939
2. I. Tanoviceanu, *Criminal Procedural Law*, *Curierul Judiciar Review*, Bucharest, 1912, vol. I
3. I. Pascu, *Criminal Law. General Part*, Hamangiu Publishers, Bucharest, 2009
4. The High Council of Magistrates, Report for justice in 2008, www.csm1909.ro
5. Report from the Commission to the European Parliament and the Council on Progress in Romania under the Co-operation and Verification Mechanism, Brussels, 22.7.2009, COM(2009) 401, www.eur-lex.eu
6. Decision no. IX/2005, published in Official Journal of Romania, Part I, no. 123 from 9 February 2006
7. Decision no. IV/2008, published in Official Journal of Romania, Part I, no. 868 from 22 December 2008
8. G. Antoniu, *Activitatea normativă penală a Uniunii Europene (I)*, *Criminal Law Review*, no. 1/2007
9. M. Svarc, *Communitarization of the EU Third Pillar Today and According to the Lisbon Treaty*, www.law.muni.cz

UNIFICAREA JURISPRUDENȚEI PENALE NAȚIONALE ȘI DECIZIILE CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE

MIRELA GORUNESCU*

Abstract

Unificarea jurisprudenței naționale, în general, este un aspect foarte important care asigură realizarea dezideratului de echitate în aplicarea legii. Cu atât mai mult, importanța acestei chestiuni este mai ridicată în domeniul dreptului penal, știut fiind faptul că normele juridice penale sunt de strictă interpretare. Acesta este motivul pentru care se fac reale eforturi în domeniul unificării jurisprudenței penale naționale, cunoscute fiind clarificările aduse pe calea deciziilor în recurs în interesul legii. După adoptarea Legii nr. 340/2009, provocările din domeniu vor fi și mai puternice, domeniul urmând să fie marcat de influența unor decizii pronunțate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în chestiuni care țin de cooperarea judiciară și polițienească în materie penală.

Cuvinte-cheie: unificarea jurisprudenței, Curtea de Justiție a Uniunii Europene, cooperare judiciară în materie penală, cooperarea polițienească în materie penală

1. Introducere

În literatura românească de specialitate s-a arătat că în mod ideal, dispozițiile unei legi trebuie să fie atât de clare, de precise și de categorice încât simpla lor lectură să fie suficientă pentru a cunoașterea normei, corespunzător adagiului *in claris non fit interpretatio*.¹ În același timp, însă, este admis și că în realitate nu este posibil să se realizeze această perfecțiune, din mai multe motive. În primul rând pentru că uneori cuvintele utilizate de legiuitor pentru a-și exprima voința nu au întotdeauna suficientă precizie, claritate și putere de a reda în mod fidel ideile. În al doilea rând, pentru că substanța din care se inspiră regulile de drept și căreia îi sunt destinate aceste reguli, adică viața socială², este atât de „vastă, complexă și schimbătoare” încât cu greu pot fi prinse în dispozițiile legii toate aspectele și toate nuanțele sale.

Din această realitate apare necesitatea de a interpreta norma juridică, pentru că legea penală va primi în practică o bună și justă aplicare numai dacă sunt explicate prevederile sale, pentru a se afla „adevăratul înțeles și exacta întindere” a acestora³. Acesta este și motivul pentru care în toate cursurile și tratatele de drept penal există referiri la interpretarea normei juridice penale, fiind furnizate celui implicat într-un fel sau altul în efortul de deslușire a voinței legiuitorului instrumentele necesare și fiind propuse clasificări generate de diferite criterii.

În funcție de subiectul care face interpretarea, de cele mai multe ori se distinge între o interpretare autentică (sau legislativă pentru că este făcută chiar de către legiuitor), o interpretare doctrinară (care aparține autorilor de cursuri și tratate din domeniul dreptului penal), dar și despre o interpretare judiciară (al cărei actor principal este practicianul)⁴.

Dintre acestea, în opinia noastră, cea mai dificilă este cea din urmă, deoarece este marcată adesea de impactul necesității de a se înscrie în dezideratul de celeritate impus de specificul domeniului, dar și de împrejurarea că o interpretare greșită poate conduce la consecințe de gravitate ridicată. Legiuitorul are posibilitatea ca atunci când observă o greșală pe care a făcut-o

* Conf.univ.dr. Academia de Poliție „Alexandru Ioan Cuza”, București (e-mail: mire_gor@yahoo.com).

¹ V. Dongoroz, *Drept penal*, Tipografia Institutului de Arte Grafice, București, 1939, p. 97.

² „Viața de relațiune” în exprimarea ilustrului profesor Vintilă Dongoroz, idem

³ I Tanoviceanu, *Tratat de drept și procedură penală*, Tipografia Curierul Judiciar, București, 1912, vol. I, p. 242.

⁴ I. Pascu, *Drept penal, Partea generală*, Editura Hamangiu, București, p. 32.

să revină asupra sa prin același tip de instrument juridic, teoreticianul publică un alt studiu în care explică reconsiderarea unor aprecieri anterioare, dar o eventuală greșeală a judecătorului atrage încălcarea sau limitarea unor drepturi fundamentale ale justițiabililor și creșterea costurilor și duratei soluționării unei cauze. În cauzele penale astfel de greșeli de interpretare pot conduce chiar la privarea de unele drepturi a unei persoane pentru tot restul vieții acesteia, ceea ce subliniază importanța procesului.

2. Din păcate însă, demersul practicianului nu este întotdeauna unul facil cauzele identificate fiind multiple.

Între acestea, sunt indicate „instabilitatea și incoerența legislativă, modificările la intervale de timp foarte scurte a unor legi, necorelarea actelor normative și a instituțiilor de drept fundamentale, adoptarea unor reglementări conjuncturale, elaborarea de acte normative incomplete și contradictorii”⁵.

În evaluările europene asupra progreselor făcute în domeniul justiției una dintre cauze indicate este aceea că cele două coduri, civil și penal, nu au fost niciodată revizuite în totalitate, fapt ce a dus la o serie de modificări legislative și la numeroase ordonanțe de urgență⁶. Rezultatul este reprezentat de o jurisprudență contradictorie, fapt ce duce la întârzieri nejustificate, care, la rândul lor, sunt abordate printr-un amalgam legislativ de ordonanțe de urgență, norme și practici de punere în aplicare.

Situația complexă astfel rezultată este considerată la nivel european „urmarea unui proces politizat în care nu a fost încă obținut nici consensul politic pe scară largă care trebuie să stea la baza reformei, nici un angajament neechivoc al tuturor partidelor politice de a asigura progrese reale în interesul poporului român”. Din acest motiv s-a apreciat că există riscul ca numărul tot mai mare de acte legislative, de norme și de practici de punere în aplicare care rezultă din disensiunile permanente dintre partidele politice să determine toate părțile implicate să piardă din vedere obiectivul principal, acela de a construi un sistem judiciar independent și stabil, în măsură să detecteze și să sancționeze conflictele de interese și să combată corupția în mod eficace⁷.

Toate acestea reprezintă vulnerabilitățile cele mai grave ale sistemului judiciar românesc și sunt generatoare de practică judiciară neunitară.

Aceasta este, de altfel, una dintre principalele deficiențe cu care se confruntă sistemul judiciar român, cu incidență asupra calității actului de justiție și a credibilității justiției⁸.

Având în vedere constatările făcute, Comisia a invitat România să ia în domeniul unificării jurisprudenței următoarele acțiuni: să întreprindă măsurile adecvate ca urmare a recomandărilor Grupului de lucru privind individualizarea pedepselor pentru infracțiunile de corupție; să consolideze rolul Înaltei Curți de Casație și Justiție în unificarea jurisprudenței, inclusiv prin simplificarea procedurii care se aplică în cazul recursurilor, în vederea interpretării și aplicării legii în mod coerent, precum și prin elaborarea de orientări privind pedepsele pentru infracțiunile de corupție.

3. De ce este atât de important să existe uniformitate în aplicarea legii, în mod deosebit a legii penale? Răspunsul la această întrebare este unul ușor de furnizat, întrucât este general acceptat că interpretarea și aplicarea unitară a legilor pe întreg teritoriul țării de către instanțele de judecată constituie premisa esențială pentru realizarea actului de justiție la parametrii de calitate și de eficiență care să asigure garantarea securității juridice a persoanelor și bunurilor acestora.

De altfel, activitatea de înfăptuire a justiției presupune interpretarea și aplicarea legilor de

⁵ Consiliul Superior al Magistraturii, Raportul starea justiției pe anul 2008, www.csm1909.ro.

⁶ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on Progress in Romania under the Co-operation and Verification Mechanism, Brussels, 22.7.2009, COM(2009) 401, www.eur-lex.eu.

⁷ Idem.

⁸ Este invocată și de Rapoartele asupra justiției cu privire la anii 2007, respectiv 2008.

către instanțele judecătorești în cauzele deduse judecării, iar calitatea actului de înfăptuire a justiției depinde de interpretarea și aplicarea corectă a legii într-un cadru unitar, care presupune existența unei practici judiciare unitare.

Mai mult decât atât, este admis că asigurarea independenței justiției nu poate fi privită numai sub aspect obiectiv, aceasta comportând și o perspectivă subiectivă, fiind strâns legată de imaginea justiției ca serviciu public⁹, în timp ce pentru îmbunătățirea imaginii justiției este esențial să se realizeze unificarea practicii judiciare, astfel ca aceasta să respecte **cerința de previzibilitate** impusă pe plan european.

De altfel, într-o cauză Curtea Europeană a Drepturilor Omului a pronunțat condamnarea unui stat întrucât *din pricina neutilizării mecanismului ce ar fi permis unificarea jurisprudenței (similar recursului în interesul legii din sistemul român), soluțiile divergente ale instanțelor au creat o incertitudine persistentă în timp ce a avut ca efect lipsirea reclamanților de garanțiile esențiale ale unui proces echitabil*¹⁰. În concret, Curtea a stabilit că trebuie să examineze dacă: existau divergențe de jurisprudență profunde și persistente în jurisprudența instanței supreme naționale; dacă legislația internă prevedea mecanisme care să permită suprimarea acestor incoerențe; dacă aceste mecanisme au fost aplicate și care au fost, dacă era cazul, efectele aplicării lor. Din jurisprudența internă a rezultat că între 2001 și 2005 existaseră două interpretări divergente ale textelor legale aplicabile, iar aceste interpretări persistaseră după adoptarea hotărârilor supuse analizei. Din aceste motive Curtea a considerat că existau divergențe „profunde și persistente” în interpretarea și aplicarea dispozițiilor legale pertinente. În al doilea rând, Curtea a stabilit că în dreptul intern exista un mecanism susceptibil de a remedia această situație unificând jurisprudența (n.n. – similar recursului în interesul legii din dreptul român), dar ca acest mecanism nu fusese folosit iar incertitudinea persistase și după adoptarea hotărârilor din cauzele reclamanților. În acest context, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a apreciat că incertitudine persistentă a avut ca efect lipsirea reclamanților de garanțiile esențiale ale unui proces echitabil (încălându-se în acest fel art. 6 al Convenției Europene a Drepturilor Omului).

Prin această decizie Curtea Europeană subliniază odată în plus importanța unificării jurisprudenței, clarificând și faptul că recursul în interesul legii ar putea fi considerat un mecanism eficient de realizare a obiectivului, condiția fiind însă aceea de a fi folosit cu eficiență concretă. Esențial este, așadar, rezultatul (unificarea practicii), chiar dacă uneori această unificare se realizează după soluționarea definitivă de către instanțele interne a speței cu care este sesizată Curtea¹¹.

În acest context, jurisprudența penală românească trebuie să fie și ea uniformizată pentru a se evita consecințele grave ce pot deriva din această gravă deficiență.

4. Principala cale de realizare a obiectivului de unificare a jurisprudenței în materie penală, remarcat și în evaluările europene, este cea a recursului în interesul legii reglementat de dispozițiile art. 414² din Codul de procedură penală¹². Potrivit acestui text, procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, direct, sau ministrul justiției, prin intermediul procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, precum și colegiile de conducere ale curților de apel și ale parchetelor de pe lângă acestea au obligația, pentru a asigura interpretarea și aplicarea unitară a legilor penale și de procedură penală pe întreg teritoriul țării, să ceară Înaltei Curți de Casație și Justiție să se pronunțe asupra chestiunilor de drept care au primit o soluționare diferită din partea instanțelor judecătorești.

⁹ Consiliul Superior al Magistraturii, garant al independenței justiției, www.csm1909.ro

¹⁰ Cauza Iordan Iordanov și alții vs. Bulgaria, 23530/02, 2 iulie 2009.

¹¹ În acest gen de situații Curtea va accepta că statele au nevoie de un interval de timp rezonabil pentru a realiza unificarea jurisprudenței (ex. Paul Schwarzkopf și Thomas Taussik vs. Republica Cehă (dec.), 42162/02, 2 decembrie 2008, Pérez Arias vs. Spania, 32978/03, 28 iunie 2007.

¹² În materie civilă recursul în interesul legii este reglementat de art. 329 din Codul de procedură civilă.

Cererile de recurs în interesul legii se soluționează de Secțiunile Unite ale Înaltei Curți de Casație și Justiție, care se pronunță prin decizie. Deciziile se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I, precum și pe pagina de internet a Înaltei Curți de Casație și Justiție, se aduc la cunoștință instanțelor și de Ministerul Justiției și au caracter obligatoriu.

Calea aceasta a fost folosită din plin, prin intermediul său fiind lămurite chestiuni supuse unor profunde consecvențe în practica judiciară penală.

Între acestea amintim clarificările aduse cu privire la conceptul de „act sexual de orice natură” care realizează elementul material al infracțiunii de viol (prevăzută de art. 197 C.pen.) și pe cel al infracțiunii de act sexual cu un minor (art. 198 C.pen.). În acest fel s-a eliminat practica neuniformă din domeniul acestor infracțiuni, mai ales sub aspectul delimitării lor de infracțiunea de perversiune sexuală.

Un impact pozitiv la fel de puternic l-a produs și decizia din recurs în interesul legii cu privire la infracțiunea de înșelăciune prin utilizare de cecuri fără acoperire (art. 215 alin. 4 C.pen.), deoarece s-au stabilit pe această cale standarde comune la nivel național în ceea ce privește delimitarea infracțiunii de rezultat din Codul penal de infracțiunea de pericol prevăzută de art. 84 pct. 2 din Legea nr. 58/1934¹³.

La fel a procedat Înalta Curte de Casație și Justiție prin Secțiunile Unite în ceea ce privește practica neunitară în materie de delimitate a infracțiunilor de fals intelectual (art. 289 C.pen.), fals intelectual la regimul contabilității (art. 43 din Legea nr. 82/1991) și cea de evaziune fiscală (art. 9 alin. 2 lit. b și c din Legea nr. 241/2005 privind prevenirea și combaterea evaziunii fiscale)¹⁴.

Am punctat doar câteva dintre deciziile pronunțate în recurs în interesul legii care au un constat efect benefic asupra unificării jurisprudenței, fără a avea intenția de a epuiza lista destul de consistentă pe care acestea o alcătuiesc. Este o măsură care a creat premisele unei apropieri a jurisprudenței instanțelor naționale, dar care nu este ferită de unele controverse și insuccese.

Controversele privesc, în principal, suspiciuni de încălcare a principiului separației puterilor în stat, principiu fundamental într-un stat de drept, fiind alimentată și de luări de poziție ale unor oficiali din domeniul justiției, în conformitate cu care recursul în interesul legii ar constitui un izvor de drept¹⁵ (inclusiv penal s.n.). Instanța însăși prin deciziile sale dă satisfacție criticilor căii recursului în interesul legii întrucât face mai mult decât să ofere repere de interpretare pentru diferite chestiuni supuse controverselor în practica judiciară. Spre exemplu, prin intermediul unei decizii în recurs în interesul legii¹⁶, interpretează art. 71 alin. 2 C.pen. în mod diferit decât reiese din conținutul articolului însuși. În concret, art. 71 alin. 3 C.pen. prevede „Condamnarea la pedeapsa detențiunii pe viață sau a închisorii atrage **de drept** interzicerea drepturilor prevăzute în art. 64 lit. a)-c) din momentul în care hotărârea de condamnare a rămas definitivă și până la terminarea executării pedepsei, până la grațierea totală sau a restului de pedeapsă ori până la împlinirea termenului de prescripție a executării pedepsei.” Înalta Curte de Casație și Justiție stabilește totuși că dispozițiile din Codul penal citate referitoare la pedepsele accesorii se interpretează în sensul că interzicerea drepturilor prevăzute de art. 64 lit. a) (teza I) – c) din Codul penal **nu se va face în mod automat, prin efectul legii, ci se va supune aprecierii instanței**, în funcție de criteriile stabilite în art. 71 alin. 3 C.pen.. În opinia noastră, instanța a depășit prin aceasta nivelul unei simple interpretări a textului legal, deoarece a creat o normă nouă de drept, inexistentă anterior.

¹³ Decizia nr. IX/2005, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 123 din 9 februarie 2006.

¹⁴ Decizia nr. IV/2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 868 din 22 decembrie 2008.

¹⁵ L. Bărbulescu, Asigurarea interpretării și aplicării unitare a legii, comunicare la Conferința cu tema „Forța juridică a hotărârilor pronunțate în recurs în interesul legii”, organizată de Societatea de Studii Juridice, Institutul de Cercetări Juridice al Academiei Române, Institutul Național al Magistraturii, Institutul Național de Pregătire și Perfecționare a Avocaților și Universitatea Româno-Americană, București, noiembrie 2009.

¹⁶ Decizia nr. 74/2007, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.545 din 18 iulie 2008.

Astfel privit, recursul în interesul legii reprezintă o cale de încălcare a Constituției. În opinia noastră, însă, trebuie să se interpreteze că această cale nu reprezintă un izvor de drept, ci doar un izvor de interpretare și aplicare uniformă a legii. Aceasta deoarece instanța judiciară nu trebuie să creeze noi reguli de drept, ci doar să le interpreteze pe cele deja existente. În măsura în care regulile interpretării normelor penale sunt respectate,¹⁷ nu credem că poate fi vorba despre veritabile încălcări ale Principiului separației puterilor în stat. De altfel, în conformitate cu prevederile art. 126 alin. (3) din Constituția României, „Înalta Curte de Casație și Justiție asigură interpretarea și aplicarea unitară a legii de către celelalte instanțe judecătorești, potrivit competenței sale.”

Efectele statuirilor sunt chiar binevenite pentru forța actului normativ vizat de interpretare, pentru că aplicarea unitară și consecventă a prevederilor sale face ca respectul față de norma juridică să crească. În consecință, este o cale eficientă de a realiza dezideratul de unificare a jurisprudenței, dovadă a acestui fapt, fiind împrejurarea că se dorește menținerea sa și în viitorul cod de procedură penală.

Chiar dacă uneori deciziile Înaltei Curți sunt dificil de analizat teoretic, pentru practică asigură îndeplinirea obiectivului de unificare. Credem totuși că trebuie să se manifeste rigoare și în continuare pentru ca interpretarea judiciară să fie compatibilă cu cea doctrinară, dar și cu cea legală. Facem unele remarci cu privire la decizia în recurs în interesul legii nr. I/2007 pronunțată în materia infracțiunii deucidere din culpă (art. 178 C.pen.) comisă de către un conducător de vehicul cu tracțiune mecanică și care, după caz, are în sânge o îmbibație alcoolică peste limita legală sau se află în stare de ebrietate dovedită sau nu¹⁸. În toate aceste ipoteze Înalta Curte a statuat că se comite o singură infracțiune deucidere din culpă, în variante diferite în funcție de fiecare caz concret în parte. Este interesant, însă, că pe această cale ÎCCJ a creat o variantă normativă complexă, praeterintenționată, a unei infracțiuni comise din culpă. În acest caz este vorba despre o infracțiune de pericol, intenționată, care reprezintă *primul delictum* – conducerea în stare de ebrietate sau sub influența băuturilor alcoolice – și despre un *majus delictum* care este comis din culpă și reprezintă o infracțiune de rezultat – suprimarea vieții unei persoane. Cele două componente alcătuiesc o variantă a infracțiunii comise din culpă, ceea ce în opinia noastră nu este corespunzător rigorilor dreptului penal, cu atât mai mult cu cât în acest fel infracțiunea intenționată este absorbită în infracțiunea comisă din culpă.

În considerarea acestor observații, credem că pentru ca eficiența recursului în interesul legii să se mențină este necesar ca în ceea ce privește soluțiile pronunțate să se manifeste rigoare și consecvență, pentru a nu se ajunge la situația în care jurisprudența din această cale să aibă și ea nevoie de uniformizare sau de corecții.

5. Desigur, recursul în interesul legii nu este singura cale prin care se caută realizarea obiectivului de unificare a jurisprudenței în materie penală, un domeniu foarte important în care obligația impusă nu este una de diligență, ci una de rezultat, și este un domeniu în care se subliniază la nivel european că încă mai sunt disfuncționalități. În concret, în Raportul intermediar privind progresele realizate de România în cadrul Mecanismului de cooperare și verificare prezentat în martie 2010 Comisia a arătat că țara noastră continuă să adopte măsuri menite să amelioreze consecvența jurisprudenței, dar că nu s-a procedat încă la publicarea generală și continuă a tuturor hotărârilor judecătorești¹⁹.

În acest context, între măsurile utilizate pentru a se realiza dezideratul de unificare a practicii judiciare în general, deci și a celei penale, în afară de calea recursului în interesul legii au mai fost

¹⁷ I. Tanoviceanu, op. cit., p. 245.

¹⁸ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 81 din 1 februarie 2008.

¹⁹ COM(2010)113 final

propușe și alte mecanisme²⁰. Între acestea se numără îmbunătățirea accesului magistraților la jurisprudență și la legislație, în principal facilitarea accesului la Monitorul Oficial, dar și prin conectarea instanțelor la bazele de date specifice, publicarea pe paginile de Internet ale acestora a jurisprudenței relevante, precum și prin publicarea clasică a deciziilor în buletine ale jurisprudenței. De asemenea, s-a procedat la organizarea de întâlniri de lucru la nivelul fiecărei instanțe pentru a se identifica chestiunile marcate de practică neunitară din activitatea și elaborarea unor materiale care să fie prezentate la nivelul curților de apel și al Consiliului Superior al Magistraturii și în care aceste chestiuni să fie evidențiate. Sunt, de asemenea, organizate întâlniri între magistrații Înaltei Curți de Casație și Justiție și magistrații de la tribunale și curți de apel în scopul dezbaterii chestiunilor de drept care au generat practica neunitară, dar și o altă serie de întâlniri de lucru ce vizează consultarea de către CSM a avocaților pentru completarea tabloului chestiunilor neuniforme din practica judiciară.

O altă componentă care este de natură să faciliteze unificarea jurisprudenței este aceea a instruirii magistraților cu privire la elementele fundamentale ale acestui demers, iar între activitățile care pot concura la realizarea obiectivului se numără: organizarea de seminarii la nivel central și local care să aibă în centul atenției problema unificării, organizarea de forumuri securizate prin intermediul cărora magistrații să se poată consulta în chestiuni supuse unor reglementări echivoce și chiar organizarea de seminarii care să conducă la conștientizarea modului în care magistrații naționali pot avea acces la jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.

6. De ce este necesară organizarea de seminarii care să deschidă magistratului național perspectiva existenței unei jurisdicții europene, alta decât cea a Curții Europene a Drepturilor Omului, cu care abia s-a obișnuit? Pentru că în afară de provocările și dificultățile prezentate până în acest punct al studiului nostru, chestiunea unificării jurisprudenței penale, care intră în atenția noastră, trebuie să mai conștientizeze faptul că începând cu adoptarea Legii nr. 340/2009 privind formularea de către România a unei declarații în baza prevederilor art. 35 paragraful (2) din Tratatul privind Uniunea Europeană²¹, mai apare o dificultate suplimentară – aceea de a se pune în acord și cu statuările pe care Curtea de Justiție a Uniunii Europene le pronunță în legătură cu chestiuni prealabile legate de domeniul cooperării judiciare și polițienești în materie penală.

Prin acest act normativ intern, România a acceptat competența Curții de Justiție a Comunităților Europene care deriva din fostul art. 35 alin. (1) TUE²², în conformitate cu care, Curtea de Justiție... este competentă să se pronunțe cu titlu preliminar asupra validității și interpretării deciziilor-cadru și deciziilor, asupra interpretării convențiilor încheiate în cadrul fostului pilon III comunitar.

Fără îndoială, se poate pune întrebarea de ce a mai fost necesară adoptarea acestui act normativ cu doar câteva zile înainte de intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, mai ales în condițiile în care prevederile citate urmau să fie abrogate, conform art. 1 pct. 51 din acest instrument juridic. Necesitatea derivă, însă din împrejurarea că în lipsa unei asemenea declarații, instanțele judecătorești din România nu puteau adresa întrebări preliminare cu privire la domeniul vizat, iar în conformitate cu Protocolului privind dispozițiile tranzitorii, rămân nemodificate competențele Curții de Justiție în materia cooperării polițienești și judiciare penale pentru un termen de cinci ani de la intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona. Pe cale de consecință, în lipsa unei asemenea declarații, instanțele judecătorești din România nu ar fi putut adresa – timp de cinci ani – întrebări preliminare cu privire la instrumentele din aceste materii.

²⁰ Planul de acțiune pentru realizarea obiectivelor stabilite în cadrul Mecanismului de cooperare și verificare, pentru anul 2007, p. 12.

²¹ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 786 din 18 noiembrie 2009.

²² În forma anterioară intrării în vigoare a Tratatului de la Lisabona.

Este atât de important, însă, ca aptitudinea despre care discutăm să fie creată pentru instanțele românești? Răspunsul la această întrebare nu este unul ușor de dat, mai ales că ne poziționăm într-un domeniu foarte sensibil, strâns legat de suveranitatea statală despre care cu mare dificultate se acceptă sau chiar nu se acceptă că poate fi supus tendințelor unificatoare manifestate la nivel european²³.

Cu toate acestea, realitatea a demonstrat că în mod concret, Curtea de Justiție a Uniunii Europene și-a făcut simțită o pregnantă prezență în domeniul dreptului penal, deciziile sale în această materie fiind deseori indicate a reprezenta o sursă de destabilizare a sistemelor de drept naționale²⁴. Aceasta deoarece, deși nu avea competențe foarte consistente în domeniul dreptului penal, totuși a pronunțat decizii de foarte mare importanță pentru construirea unui spațiu judiciar penal european. Deciziile pot fi grupate în patru categorii, în funcție de chestiunea la care acestea se referă: decizii referitoare la fundamentarea instrumentelor juridice; decizii referitoare la forța instrumentelor juridice de care se folosește domeniul; decizii referitoare la principiul recunoașterii reciproce; decizii referitoare la prevenirea și combaterea terorismului²⁵. În studiul de față nu ne propunem să investigăm în mod special statuările pe care Curtea de Justiție a Uniunii Europene le-a făcut în aceste decizii, și prin intermediul cărora a realizat o consolidare a poziției sale în domeniul cooperării judiciare și polițienești în materie penală, ci doar să observăm câteva modalități în care prin ele se influențează starea jurisprudenței penale naționale. Remarcăm, totuși, că activitatea din acest domeniu este una consistentă, numai în materie de recunoaștere reciprocă fiind lămurite aspecte care contribuie la lămurirea elementelor principiului *non bis in idem* (*ne bis in idem* – în instrumentele care emană de la Uniunea Europeană). Au fost pronunțate hotărâri cu privire la chestiuni precum interpretarea noțiunii de „soluționat definitiv”²⁶, consecințele pentru instanța dintr-un stat membru a achitării unui inculpat din cauza prescrierii acțiunii penale²⁷, interpretarea noțiunilor de „aceleași fapte” și „autoritate de lucru judecat”²⁸, domeniul de aplicare al principiului *non bis in idem* în situația în care autoritățile judiciare renunță să inițieze urmărirea penală exclusiv pe motivul că un alt stat membru a inițiat o procedură similară²⁹, etc.

7. De ce este important să se cunoască statuările Curții de Justiție a Uniunii Europene. Pentru că după intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona întrucât structura pe piloni consacrată de Tratatul de la Maastricht este abandonată³⁰, și competențele Curții de Justiție sunt extinse, acoperind după intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona Dreptul Uniunii Europene³¹. În urma acestei modificări structurale și a eliminării art. 35 TUE și 68 TCE (care prevedea restrângeri de competență), Curtea de Justiție a Uniunii Europene a **dobândit competență preliminară generală în domeniul spațiului de libertate, securitate și justiție**³².

²³ G. Antoniu, *Activitatea normativă penală a Uniunii Europene (I)*, Revista de Drept Penal, nr. 1/2007, pag. 9.

²⁴ M. Švarc, *Communitarization of the EU Third Pillar Today and According to the Lisbon Treaty*, www.law.muni.cz

²⁵ www.eclan.eu

²⁶ Cauzele conexate C-187/01 și C-385/01 Gözütok și Brugge.

²⁷ Cauza C-467/04 Gasparini.

²⁸ Cauza C-150/05 van Straaten.

²⁹ Cauza C-469/03 Miraglia.

³⁰ Singura reflectare a structurii pe piloni se mai regăsește în ceea ce privește politica externă de securitate comună (PESC).

³¹ Excepție fac cazurile în care tratatele prevăd contrariul (art. 19 TUE).

³² Excepție fac doar chestiunile legate de validitatea sau proporționalitatea măsurilor luate de poliție sau de alte structuri de aplicare a legii cu privire la menținerea ordinii și legalității și cu privire la menținerea securității interne a statelor (art. 276 TFUE)

În mod deosebit, în domeniul cooperării polițienești și judiciare în materie penală³³ competența Curții de Justiție de a se pronunța cu titlu preliminar devine obligatorie și este subordonată unei declarații a fiecărui stat membru prin care statul respectiv recunoaște această competență și indică instanțele care o pot sesiza. În urma intrării în vigoare a Tratatului de la Lisabona, domeniul poliției și cel al justiției penale sunt incluse în dreptul comun și toate instanțele pot sesiza Curtea de Justiție, chiar dacă o competență deplină în materie va exista numai după cinci ani de la intrarea în vigoare a Tratatului³⁴. **Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene** a dobândit aceeași valoare juridică cu cea a tratatelor, intrând în „blocul de constituționalitate” asupra căruia Curtea de Justiție se poate pronunța.

Prin Tratatul de la Lisabona se menține procedura preliminară de urgență care a intrat în vigoare la 1 martie 2008³⁵ cu aplicabilitate specială în domeniul cooperării polițienești și judiciare în materie penală în conformitate cu care Curtea de Justiție a Uniunii Europene hotărăște cu maximă celeritate în cazul în care o chestiune preliminară se invocă într-o cauză pendinte în fața oricărei instanțe judecătorești naționale privind o persoană supusă unei măsuri privative de libertate³⁶.

8. În condițiile arătate, în urma adoptării Legii nr. 340/2009, instanțele din România se pot adresa Curții de Justiție a Uniunii Europene pentru a-i solicita acesteia să se pronunțe cu titlu preliminar asupra unei întrebări privind interpretarea sau validitatea unor norme ale dreptului U.E.. Rezolvările obținute pe această cale sunt foarte importante pentru asigurarea aplicării uniforme a dreptului U.E., în special în domeniile sensibile ale cooperării polițienești și judiciare în materie penală.

În acest fel, magistratul român, se poate găsi în aceeași situație în care s-a aflat cel italian în urma deciziei Curții de Justiție a Uniunii Europene din Cauza Pupino³⁷. Magistratul italian a cerut curții să se pronunțe într-o chestiune care privea statutul victimelor vulnerabile în procesul penal, iar instanța europeană a statuat că aplicarea deciziei-cadru este obligatorie pentru instanțele naționale, acestea fiind în poziția de a interpreta prevederile interne în acord cu cele din instrumentele europene. Decizia curții a invocat aplicarea principiului cooperării loiale în scopul de a crea o uniune și mai strânsă între cetățenii europeni. În acest fel, magistratul național s-a găsit în situația în care, în cadrul unui proces penal, a trebuie să aplice prevederea din dreptul comunitar în detrimentul celei din dreptul intern, pentru că norma națională era în contradicție cu norma europeană. Astfel de situații se pot întâlni în viitor și în activitatea judiciară în materie penală din România,

Mai mult, dacă judecătorul național, dacă alege soluția să adreseze întrebarea preliminară Curții de Justiție a Uniunii Europene, poate sau trebuie să suspende activitatea în cauza respectivă și să aștepte ca forul jurisdicțional european să se pronunțe asupra chestiunii semnalate. Atunci când soluția este comunicată ea este obligatorie pentru judecătorul național. În acest fel, în afară de unificarea la nivel național a jurisprudenței în materie penală, se pune acum și problema unificării sale sub influența deciziilor Curții de Justiție a Uniunii Europene în materie penală și se menține cea a respectării standardelor rezultate din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.

9. De altfel, o altă dificultate care ar putea să fie creată de această triplă condiționare ar putea fi aceea în care, dorind să se supună rigorilor impuse de o autoritate jurisdicțională, instanțele naționale ar încălca pe cele rezultate din activitatea celeilalte. Spre exemplificare, în opinia noastră, adoptarea Legii nr. 340/2009 poate fi privită și ca un prilej de influențare a respectării

³³ Fostul Titlu VI al TUE.

³⁴ Articolul 10 din Protocolul nr. 36 privind dispozițiile tranzitorii.

³⁵ CP 12/2008

³⁶ Art. 267 TFUE.

³⁷ C-105/03, www.curia.europa.eu

Principiului celerității în procesul penal român, căruia i se dă satisfacție și prin intermediul Principiului termenului rezonabil instituit de prevederile art. 6 (1) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și de art. 14 (1) din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice.

În temeiul art. 2 alin. 1-3 din Legea nr. 340/2009, adresarea unei astfel de solicitări de lămurire a unei chestiuni prealabile legate de cooperarea judiciară și polițienească în materie penală este facultativă și poate fi folosită de orice instanță internă, în cazul în care se apreciază că o decizie în această privință este necesară pentru pronunțarea unei hotărâri în cauză, dar adresarea cererii către Curtea de Justiție a Uniunii Europene devine **obligatorie** dacă cererea este formulată în fața unei instanțe a cărei hotărâre nu mai poate fi atacată prin intermediul căilor ordinare de atac și dacă aceasta este necesară pentru pronunțarea unei hotărâri în cauză.

În prima categorie de situații **judecata poate fi suspendată**, iar în cazurile în care adresarea cererii este obligatorie, **suspendarea judecării este și ea obligatorie**. În acest fel, a mai fost creată o cauză de suspendare a judecării în cadrul procesului penal, care poate avea un impact negativ asupra respectării dezideratului de celeritate cu privire la care deja sunt semnalate și reclamate încălcări frecvente.

Încheierea prin care instanța se pronunță asupra suspendării judecării poate fi atacată cu recurs la instanța superioară, în termen de 72 de ore de la pronunțare, pentru cei prezenți, sau de la comunicare, pentru cei lipsă. Calea de atac se soluționează prin încheiere, în camera de consiliu, fără citarea părților, hotărârea fiind definitivă³⁸. Judecarea cauzei suspendate se reia numai după comunicarea hotărârii pronunțate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene.

Este adevărat că nu întotdeauna respectarea acestui principiu este periclitată, pentru că legea internă prevede posibilitatea ca în cazurile urgente să se procedeze la solicitarea cu privire la aplicarea procedurii de urgență în fața Curții de Justiție a Uniunii Europene, fapt ce ar putea contribui la respectarea termenelor impuse de legislația internă. În același fel, legea internă permite ca atunci când cauza nu a fost suspendată, instanța să poată continua judecata cu privire la alte aspecte decât cele semnalate Curții de Justiție a Uniunii Europene. Totuși, și în acest caz, instanța internă nu poate încheia dezbaterile înainte de pronunțarea Curții de Justiție a Uniunii Europene.

În acest fel devine foarte interesant să se răspundă la următoarea întrebare. Ce se întâmplă dacă prin suspendarea judecării până la primirea răspunsului Curții de Justiție a Uniunii Europene trece un timp suficient de mare pentru ca din punctul de vedere al standardelor Curtea Europeană a Drepturilor Omului încalcă dreptul fundamental la o durată rezonabilă a procesului penal? Răspunsul la o astfel de întrebare nu este unul ușor de furnizat, pentru că se poate ca în cauze concrete să se ajungă la situația în care pentru nerespectarea duratei rezonabile România să suporte condamnări la Curtea Europeană a Drepturilor Omului, datorate efortului de aliniere a jurisprudenței la cerințele derivate din jurisprudența Curtea de Justiție a Uniunii Europene.

Concluzii

În concluzie, putem să observăm că demersul de realizare a unei jurisprudențe penale uniforme nu este unul facil și lipsit de sincope, dificultățile fiind generate de cauze multiple derivate din legislația internă sau din eforturile de aliniere la exigențele rezultate din statuări care emană de la Curtea Europeană a Drepturilor Omului și, în viitor și de la Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Totuși, influența jurisprudenței organismelor jurisdicționale europene este una benefică pentru că în acest fel, standardele comune sunt stabilite la nivel suprastatal și sub spectrul sancțiunilor care pot fi generate de nerespectarea acestora. În mod deosebit, se impune studiarea și conștientizarea modului în care unificarea jurisprudenței este influențată de deciziile pronunțate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în lămurirea unor chestiuni prealabile cu privire la care este

³⁸ În cauzele în care instanța a dispus suspendarea, prevederile art. 303 alin. 6 C.pr.pen. se aplică în mod corespunzător (art. 2 alin. 6 din Legea nr. 340/2009).

solicitată. Aceasta deoarece, deși efectele deciziei se produc numai cu privire la cauza, este evident că statuările instanței europene nu vor rămâne fără ecou în activitatea de aplicare a legii penale asupra unor cauze asemănătoare. Din acest motiv, este esențial ca judecătorii naționali să perceapă în mod corect mecanismul cererii de lămurire a unor chestiuni prealabile, ca și efectele care sunt antrenate de utilizare a acestuia.

THE UNITY OF ROMANIAN JURISPRUDENCE, PREOCCUPATION OF THE NEW PROCEDURE CODES

STELUȚA IONESCU*
CONSTANȚA MĂTUȘESCU**

Abstract

In any judicial system, the quality of the act of justice requires to be proven, inter alia, through the requirement of its unitary character. For the judiciary authority, whose exponent is the justice, the need to mitigate the lack of unity of the judicial practice should be the primary concern. For the individual, a unitary and predictable jurisprudence constitutes the attribute for efficient functioning of justice and the safest test of credibility. Unfortunately, the Romanian judicial environment is facing difficulties in this area. At European level, this phenomenon is constantly retained as an unfulfilled requirement. At national level, the preoccupation for remedy persists, a recent confirmation of such concern being its inclusion as prior thesis in the new procedure codes. Thus, the present study aims to determine the merits of these texts in their new form, but also the potential difficulties of their translation into reality.

Keywords: *jurisprudence, supreme court, process, jurisdictional act, jurisprudential unification*

Introduction

The present study is intended to be an interdisciplinary approach, inherently involving aspects of both judicial organization and procedural law, in terms of major functional judicial proceedings in court. In terms of scientific research, the problem that the title invokes, that of a unitary jurisprudence, have generated and still generates still a wide spectrum of interest. Theorists and practitioners of law reported in their work or in their position statements the need to look at this issue from a new, reformed angle. Added to these are the demands imposed at European Communities level, that require the alignment of national justice with both European jurisdiction in the matter of fundamental rights and the Communities jurisdiction and the implications generated by Romania's EU membership.

The standing interest for this subject was fueled by the reality of last years, which consistently showed that the main dimensions of the problem are in reverse relationship. The more there are discussions and possible solutions are advanced, the clearer it is concluded that Romania excels in the lack of unity relative to the solutions given by its judicial system and is thus confronted with a credibility crisis, already manifested.

On this basis, it is commendable the initiative of the decision-maker concerning the adoption of a new regulatory treatment proposed by the projects for the new Procedure Codes, which include, as amendments of substance, either the rethinking of existing unification mechanisms, or the proposal of new ones.

Given the recent character, an approach in terms of the new texts does not yet enjoy a substantial scientific support.

Without claiming to have managed an exhaustive examination, the present study captures the subject in terms of the normative value which the legislator should give to jurisprudence, while at the same time attempting a comparative exercise (for the two judging matters) of the new regulatory proposals, highlighting points of interest but also skeptical notes concerning the

* Lecturer, Ph.D., Faculty of Juridical, Social and Political Sciences, Valahia University of Târgoviște (steluta.ionescu@gmail.com).

** Lecturer, Ph.D., Faculty of Juridical, Social and Political Sciences, Valahia University of Târgoviște (constanta_matusescu@yahoo.com).

deficiencies of the text or the lack of realism of some of them.

1. The Supreme Court and the Normative Value of Jurisprudence

The problem of the indisputable authority of the supreme court's jurisprudence relating to the unity of interpretation is a tradition in Romanian law. The most relevant example here is that even the socialist regime had reserved a special place and due consideration to jurisdictional acts pronounced by the supreme court of the time¹, suggestively called *guidance decisions*. The name itself betrayed their specific character, particularizing them against all other acts of jurisdiction, decisions reputed to have as purpose the orientation and insurance of a *uniform interpretation of the law, and thus its equally uniform application*, nationwide.

The historical mutations that took place after the '90s inevitably have an impact on this matter, but its substance remains. With a new denomination – *Supreme Court of Justice* – and with a properly configured power, the country's supreme court still managed to rise to the level of what Traian Pop expressed as being the bearer of the *power of prestige* and less of the *prestige of that power*², which implied that its solutions, without having the force of a genuine source of law, imposed themselves as *benchmark solutions* for the practice of lower courts within the system³.

By following the trajectory of the judicial reform initiated in Romania and responding to the requirement of ensuring uniform interpretation and enforcement of the law, the supreme court acquired, in 2003, when the text of our fundamental law have undergone a significant revision, not just a new label – *High Court of Cassation and Justice (HCCJ)* – but also, at least as a desiderate, a new status.

The text of Article 126, paragraph 3 of the Constitution of Romania was to stipulate that: "the High Court of Cassation and Justice shall provide uniform interpretation and application of the law by other courts, according to its competence." This constitutional provision is integrally adopted by the law of judicial organization⁴ as well.

Before reviewing the fundamental law, such a provision existed only in the statute law of the supreme court⁵ (formerly the Supreme Court of Justice), and bringing it to fruition was likely to remain an illusion, given that recourses mostly remained in the judging power of the courts of appeal. Precisely because of this, the preoccupation of the legislator for such a requirement was not likely to pass unnoticed, even more so as the regulation of such a segment of the judiciary had already been declared one of the main objectives included in the Reform Strategy for the years 2003-2007, segment considered a fundamental pillar in building the rule of law.

Unfortunately however, the reality that followed the text did not saw a confirmation of the declared intention of bringing "light" in this matter.

From the perspective of the normative value of jurisprudence, the matter must be preceded by some necessary observations.

It is known that the *civil law* systems – and thus our own law system – do not recognize the doctrine of *state decisis*, as it is understood in *case law* systems. However, it is impossible to ignore that, and there is widespread practice that, in solving and motivating jurisprudential

¹ The denomination used to be *Supreme Tribunal*, which, after 1990, became *Supreme Court of Justice*, only to develop, after the constitutional reviewing of 2003, the *High Court of Cassation and Justice*.

² See Teofil Pop, *Rolul practicii judiciare a Curții Supreme de Justiție în consolidarea statului de drept*, in "Studii de Drept Românesc", anul 4, nr. 1, Editura Academiei, București, 1992, p. 28. On the same issue, a critical examination concerning the distribution of the competence of the supreme court, Paul Florea, *Curtea Supremă de Justiție din România, ca instanță de casație*, article published on the official website of the High Court of Cassation and Justice (<http://www.scj.ro/articole.asp>), 2002.

³ Unfortunately, even at the supreme court there were cases of non-unitary practice – for details, see *Raportul SoJust of September 2006*.

⁴ Art.18(2) of Law of judicial organization no. 304/2004.

⁵ Law no. 56/1993, amended by Law no. 153/1998.

solutions are often invoked solutions pronounced in similar cases⁶, even if, formally, in those law systems, the *precedent* is not considered a source of law.

In spite of this, our legal literature, in relatively recent works, suggests treating the issue by invoking, even in *civil law* systems, the force of the precedent⁷.

Thus, the addressing of the problem of the normative value of jurisprudence or – in a more generous statement – of its *power in creating law* is the one promoted by the French-language literature⁸, which places jurisprudence between two limits: *de jure* denial and *de facto* recognition⁹. To explain this dimensioning of the problem, we believe that the arguments supporting one position or another deserve being revealed.

Therefore, the most common *arguments supporting the de jure denial of the normative value of jurisprudence*¹⁰ are: the impossibility for the judge to issue general solutions and regulation, the authority of the issue being judged and its relative character (in terms of *inter partes* effects it produces), the retroactive character of the solution, the principle of separation of powers and the independence of judges¹¹.

Among the *arguments supporting a de facto recognition of the normative value of jurisprudence*, two are invoked with the highest frequency. The first, a leitmotif of doctrinal approaches to this matter, is the one concerning the role which the law gives the judge, to *fill the gaps*. The second argument, intimately linked to the first, is the one that recognizes the judge's role in eliminating eventual *antinomies, contradictions*, means designed to ensure the coherence of the legal order¹².

But beyond that, above all else, the judge is expected to adapt the law to the ever new needs of life.

If we proceed to formulating a conclusion, the answer to the question of the nature of jurisprudence in Roman-Germanic legal systems can only be a nuanced one. Jurisprudence undoubtedly expresses a legal precept, but not with the meaning offered by custom or by law, its character being an autonomous one. A clear-cut manner to solving the problem, especially under current conditions, is neither constructive nor realistic. However, a certainty prevails: the power to create law of the jurisprudence is today, more than ever before, an evidence which, out of

⁶ Also see MacCormick D. N., Summers, *Interpreting Statutes, A Comparative Study*, Brookfield, V.I. Dartmouth, Chapters 3-9, 1997 as cited in Roger A. Shiner, *A treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence (Editor in Chief Enrico Pattaro)*, Vol. 3 Legal Institutions and the Sources of Law, Springer, 2005, p. 72.

⁷ The frequent references are those that concern the *principle decisions* issued by the supreme court. Other times, qualified as *precedent* are the decisions of the Constitutional Court – details in Nicolae Popa, Mihail-Constantin Eremia, Simona Cristea, *Teoria generală a dreptului*, All Beck Publishing House, București, 2005, p. 178.

⁸ See Boris Stark; Henri Roland; Laurent Boyer, *Introduction au droit*, 5^e Édition, Litec, Paris, 2002, pp. 332-337. François Terré, *Introduction générale au droit*, 6^e Édition, DALLOZ, Paris, 2003, pp. 273-287. Leontin Jean Constantinesco, *Tratat de drept comparat, Vol. II, Metoda comparativă*, All Educațional Publishing House, București, 1998, pp. 183 and following; Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome I, 11^e édition, DALLOZ, Paris, 2000, nr. 186, pct. 3 and following.

⁹ Such an approach is also advanced by the Romanian juridical doctrine of the last few years. As an example: Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Editura C.H.Beck, București, 2006, p. 146 and following; Corina Adriana Dumitrescu, *Introducere în teoria izvoarelor dreptului*, Paideia Publishing House, Colecția Paideia-Științe, Seria Drept, București, 1999, p. 79 and following; Ion Deleanu, *Construcția judiciară a normei juridice*, Dreptul nr. 8/2004, pp. 12-36

¹⁰ Grouped, usually, in two categories: *text arguments* (such as the interdiction stipulated by the law in art. 4 of the French Civil Code) and *political arguments*.

¹¹ Concerning the last two, prof. Ion Deleanu also adds arguments relative to the text that regulates a reason for civil recourse (art. 304 par. 4), founded on the *surpassing of the attributions of the judging power*, as well as the nature qualified as „*illogical, bizarre even*” concerning the reunion under one and the same authority of the prerogative of creating juridical norms – Ion Deleanu, *work cited*, p. 15.

¹² *Ibid.*, p. 25.

conservatism or excessive rigor, we avoid fitting in new patterns or, although we accept it, we do so with difficulty. Jurisprudence¹³ therefore can not be regarded as creating legal precepts in the manner precepts are created by the legislator, because "in the Roman-Germanic legal families, the role of jurisprudence can only be explained in relation with the role of the law and, in this sense, the creative role of jurisprudence is always, or almost always, dissimulated behind the apparent interpretation of the law"¹⁴.

One solution provided in our doctrine seems to us equally elegant and realistic. The opinion¹⁵ – which we share – is that today, the jurisprudence has, in Roman-Germanic legal systems and without causing prejudice to the binding nature of the law that guides the *jurisdictio* undertaking of the judge, the character of a *persuasive source of law*. The context from which it emerges only envisions decisions of principle, but nothing precludes this qualification to be extended to all the solutions adopted by the judge. In the same issue, referring to solutions with the same nature, but called *decisions with general value*, there is an invitation to attenuate the already established rule according to which jurisprudence can not be assigned a role as creator of law¹⁶.

We appreciate that, with the same measure, the importance of judiciary practice must also not be absolutized. We just pointed out that this significant restraining in considering that the role of the jurisprudence can be ignored is something that must be surpassed.

For our legal system, the issue of *valorizing the jurisprudence* must unquestioningly be correlated with the renewal of the judiciary power and especially with the quality of the manner the Romanian judge works. What we envision is the appreciation that, on the one hand, a new vision on the value of jurisprudence as a source of law, able to represent a landmark, could constitute, inter alia, *a firm means of empowerment* of the one called to undertake the judgment.

On the other hand, it should be considered that the alternative, functional until recently, of absolutizing the value of the law as the first and often the only formal source of law, can not escape the responsibility for the serious shortcomings occurring daily in Romanian reality. Such phenomena as the crisis of legitimacy of the legislator or the manifest abuse of the executive concerning its right to legislate are notorious and therefore do not require proofing. Such circumstances would require, we believe, at least theoretically, for now, a reconfiguration of this issue, a weighing of the arguments which led, in time, to a vision too restrictive and often based only on abstract considerations.

The subject obviously requires further development. All that the current analysis wanted to accomplish was bringing together the arguments that were to form – historically and as belonging to one legal system or another – the manner in which the role as creator of law of the jurisprudence would be perceived, especially in the case of the *jurisprudence pronounced by the supreme court*.

From a European Communities perspective, the problem of a uniform interpretation of applicable law is also a requirement at this level. In this respect, national justice must be aligned with both European jurisdiction in the matter of fundamental rights and the Communities jurisdiction and the implications brought forth today by Romania's EU membership.

Regarding the former or Romania's relation with the ECHR jurisprudence, eloquent is the informed point of view expressed by Prof. Cornelius Bîrsan¹⁷ who, when referring to the

¹³ René David, *Les grandes systèmes de droit contemporaines*, DALLOZ, Paris, 1950, p. 130 and following.

¹⁴ *Ibid.*, p. 138.

¹⁵ Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *work cited*, p. 147 – we remark, as extremely original, in its entirety, the approach advanced by the authors, relative to the issue of jurisprudence in the current context.

¹⁶ In this sense and relative to the *normative* value of solutions issued by the supreme court – Nicolae Popa, Mihail-Constantin Eremia, Simona Cristea, *work cited*. For other opinions, Despina Fruth Opreșan, *Puterea judecătorească și independența judecătorului*, SCRIPTA Publishing House, București, 2003, pp. 96, 97.

¹⁷ The interview titled *Corneliu Bîrsan în dialog cu Dan Stoica despre C.E.D.O., C.S.M., legi, practica neunitară, răspunderea și rolul judecătorilor*, published on March 17th, 2009 in www.juridice.ro website.

unification of national judiciary practice, noted that the true role of unification should be retained in the charge of (...) the national supreme court. Also and in the same context, the increased appetite of Romanian individuals to call upon the jurisdiction of this European court is impossible to be treated today without concern, given that – it is shown – 57% of complaints to the ECHR come from 4 countries and 43% from the other 43 countries. We find thus a ratio of about 14:1. In other words, an average of 14 Romanian citizens address the ECHR, while only a single citizen from the other countries members of the Council of Europe¹⁸ does the same, and this is due in considerable measure to the credibility crisis of the Romanian national judiciary.

A short time before Romania joined the European Union, our doctrine¹⁹ signaled the fact that, subsequently, the Romanian courts would be able to address the European Court of Justice on *prior issues*, soliciting interpretation or even explanations concerning the validity of the Communities law. This method available to national courts is called *prior recourse* (in the sense of action and not appeal). Such a procedural mechanism has the purpose to avoid creating a divergent or contrary jurisprudence at member states level.

It was argued recently²⁰ that "the lack of unity of judiciary practice is not a problem exclusive to Romanian justice, but the actual size of this phenomenon is of serious concern, fact also reported in European Commission documents²¹ and in judgments of the European Court of Human Rights"²².

Unitary and contradictory practice creates legal uncertainty and deepens mistrust in justice. Undoubtedly, this issue affects the whole judicial system and equally concerns Romanian and foreign individuals who come into contact with the judiciary courts of our country.

Today, the issue must also be observed from the angle of observations reported in the last European Commission report on the state of Romanian justice, which a year ago invited to strengthen the role of the High Court of Cassation and Justice in the unification of jurisprudence, including through simplification of the procedure applied in case of recourses, for consistently interpreting and applying the law, and by developing guidelines on penalties for corruption offenses.

Impossible to ignore is the fact that ensuring uniform interpretation of law at national level will be particularly important for building trust underlying the principle of mutual recognition of foreign courts jurisprudence.

2. Ensuring Uniform Jurisprudential Interpretation. The Vision of the New Procedure Codes

2.1. General Notes

From a regulatory perspective, the problem of *ensuring a uniform judicial practice* is envisioned by both projects for new procedure codes, sometimes even with similar or identical wording, an additional reason for confirming the common concern for the subject. Thus, under an identical title, *Provisions for ensuring a uniform judicial practice*, the new texts formulate solutions and give a regulation to this issue.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Mihaela Tăbărcă, *Drept procesual civil vol. II*, Universul Juridic Publishing House, București, 2008, p. 209.

²⁰ About the unifying role of the High Court of Cassation and Justice, there is a remarkable study authored by Dan Lupașcu, *Recursul în interesul legii în proiectele noilor Coduri de procedură din România*, article published on-line, Juridice.ro, November 2009.

²¹ See Country Reports or Intermediary Reports of 2003; June 2005; December 2005; March, May and September 2006; April and June 2007; July 2008 and February 2009.

²² See, for example: ECHR Decision of December 6th, 2007, Beian vs. Romania, published in Monitorul Oficial, Partea I, nr. 616 of August 21st; ECHR Decision of February 21st, 2008, Driha vs. Romania (not published) or ECHR Decision of January 27th, 2009, Ștefan and Ștef vs. Romania (not published).

Most of the times, the issue is resolved through the identification of the exclusive judging competence, put in the charge of the High Court of Cassation and Justice. More specifically, it is a procedural means by which to reach such solutions, an extraordinary means of appeal, suggestively called *recourse in the interest of the law*²³.

We would like to insist, in this context, in showing that although the risk to be understood in this manner remains, it should be noted that the legal procedural means by which our supreme court is called upon to do what we call the “Romanian cassation”²⁴ – the uniform interpretation of the law and the uniformization of judicial practice – consists not only in the extraordinary way of appeal whose denomination suggests it, the *recourse in the interest of the law*²⁵, also often called “pseudo-recourse”, “doctrinal recourse”²⁶ or “academic recourse”. Nobody denies the latter its quality of a special means at the disposal of the supreme court. The drawback comes however from a truncated understanding that this represents the exclusive means to achieve uniform interpretation and application of the law.

Although often “escaped” from view, the problem equally concerns the *recourse*²⁷ – today qualified in civil law as an extraordinary means of appeal²⁸.

In the Romanian justice system of today, after a “cascade” of texts, the placement of competence in relation to the recourse has in the end become, we dare to affirm, the least inspired configuration.

So, after long modifying trials, the *recourse* ends up in the judging power of three categories of courts, corresponding to as many hierarchical levels (courts, courts of appeal, the High Court of Cassation and Justice), which merely dilute its substance even more and make the reason from which it originated to be completely forgotten²⁹.

The proportion of their case load doesn’t even matter, although it could be noted that in this respect, there is an obvious imbalance. What emerges from such an uninspired “positioning” is a sure way to a non-unified interpretation and application of the law, which means a direct path to a so-called “*cassation*”. Since, by its nature, the recourse frequently raises sensible law issues, its resolution by different courts can not provide what the legislator had in mind when regulating this means of appeal. Only if, somehow, it is systematically forgotten that the recourse remains a way for exclusive verification of the conformity of judgment with the law, and not with the facts that

²³ Dan Lupașcu, *work cited*.

²⁴ This qualification wishes to show how the law conceives, through perception and application, the supreme court of any country – Danil Matei, *Drept procesual civil. Note de curs*, Valahia University of Târgoviște, 2009, p. 322.

²⁵ In our law system, the *recourse in the interest of the law*, of French origin, was provisioned in art. 13 of the Law of the Court of Cassation of 1861, reconfirmed by ulterior laws, continuing to exist until 1949. After almost five decades of absence, the institution of the *recourse in the interest of the law* was reactivated through the Law no. 59/1993. Today, the texts that regulate it, for both procedure matters, are art. 329 Civil Procedure Code and art. 414 Criminal Procedure Code.

²⁶ Ion Deleanu, *Tratat de procedură civilă, vol. II*, „All Beck” Publishing House, București, 2005, p. 415.

²⁷ One of the senses of the verb “*casser*” is to destroy, to break, to eliminate, to disqualify a decision, an act, and it signals its circulation since the 13th Century. The current sense is that of annulling a jurisdictional decision issued in last instance. The same senses made the recourse attributed to the supreme court to be qualified both formally, as well as in the doctrine and jurisprudence, as a “recourse in cassation” – in Danil Matei, *work cited*, pp. 236 and following.

²⁸ Qualification given by the substantial amendment of the Civil Procedure Code of 2000 (O.U.G. 138/2000). In criminal matter, the recourse is maintained as an ordinary means of appeal, fact that doesn’t change its nature.

²⁹ As a substantial contributive addition, it must be remarked that in matter of competence, the project for the new Civil Procedure Code brings reforms. The new text makes an attempt at an almost ideal configuration of this institution: the cases with little value and/or complexity, but with high frequency of occurrence in practice would be directed toward law courts; tribunals would become courts with full competence for judgment in first instance; the court of appeal, as its name suggests, would mainly judge appeals while the supreme court would thusly become a court for recourse of common law, so that its role, provisioned by the Constitution, that of ensuring the unitary interpretation and application of the law, would not be limited to just a desiderate anymore.

the trials rise, being therefore the expression of a reviewing of legality and not one of legal ground.

Subscribing to this line of thought is also the opinion³⁰ according to which *the lack of a uniform and clear jurisprudence remains a concern for the certainty and transparency of justice and a prerequisite for access to jurisprudence*. The essential tool – is added in context – in achieving this objective is the recourse in the interest of the law, as well as the HCCJ's own practice in solving the *ordinary recourse*.

Beyond the provisions of the codes of procedure, the Law of judicial organization puts in the charge of the High Court of Cassation and Justice, as a competence, *the solutioning of complaints concerning the change of its jurisprudence*, as well as the *return to its own jurisprudence* (Article 25), the task of determining, at the end of each year, the cases where it is necessary to *improve legislation*, and also the task of allowing judges to inform themselves at the courts on issues of *fair and uniform application of law*, making known the jurisprudence of the High Court of Cassation and Justice, and to identify circumstances justifying proposals to improve legislation (Article 27).

1.2. Mechanisms for Jurisprudential Unification

a). The Recourse

In *civil matter*, the recourse takes an amended configuration, in the sense of being a special means of appeal. Thus, under the new regulation, the recourse aims to submit to the High Court of Cassation and Justice, for reviewing, under the law, of the conformity of the contested decision with the applicable rules of law, this being one of the ways to ensure a uniform judicial practice throughout the country.

Also, the competence for solutioning the recourse will be put in the charge of the High Court of Cassation and Justice; the exercise period is longer, the grounds for exercising the recourse are revised, by reducing them and imposing strict conditions for the exercise. It was also suggested the reintroduction of the filtering procedure for recourses under the competence of the High Court of Cassation and Justice, procedure meant to ensure the review of legality of the supreme court only for justified reasons.

At the same time, for a consistent practice, in accordance with European standards, during the filtering procedure, in the report on the cause, the jurisprudence of the High Court of Cassation and Justice, of the Constitutional Court, of the ECHR and that of the Communities courts, and the position of the doctrine on the subject matter will be exposed³¹.

Also in *criminal law*, the Project advances deep changes in the matter. The recourse in cassation becomes an extraordinary means of appeal, exercised only in exceptional cases, only on grounds of illegality.

The purpose is to ensure a uniform practice throughout the country. Through this extraordinary means of appeal, the solutioning of which is solely under the competence of the High Court of Cassation and Justice, the conformity of the final decisions being contested with legal rules is analyzed, by reference to cases of cassation expressly and limitingly stipulated by the law.

The project imposes strict conditions on the contents of the request for recourse in cassation to ensure the rigor and discipline of the trial and to prevent the introduction, in abusive manner, of recourses that fall outside the grounds provided by law.

The cases in which the recourse in cassation can be exercised exclusively concern the legality of the decision, and not factual issues. These may constitute grounds for the cassation of the decision only if they were not invoked through appeal or during the judging of the appeal or if,

³⁰ Lidia Bărbulescu – *Declarația de intenție privind candidatura la președenția instanței supreme* – <http://www.gardianul.ro>)

³¹ The text makes a selection from the Recital for project proposal, document published on-line – <http://www.scribd.com/doc/12834617/Expunere-de-Motive-Proiect-Codul-de-Procedura-Civila-25-Februarie-2009>.

although they were invoked, they were rejected or the court omitted to rule on them³².

b) The Recourse in the Interest of the Law

Procedural means so named by *law convention*³³ – without being a real means of appeal – *the recourse in the interest of the law*, in the new texts of the projects, benefits from a juridical treatment designed in a similar manner, with only a few specific notes, the emphasis being on the construction of the institution, on the conditions of admissibility and judgment and, especially, on the nature of pronounced solutions.

We consider such an approach inspired, especially since nothing would justify an accentuated personalization of the institution in each of the two matters of the law. On the contrary, the subject is of so much interest to the problem of general organization and functioning of the judiciary system, that it would have been justified that the main regulation of the recourse in the interest of the law to be the attribute of the judicial organization law, while the codes would only retain the task of regulating the effective means of its exercising and judging.

Thus, in terms of legal grounding, the text of the project for the new Code of Civil Procedure, without qualifying it as a means of appeal, understand it as a duty of the authority³⁴ so that, if there are legal issues that have received different solutions from the lower courts, the Supreme Court be called upon to rule, in order *to ensure uniform interpretation and application of the law by all courts (Article 499 of the Project)*. In criminal processual matter, the *recourse in the interest of law* is expressly qualified as an *extraordinary means of appeal that ensures uniform interpretation and application of criminal and criminal procedure law (Article 465 (1) of the Project)*.

In a perfect identity, the admissibility of such an approach is conditioned by the *proof that the legal issues which form the object of the trial have been resolved differently through final court decisions, which are to be attached to the application (Art. 500 of the Project for the Code of Civil Procedure and Art. 466 of the Project for the Code of Criminal Procedure)*. There are also requirements imposed to the application for recourse in the interest of the law which could initiate a preliminary examination. The application must include the different solutions to the legal issue and their motivating, the jurisprudence of the Constitutional Court, of the European Court of Human Rights or, where appropriate, of the Court of Justice of the European Communities, the opinions expressed in the doctrine, relevant to the field, and also the solution that is proposed to be pronounced in the recourse in the interest of the law. (465 (3)).

In both matters³⁵, the texts require the drawing up of a report to analyze the cause, report that will include the different solutions to the law issue and the arguments on which are based, the relevant jurisprudence of the Constitutional Court, of the European Court of Human Rights or, where appropriate, of the Court of Justice of the European Communities, the doctrine in the matter the opinions expressed by the experts that were consulted. At the same time, the reporting judges will draw up and motivate the project of the solution that will be proposed to be issued in the

³² The text makes a selection from the Presentation on the official website of the Ministry of Justice and for the Recital – http://www.dreptonline.ro/legislatie/proiect_codul_procedura_penala_februarie_2009_ministerul_justitiei.php

³³ Danil Matei, *work cited*, p. 335.

³⁴ The General Attorney of the Prosecutor's Office attached to the High Court of Cassation and Justice, self-charged or at the solicitation of the Minister of Justice, the Leading College of the High Court of Cassation and Justice, the leading colleges of the courts of appeal, and the Ombudsman (this one does not have competence for initiating the solicitation in criminal matter; in exchange, the prosecutor's offices attached to the courts of appeal have competence here) – we agree with the reserves expressed relative to the scope of participants that are able to initiate the procedure, as well as to the inadequacies of text concerning its character of being the *prerogative* or a *duty* – see Dan Lupașcu, *work cited*.

³⁵ The content of the report concerning the recourse in the interest of the law – art. 501(4), Project for the Civil Procedure Code and art. 465 (4), Project for the Criminal Procedure Code.

recourse in the interest of the law.

Relative to the solutions given³⁶ and, especially, to their legal nature³⁷, in technical manner, in both judging matters, the United Sections rule by *decision*, in the interest of the law, with no effect on the judgments decisions examined or on the situation of the parts in those processes. The clarification of judged law issues is *mandatory* for courts starting with the date of their publication in Monitorul Oficial al României, Part I.

Unfortunately, in this regard, the Projects do not come with new solutions and firm solutions, which means that the problem remains formulated in the same elusive terms under which it stands today.

For the purposes of the present theme, some clarifications are necessary on the nature of the solution pronounced in solving a recourse in the interest of the law.

Starting with the reasons of the legislator to avoid the situation where the judiciary authority could be undermined by the existence of a non-unitary jurisprudence in one and the same matter, the recourse in the interest of law was thought out in the sense that it will not affect the stability of social rapports protected by court decisions already rendered, which entered under the power of judgment. In other terms, the specific note of the solutions given in solutioning of this extraordinary means of appeal is that they have effects on the parties, does not alter their situation, previously solved at another judicial level³⁸, their only purpose being to rule on issues of law which have been settled differently by judicial courts.

Hence another, very important specific note, that of the binding nature of the solutions given in the recourse in the interest of the law³⁹.

Moreover, it is also impossible to neglect the case of solutions rendered in recourse, in the form of cassation with sending to rejudgment, where for both matters, civil and criminal, the governing rule is that *the recourse court decisions on legal issues solved, and on the need for administering evidence are mandatory for appeal judges*⁴⁰, just as *the rejudgment court must comply with the recourse court decision, insofar as the factual situation remains that considered in the settlement of the recourse*⁴¹.

c) Referral to the High Court of Cassation and Justice for Issuing a Prior Ruling for the Clarification of Legal Issues⁴²

In addition to the classical procedure of *recourse in the interest of the of law*, the projects

³⁶ The concern for the solutions issued in the recourse in the interest of the law was the main theme of a debate organized at the end of 2009 – the Conference titled *Forța juridică a hotărârilor pronunțate în recursul în interesul legii*, Romanian-American University, București, November 6th, 2009, debate that enjoyed the participation of recognized names in the field of law, prestigious theorists and practitioners.

³⁷ The provisions of art. 502, Project for the Civil Procedure Code and art. 468, Project for the Criminal Procedure Code.

³⁸ This is the argument that constitutes the basis for opinions expressed in our doctrine, in the sense that the recourse in the interest of the law does not respond to requirements imposed for being a true means of appeal – also see Viorel Mihai Ciobanu, *Tratat teoretic și practic...*, vol. II, pp. 458 and following.

³⁹ It is worthy of mentioning that such a provision of the law was subject to an amendment of the Criminal Procedure Code, the Law no. 356/2006 thus benefitting from a better systematization of the text. Hence, if in its initial form, this fact stemmed from the economy of art. 414 par. 2: „*The decisions issued by the United Sections, that solve the solicitations, are mandatory [...]*”, the current form of the text, in an inspired manner and with the intention of better establishing this requirement, shows preference for its mentioning in the final paragraph of that same art. 414, distinctly providing that: „*The solving of legal issues being judged is mandatory for law caourts*”.

⁴⁰ Text of art. 315, Civil Procedure Code.

⁴¹ Text of art. 385¹⁸ par. 1 Criminal Procedure Code.

⁴² The Project for the Civil Procedure Code also regulates, in the same title, a new procedure – *the complaint relative to the prolonging of the trial* (Title IV (art. 506-510) of the Project for the Civil Procedure Code) – which regulates the possibility of remedy for violating the right to a solution in an optimum and predictable term, by soliciting legal measures in order to eliminate such a situation. Since this is not a judging competence exclusive to the supreme court, we refer only to the situation in which the supreme court operates as a superior court.

also propose a new mechanism for the unification of judicial practice, designed to contribute to the transformation of Romanian jurisprudence in a predictable one, able to meet reasonable expectations of individuals and at the same time leading to a shorter process, preventing going through all means of appeal. This procedure generally involves the *solicitation for resolving, in principle, of a legal issue upon which the solutioning of a cause depends*, legal issue over which courts have ruled in a non-unitary manner.

Thus, if during the trial, a panel of judges of the High Court of Cassation and Justice, of the court of appeal or of the tribunal, vested with the solutioning of the case in last instance, noting that a legal issue on which the settlement of that case depends was solved differently in the practice of courts, may require (...) the High Court of Cassation and Justice to issue a prior decision by which to resolve the legal issue brought before it.

This solicitation will be addressed, self-charged or at the request of the parties, to the High Court of Cassation and Justice by the judge invested with resolving the case in last instance. To ensure effectiveness of this new mechanism, to the decision of the High Court of Cassation and Justice will be given binding character for the court that sent the solicitation for solving the legal issue and for all other courts.

With the same purpose, publicity formalities will be provided, to ensure the access of courts and individuals to the solution issued by the High Court of Cassation and Justice.

The solving of legal issues in this manner is *mandatory* for judicial courts, starting with its publication in Monitorul Oficial al României. Unlike the solution issued in the recourse in the interest of the law, this one is aimed inclusively at the cause in connection with which that legal issue was raised.

3. Conclusions

In light of the above, we can affirm that the problem of the unification of jurisprudence at our supreme court level is much more complex, and a solution to it cannot be provided by a single legislative text and in no way can be laid solely on the shoulders of this court. The real unification of jurisprudence can only be the expression of a process which requires, aside from a good knowledge of the law, an impartial exercise of balancing the facts and the texts applicable to the case, ultimately, an act of assuming the judgment by judges in all judicial courts. And such an assumption can not avoid bringing into argument, again, a matter which was the subject of the present analysis, that of the *valorization of the jurisdictional act*, of the qualification of jurisprudential solutions, as having the force of judicial precedents.

The solutions given by the supreme court, in our judicial system, are subject to jurisprudential emanations with special character, and their "regulatory value" undoubtedly must be seen differently. This is what prompted Viorel Mihai Ciobanu to assert, almost a decade ago, that *the judges of the supreme courts are an aid less for the justice and more for the legislator*.

Although in the popular conception, the supreme courts are still perceived as a third level of jurisdiction placed in the top of the pyramidal organization of judiciary, the experts concluded, however, that this vision does not correspond to reality and that at the cassation level, the limitations are more acceptable because they are justified by the need to divert judges from their own function, that of *ensuring a uniform interpretation of the law, to eliminate its uncertainty, to fill the gaps*.

Under regulatory perspective, the recent proposals advanced by the projects of new codes of procedure in the major matters of judgment (civil and criminal) are, undoubtedly, important contributions in the field. Among the positive points, some are worth mentioning.

Thus, it is to be valued the uniform manner in treatment, even the identity of texts, where specific notes are not required. It should also be noted the more successful systematization of texts and a more rigorous way of expression. The texts could thus resolve the erroneous tendency to view the recourse in the interest of the law as the unique and absolute means of unifying the

jurisprudence. In direct relation and in a desirable manner, the ordinary recourse is given consideration, to which the project in criminal matter confers the quality of *recourse in cassation*, vision that he should also be shared by project of the code in civil matter.

It is also worth noting the insertion in the regulation of a new procedural means designed to bring remedies to eventual situations of non-unitary practice, even as a preventative measure, by asking the Supreme Court to rule in advance for clarification of legal issues.

Evidently and maybe unavoidable, there also are issues not resolved by the texts, elaborations seductive in theory but of difficult to perceive practical relevance, incoherence in texts or inconsistent clarifications in aspects common to the two matters. Impossible to neglect is that the new status conferred to the supreme court can only be regarded in direct and effective relation with a new arrangement of competence, issue that the legislative provisions pursued, but still untested in immediate practice.

Therefore, it remains to be seen whether their implementation will be undertaken and understood in terms of accomplishing a real and realistic shaping of a unified judicial practice.

Clearly and desirable, the role of the High Court of Justice and Cassation in the matter of *shaping a uniform practice* remains crucial for the coherence of the law system as a whole. A realistic regulation of the problem, in unequivocal terms and with firmness, is of course the main premise. However, this must be accompanied by the moral and professional qualities of judges from the supreme court, issues relating to competence and resource allocation for its proper functioning, issues that are, each in itself, a matter of public policy. Solely the manner in which these issues will find their purpose could determine, as in any other judicial system, the attainment, by our supreme court, of the real status of *exemplar court*.

References

1. Capitant, Henri, François Terré, and Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome I, 11^e édition, DALLOZ, Paris, 2000
2. Constantinesco, Leontin Jean, *Tratat de drept comparat, Vol. II, Metoda comparativă*, All Educațional Publishing House, București, 1998
3. David, René, *Les grandes systèmes de droit contemporaines*, DALLOZ, Paris, 1950
4. Dănișor, Dan Claudiu, Ion Dogaru, and Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Editura C.H.Beck, București, 2006
5. Deleanu, Ion, *Construcția judiciară a normei juridice*, Dreptul nr. 8/2004
6. Deleanu, Ion, *Tratat de procedură civilă, vol. II*, „All Beck” Publishing House, București, 2005
7. Dumitrescu, Corina Adriana, *Introducere în teoria izvoarelor dreptului*, Paideia Publishing House, Colecția Paideia-Științe, Seria Drept, București, 1999
8. Florea, Paul, *Curtea Supremă de Justiție din România, ca instanță de casație*, article published on the official website of the High Court of Cassation and Justice (<http://www.scj.ro/articole.asp>), 2002
9. Lupașcu, Dan, *Recursul în interesul legii în proiectele noilor Coduri de procedură din România*, article published on-line, Juridice.ro, November 2009
10. Matei, Danil, *Drept procesual civil. Note de curs*, Valahia University of Târgoviște, 2009
11. Opreșan, Despina Fruth, *Puterea judecătorească și independența judecătorului*, SCRIPTA Publishing House, București, 2003
12. Pop, Teofil, *Rolul practicii judiciare a Curții Supreme de Justiție în consolidarea statului de drept*, in “Studii de Drept Românesc”, anul 4, nr. 1, Editura Academiei, București, 1992
13. Popa Nicolae, Mihail-Constantin Eremia, and Simona Cristea, *Teoria generală a dreptului*, All Beck Publishing House, București, 2005

14. Shiner, Roger A., *A treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence (Editor in Chief Enrico Pattaro)*, Vol. 3 Legal Institutions and the Sources of Law, Springer, 2005
15. Stark, Boris, Henri Roland, and Laurent Boyer, *Introduction au droit*, 5e Édition, Litec, Paris, 2002
16. Tăbârcă, Mihaela, *Drept procesual civil vol. II*, Universul Juridic Publishing House, București, 2008
17. Terré, François, *Introduction générale au droit*, 6e Édition, DALLOZ, Paris, 2003

UNITATEA JURISPRUDENȚEI ROMÂNEȘTI, PREOCUPARE A NOILOR CODURI DE PROCEDURĂ

STELUȚA IONESCU¹
CONSTANȚA MĂTUȘESCU²

Abstract

In any judicial system, the quality of the act of justice requires to be proven, inter alia, through the requirement of its unitary character. For the judiciary authority, whose exponent is the justice, the need to mitigate the lack of unity of the judicial practice should be the primary concern. For the individual, a unitary and predictable jurisprudence constitutes the attribute for efficient functioning of justice and the safest test of credibility.

Unfortunately, the Romanian judicial environment is facing difficulties in this area. At European level, this phenomenon is constantly retained as an unfulfilled requirement. At national level, the preoccupation for remedy persists, a recent confirmation of such concern being its inclusion as prior thesis in the new procedure codes.

Thus, the present study aims to determine the merits of these texts in their new form, but also the potential difficulties of their translation into reality.

Key-Words: *jurisprudence, supreme court, process, jurisdictional act, jurisprudential unification*

Introducere

Studiul de față se dorește o abordare interdisciplinară, care antrenează inerent aspecte ce țin atât de organizarea judiciară cât și drept procesual, din perspectiva marilor proceduri jurisdicționale funcționale în justiție. Sub aspectul cercetării științifice, problema pe care o propune titlul, aceea a jurisprudenței unitare, s-a situat și se situează încă în atenția unui spectru larg de preocupare. Doctrinari și practicieni ai dreptului au semnalat în operele lor ori în luările de poziții, nevoia de a privi această problematică dintr-un unghi nou, reformat. Se adaugă acestora exigențele impuse la nivel european - comunitar, raportând justiția națională atât la jurisdicția europeană în materia drepturilor fundamentale, cât și la jurisdicția comunitară și la resorturile pe care le generează astăzi calitatea României de stat membru al Uniunii Europene.

Interesul permanent pentru subiect avea să fie alimentat de realitatea ultimilor ani care, în mod consecvent, a arătat că dimensiunile principale ale problemei se află în relație invers proporțională. Cu cât se discută mai mult și se avansează soluții, cu atât mai clară este concluzia că România excelează la capitolul lipsei de unitate relativ la soluțiile pronunțate de sistemul său judiciar și astfel la o, deja vădită, criză de credibilitate.

Pe acest temei, trebuie apreciată inițiativa factorului de decizie privind adoptarea unui tratament normativ nou propus prin Proiectele Noilor Coduri de Procedură, reglementare care înscrie ca amendări de substanță, fie regândirea unor mecanisme de unificare deja existente, fie propunerea altora noi.

Dat fiind caracterul recent, abordarea problemei din perspectiva noilor texte nu se bucură încă de un suport științific consistent.

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice, Universitatea Valahia din Târgoviște, Romania, steluta.ionescu@gmail.com.

² Lector univ. dr., Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice, Universitatea Valahia din Târgoviște, Romania, constanta_matusescu@yahoo.com.

Fără pretenția de a fi reușit un examen complet, studiul surprinde subiectul din perspectiva valorii normative pe care trebuie să o confere legiuitorul jurisprudenței, încercând și un exercițiu comparativ (pentru cele două materii de judecată) privind noile propuneri de reglementare, evidențiind punctele de interes dar și notele sceptice privind insuficiențele de text ori lipsa de realism a unora dintre acestea.

1. Instanța supremă și valoarea normativă a jurisprudenței

Problema autorității incontestabile pe care o asigură jurisprudența instanței supreme relativ la unitatea de interpretare este una de tradiție în dreptul românesc. Cel mai relevant exemplu în acest sens este faptul că și în regimul socialist erau rezervate un loc aparte și o considerație pe măsură actelor jurisdicționale pronunțate de instanța supremă a vremii³, denumite sugestiv *decizii de îndrumare*. Însăși denumirea trăda caracterul lor specific, particularizându-le în raport cu toate celelalte acte de jurisdicție, decizii reputate a avea drept rațiune orientarea și asigurarea unei *interpretări unitare a legii, condiționând astfel aplicarea în egală măsură unitară*, la nivel național.

Mutațiile istorice intervenite după anii '90 se răsfrâng inevitabil și asupra acestei problematice, însă substanța ei persistă. Cu o denotație nouă – Curtea Supremă de Justiție - și cu o competență configurată corespunzător, instanța supremă a țării reușește totuși să se ridice la nivelul a ceea ce exprima Traian Pop, acela de a fi purtătoarea *puterii prestigiului* și mai puțin aceea a *prestigiului puterii*⁴, ceea ce presupunea faptul că soluțiile sale, fără a avea forța unui veritabil izvor de drept, s-au impus ca *soluții-reper* pentru practica instanțelor inferioare din sistem⁵.

Înscrindu-se pe linia reformei judiciare inițiate în România și răspunzând cerinței asigurării unității de interpretare și aplicare a legii, instanța supremă dobândește în 2003, moment în care textul legii noastre fundamentale suferă o revizuire semnificativă, nu doar o etichetă nouă – *Înalta Curte de Casație și Justiție* ci și - cel puțin, ca deziderat – un statut nou.

Textul art. 126 alin. 3 din Constituția României avea să statueze că: „Înalta Curte de Casație și Justiție asigură interpretarea și aplicarea unitară a legii de către celelalte instanțe judecătorești, potrivit competenței sale”. În egală măsură, dispoziția constituțională este preluată integral și de legea de organizare judiciară⁶.

Înainte de revizuirea legii fundamentale, o atare prevedere se regăsea doar în Legea privind statutul instanței supreme⁷ (fostei Curți Supreme de Justiție), iar aducerea ei la îndeplinire risca să rămână o iluzie, în condițiile în care recursurile rămâneau în marea lor majoritate în puterea de judecată a curților de apel. Tocmai de aceea, preocuparea constituantei pentru o atare exigență nu poate să nu se lase observată, cu atât mai mult cu cât, reglementarea unui atare segment al judiciarului era deja declarat ca unul dintre obiectivele majore înscrise în Strategia de reformă pe anii 2003-2007, segment socotit un pilon esențial în edificarea statului de drept.

Din nefericire însă, realitatea care i-a urmat textului avea să infirmența intenția declarată, de a aduce „lumină” în această materie.

³ Titulatura era atunci aceea de *Tribunal Suprem*, devenită, după anul 1990 *Curte Supremă de Justiție*, pentru ca astăzi, după revizuirea constituțională din 2003, să se numească *Înalta Curte de Casație și Justiție*.

⁴ A se vedea, Teofil Pop, *Rolul practicii judiciare a Curții Supreme de Justiție în consolidarea statului de drept*, în Studii de Drept Românesc, anul 4, nr. 1, Editura Academiei, București, 1992, p. 28. În aceeași problemă, un examen critic privind distribuția competenței instanței supreme, Paul Florea, *Curtea Supremă de Justiție din România, ca instanță de casație*, articol postat pe site-ul oficial al Înaltei Curți de Casație și Justiție (<http://www.scj.ro/articole.asp>), 2002.

⁵ Din nefericire, chiar la instanța supremă aveau să fie semnalate cazuri de practică neunitară – pentru detalii, a se vedea *Raportul SoJust din septembrie 2006*.

⁶ Art.18(2) din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară.

⁷ Legea nr. 56/1993, modificată prin Legea nr. 153/1998.

Sub aspectul valorii normative a jurisprudenței, problema trebuie precedată de câteva observații necesare.

Este cunoscut faptul că, sistemele de *civil law* – deci și sistemul nostru de drept - nu recunosc doctrina *stare decisis*, așa cum este ea înțeleasă în sistemele de *case law*. Cu toate acestea, imposibil de ignorat este faptul că, și aici, este larg răspândită practica potrivit căreia, în soluționarea și motivarea unor soluții jurisprudențiale sunt invocate adesea soluții date în cauze similare⁸, chiar dacă, în mod oficial, în aceste sisteme de drept, *precedentul* nu este considerat izvor de drept.

Cu toate acestea, literatura noastră juridică, în lucrări relativ recente, propune tratarea problematicii, invocând și pentru sistemele de *civil law*, forța precedentului⁹.

Abordarea așadar a problemei valorii normative a jurisprudenței sau – într-un enunț mai generos – a *puterii sale creatoare de drept* este aceea promovată de literatura de limbă franceză¹⁰. Aceasta situează jurisprudența între două limite: negarea *de jure* și recunoașterea *de facto*¹¹. Pentru a explica această dimensionare a problemei, credem că merită relevate argumentele care susțin o poziție sau alta.

Astfel, cele mai frecvente *argumente care susțin negarea de jure a valorii normative a jurisprudenței*¹² sunt: imposibilitatea pentru judecător de a se pronunța prin soluții generale și reglementare, autoritatea lucrului judecat și caracterul său relativ (sub aspectul efectelor *inter partes* pe care le produce), caracterul retroactiv al soluției, principiul separației puterilor și independența judecătorilor¹³.

Printre *argumentele care susțin recunoașterea de facto a valorii normative a jurisprudenței*, două sunt enunțate cu cea mai mare frecvență. Cel dintâi, un laitmotiv al abordărilor doctrinare asupra acestei chestiuni, este acela privind rolul pe care legea îl conferă judecătorului, de a *suplini lacunele*. Un alt doilea argument, legat intim de cel dintâi, este și acela care-i recunoaște judecătorului rolul de a elimina eventualele *antinomii, contradicții*, mijloc menit să asigure coerența ordinii juridice¹⁴.

Dincolo de acestea însă, mai presus de orice, judecătorul este chemat să adapteze legea nevoilor mereu noi ale vieții.

⁸ A se vedea și MacCormick D. N., Summers, *Interpreting Statutes, A Comparative Study*, Brookfield, V.I. Dartmouth, Cap. 3-9, 1997 apud Roger A. Shiner, *A treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence (Editor in Chief Enrico Pattaro)*, Vol. 3 *Legal Institutions and the Sources of Law*, Springer, 2005, p. 72.

⁹ Referirile frecvente sunt acelea care privesc *deciziile de principiu* pronunțate de instanța supremă. Alteori, asociate calificării de *precedent* sunt deciziile Curții Constituționale – detalii în Nicolae Popa, Mihail-Constantin Eremia, Simona Cristea, *Teoria generală a dreptului*, Editura All Beck, București, 2005, p. 178.

¹⁰ A se vedea Boris Stark; Henri Roland; Laurent Boyer, *Introduction au droit*, 5^e Édition, Litec, Paris, 2002, pp. 332-337. François Terré, *Introduction générale au droit*, 6^e Édition, DALLOZ, Paris, 2003, pp. 273-287. Leontin Jean Constantinesco, *Tratat de drept comparat, Vol. II, Metoda comparativă*, Editura All Educațional, București, 1998, pp. 183 și urm.; Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome I, 11^e édition, DALLOZ, Paris, 2000, nr. 186, pct. 3 și urm.

¹¹ O atare abordare propune și doctrina juridică românească a ultimilor ani. Cu titlu de exemplu: Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Editura C.H.Beck, București, 2006, pp. 146 și urm.; Corina Adriana Dumitrescu, *Introducere în teoria izvoarelor dreptului*, Editura Paideia, Colecția Paideia-Științe, Seria Drept, București, 1999, pp. 79 și urm.; Ion Deleanu, *Construcția judiciară a normei juridice*, Dreptul nr. 8/2004, pp. 12-36.

¹² Grupate, de regulă, în două categorii: *argumente de text* (cum este, de pildă interdicția prevăzută de lege în art. 4 C. civ. francez) și *argumente politice*.

¹³ Relativ la ultimele două enunțate, profesorul Ion Deleanu adaugă și argumente privind textul care reglementează un motiv de recurs civil (art. 304 alin. 4), fondat pe *depășirea atribuțiilor puterii judecătorești*, precum și natura calificată drept „*illogică, chiar bizară*”, relativ la contopirea în una și aceeași autoritate a prerogativei de a crea norma juridică – pentru dezvoltări, Ion Deleanu, *op.cit.*, p. 15.

¹⁴ *Ibidem*, p. 25.

Dacă am recurge la o concluzie, răspunsul la întrebarea privind natura jurisprudenței, în sistemele de drept romano-germanic, nu poate fi, decât unul nuanțat. Jurisprudența exprimă indubitabil o regulă de drept, nu în sensul celei oferite de cutumă sau de lege, caracterul său fiind unul autonom. O manieră tranșantă a problemei, mai ales în condițiile actuale nu este nici constructivă și nici realistă. O certitudine însă primează: puterea jurisprudenței de a crea drept este, astăzi, mai mult ca până acum, o evidență, pe care, din conservatorism sau din exces de rigoare, evităm a o încadra în tipare noi sau, deși o acceptăm, o facem cu dificultate. Jurisprudența¹⁵ așadar nu poate fi considerată creatoare de reguli de drept, în felul în care sunt regulile create de legiuitor căci „în familiile de drept romano-germanic, rolul jurisprudenței nu poate fi precizat, decât în relație cu cel al legii și, în acest sens, rolul creator al jurisprudenței se disimulează întotdeauna, sau aproape întotdeauna, în spatele aparenței interpretării legii”¹⁶.

O soluție furnizată în doctrina noastră ni se pare, în egală măsură, elegantă și realistă. Opinia¹⁷ – pe care o împărtășim – este aceea că astăzi jurisprudența, în sistemele de drept romano-germanic, fără a aduce atingere caracterului obligatoriu al legii care cârmuiește opera de *jurisdictio* a judecătorului, are caracterul unei *surse persuasive de drept*. Contextul din care se desprinde face vorbire doar despre deciziile de principiu, însă nimic nu se opune a fi extinsă această calificare la toate soluțiile pe care le adoptă judecătorul. În aceeași problemă, referindu-se la soluții de aceeași natură, denumite însă *decizii cu valoare generală*, se invită la atenuarea regulii deja consacrate, potrivit căreia jurisprudenței nu i se poate atribui rol creator de drept¹⁸.

Noi apreciem că, în egală măsură, nu trebuie nici absolutizată importanța practicii judiciare. Am atras atenția doar asupra faptului că, trebuie depășită această mare rezervă în a considera că rolul jurisprudenței poate fi ignorat.

Pentru sistemul nostru de drept, problema *valorizării jurisprudenței* trebuie corelată indiscutabil cu primenirea puterii judiciare și, mai ales, cu calitatea modului în care lucrează judecătorul român. Ceea ce avem în vedere este aprecierea că, pe de o parte, o viziune nouă asupra valorii jurisprudenței ca izvor de drept, în măsură să reprezinte un reper, ar putea constitui, între altele, *un mijloc ferm de responsabilizare* a aceluia chemat să instrumenteze opera de judecată.

Pe de altă parte, trebuie avut în vedere faptul că, alternativa, funcțională până de curând, a absolutizării valorii legii, ca prim și adeseori unic izvor formal de drept, nu poate să nu-și asume astăzi insuficiențe grave pe care realitatea românească le consemnează cotidian. Sunt notorii și deci nu se cer probate, fenomene precum criza de legitimitate a legiuitorului ori abuzul vădit al executivului cu privire la dreptul său de a legifera. În atare condiții, s-ar impune, credem, cel puțin în plan teoretic, pentru moment, o reconfigurare a acestei probleme, o cântărire a argumentelor care au determinat, în timp, o viziune mult prea restrictivă și adesea fondată doar pe considerente de ordin abstract.

Subiectul reclamă evident dezvoltări. Tot ce a dorit să releve analiza de față a fost aducerea laolaltă a argumentelor care aveau să întemeieze, din punct de vedere istoric și ca apartenență la un sistem sau altul de drept, a modului în care avea să fie perceput rolul creator de drept al jurisprudenței, cu deosebire al *jurisprudenței pronunțate de instanța supremă*.

Din perspectivă comunitar-europeană, problematica unității de interpretare a legii aplicabile este și o exigență la acest nivel. În acest sens, justiția națională trebuie raportată atât la jurisdicția europeană în materia drepturilor fundamentale, cât și la jurisdicția comunitară și la resorturile pe care le generează astăzi calitatea României de stat membru al Uniunii Europene.

¹⁵ René David, *Les grandes systèmes de droit contemporaines*, DALLOZ, Paris, 1950, pp. 130 și urm.

¹⁶ *Ibidem*, p. 138.

¹⁷ Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *op. cit.*, p. 147 – remarcăm ca extrem de originală, în întregul ei, abordarea propusă de autori, sub aspectul problemei jurisprudenței în contextul actual.

¹⁸ În acest sens și cu privire la valoarea *normativă* a soluțiilor date de instanța supremă – Nicolae Popa, Mihail-Constantin Eremia, Simona Cristea, *op.cit.* Pentru alte puncte de vedere, Despina Fruth Oprișan, *Puterea judecătorească și independența judecătorului*, Editura SCRIPTA, București, 2003, pp. 96, 97.

Cu privire la cea dintâi, în raportul României cu jurisprudența C.E.D.O., este elocvent punctul avizat de vedere pe care îl exprimă prof. Corneliu Bîrsan¹⁹, atunci când referindu-se la *unificarea practicii judiciare naționale*, remarcă faptul că adevăratul rol de unificare a practicii ar trebui să-l aibă (...) instanța supremă națională. Totodată și în același context, apetența sporită a justițiabilului român pentru recurgerea la jurisdicția acestei curți europene este imposibil de tratat astăzi fără preocupare, dat fiind că – se arată – 57% din plângerile adresate C.E.D.O. provin din patru țări, iar 43% din celelalte 43 de țări. Găsim, astfel, un raport de aproximativ 14:1. Cu alte cuvinte, în medie 14 cetățeni români se adresează C.E.D.O., în timp ce acest lucru îl face doar un singur cetățean din celelalte țări membre ale Consiliului Europei²⁰, iar aceasta datorată în măsură considerabilă crizei de credibilitate a sistemului judiciar național.

Cu puțină vreme înainte de aderarea României la Uniunea Europeană, doctrina noastră²¹ semnala faptul că, după acel moment, instanțele române vor avea posibilitatea de a se adresa Curții Europene de Justiție în *chestiuni prealabile*, în vederea interpretării sau chiar validității legislației comunitare. Un atare procedeu pus la dispoziția instanțelor naționale se numește *recurs prealabil* (în sensul de acțiune și nu de cale de atac). Un astfel de mecanism procedural are drept menire evitarea creării unei jurisprudențe divergente sau contrare la nivelul statelor membre.

Se arată recent²² că ”lipsa de unitate a practicii judiciare nu este o problemă exclusivă a justiției din România, însă dimensiunea actuală a acestui fenomen constituie temei serios de îngrijorare, fapt semnalat inclusiv în documentele Comisiei Europene²³ și în hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului”²⁴.

Practica neunitară și contradictorie generează insecuritate juridică și adâncește neîncrederea în justiție. Fără îndoială că această chestiune afectează întregul sistem judiciar și îi privește, în egală măsură, atât pe justițiabilii români, cât și pe cei străini, care vin în contact cu instanțele judecătorești din țara noastră.

Astăzi, problema trebuie observată și din unghiul de vedere al observațiilor semnalate în ultimul raport al Comisiei Europene privind starea justiției românești, care cu un an în urmă invita la consolidarea rolului Înaltei Curți de Casație și Justiție în unificarea jurisprudenței, inclusiv prin simplificarea procedurii care se aplica în cazul recursurilor, în vederea interpretării și aplicării legii în mod coerent, precum și prin elaborarea de orientări privind pedepsele pentru infracțiunile de corupție.

Imposibil de ignorat, asigurarea unei interpretări unitare a legii la nivel național va fi în mod special importantă și pentru construirea încrederii care stă la baza principiului recunoașterii reciproce a jurisprudenței instanțelor din străinătate.

2. Asigurarea unității de interpretare jurisprudențială. Viziunea proiectelor noilor coduri de procedură

2.1. Note generale

Sub aspect normativ, problema *asigurării unei practici judiciare unitare* se află în atenția ambelor proiecte de noi coduri în materie procesuală, pe alocuri chiar cu formulări de text similare

¹⁹ Interviuul Corneliu Bîrsan în dialog cu Dan Stoica despre C.E.D.O., C.S.M., legi, practica neunitară, *răspunderea și rolul judecătorilor*, publicat în data de 17.03.2009 pe site-ul www.juridice.ro.

²⁰ Ibidem.

²¹ Mihaela Tăbărcă, *Drept procesual civil vol. II*, Universul Juridic, București, 2008, p. 209.

²² Dan Lupașcu, *Recursul în interesul legii în proiectele noilor Coduri de procedură din România*, articol publicat on-line, Juridice.ro, noiembrie 2009.

²³ A se vedea Rapoartele de țară sau, după caz, Rapoartele intermediare din 2003; iunie 2005; decembrie 2005; martie, mai și septembrie 2006; aprilie și iunie 2007; iulie 2008 și februarie 2009.

²⁴ A se vedea, de exemplu: Hotărârea C.E.D.O. din 6 decembrie 2007, pronunțată în Cauza Beian împotriva României, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 616 din 21 august; Hotărârea C.E.D.O din 21 februarie 2008, pronunțată în Cauza Driha împotriva României (nepublicată) sau Hotărârea C.E.D.O din 27 ianuarie 2009, pronunțată în Cauza Ștefan și Ștef împotriva României (nepublicată).

ori identice. Un temei în plus pentru a confirma preocuparea comună pentru subiect. Astfel, sub un titlu identic, *Dispoziții privind asigurarea unei practici judiciare unitare*, textele noi avansează soluții și dau o reglementare problematicii.

De cele mai multe ori, problema se tranșează prin identificarea unei atribuții exclusive de judecată, puse în sarcina Înaltei Curți de Casație și Justiție. Mai exact, este vorba despre un mijloc procedural prin care se ajunge la astfel de soluții, o cale de atac extraordinară, denumită sugestiv *recurs în interesul legii*²⁵.

Insistăm, în acest context, a arăta că deși persistă riscul de a se înțelege astfel, trebuie reținut că mijlocul procesual juridic prin care instanța noastră supremă este chemată să realizeze ceea ce numim „casația română”²⁶ – interpretarea unitară a legii și uniformizarea practicii judecătorești – nu este numai calea extraordinară de atac a cărei denotații sugerează aceasta, adică *recursul în interesul legii*²⁷, denumit adesea și „pseudorekurs”, „recurs doctrinar”²⁸ sau „recurs academic”. Nimeni însă nu-i înlătură celei din urmă calitatea de mijloc special avut la dispoziție de către instanța supremă. Neajunsul vine însă dintr-o înțelegerea trunchiată că aceasta ar fi modalitatea exclusivă de a se realiza interpretarea și aplicarea unitară a legii.

Deși „scăpată” deseori din vedere, problematica vizează în egală măsură *recursul*²⁹ – astăzi calificat de lege în materie civilă, ca o cale extraordinară de atac³⁰.

În sistemul judiciar român actual, după o „cascadă” de texte, așezarea competenței în materia recursului a căpătat în final, am îndrăzni să spunem, configurația cel mai puțin inspirată.

Așadar, după îndelungi căutări modificatoare, *recursul* ajunge în puterea de judecată a trei categorii de instanțe, corespunzătoare a tot atâtea nivele ierarhice (tribunale, curți de apel, Înalta Curte de Casație și Justiție), ceea ce nu face decât să îi dilueze și mai mult substanța și să fie cu totul uitată rațiunea din care a izvorât³¹.

Nici nu contează ponderea cauzelor cu care acestea se încarcă, deși s-ar constata că și în această privință, există un dezechilibru vădit. Ceea ce rezultă dintr-o atare „așezare” neinspirată este o cale sigură pentru o interpretare și aplicare neunitară ale legii, adică o cale directă spre o așa-zisă „casație”. Cum, prin natura sa, nu de puține ori, *recursul* ridică probleme de drept sensibile, soluționarea sa de către instanțe diferite nu poate să asigure ceea ce a avut legiuitorul în vedere, atunci când a reglementat această cale de atac. Doar dacă, nu cumva, se uită sistematic că

²⁵ Dan Lupașcu, *op.cit.*

²⁶ Această personalizare vrea să arate cum gândește dreptul, prin percepție și aplicare, instanța supremă din orice țară - Danil Matei, *Drept procesual civil. Note de curs*, Universitatea Valahia din Târgoviște, ediția 2009, p. 322.

²⁷ În sistemul nostru de drept, *recursul în interesul legii*, de inspirație franceză, a fost consacrat prin dispozițiile art. 13 din Legea Curții de Casație din 1861, reconfirmat prin legile ulterioare, continuând să existe până în 1949. După aproape cinci decenii de absență, instituția *recursului în interesul legii* avea să fie reactivată prin Legea nr. 59/1993. Textele care îl reglementează astăzi, pentru ambele materii mari de procedură, sunt art. 329 C. proc. civ. și art. 414 C. proc. pen.

²⁸ Ion Deleanu, *Tratat de procedură civilă, vol. II*, Editura „All Beck”, București, 2005, pag. 415.

²⁹ Unul din sensurile verbului „casser” este a distruge, a sfărâma, a desființa, a descalifica o hotărâre, un act și îi semnalează intrarea în circulație încă din secolul al XIII-lea. Sensul curent de astăzi este acela de a anula o decizie jurisdicțională dată în ultimă instanță. Aceleași sensuri au făcut ca *recursul* deferit instanței supreme să fie calificat atât în mod formal, cât și în doctrină și jurisprudență, ca un „recurs în casațiune/casație/casare” – în Danil Matei, *op.cit.*, pp. 236 și urm.

³⁰ Calificare dată de modificarea substanțială a Codului de procedură civilă din 2000 (O.U.G. 138/2000). În penal, *recursul* este menținut ca o cale ordinară de atac, ceea ce nu schimbă însă cu nimic natura acesteia.

³¹ Ca un aport contributiv de substanță, trebuie remarcat că în materie de competență Proiectul Noului cod de procedură civilă aduce reformări. Textele noi încearcă o amenajare a instituției aproape ideală: judecătoriei i-ar reveni cauzele de valoare mică și/sau de complexitate redusă, dar de o mare frecvență în practică; tribunalul ar deveni instanță cu plenitudine de competență pentru judecata în primă instanță; curtea de apel, fidelă titulaturii ei, ar judeca în principal apelurile iar instanța supremă ar fi astfel instanță de recurs de drept comun, așa încât rolul său statuat constituțional, de a asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii, n-ar mai fi doar un deziderat.

ea rămâne o modalitate de verificare exclusivă a conformității judecății cu legea, nu și cu faptele pe care cauzele le antrenează, fiind deci expresia unui control de legalitate și nu de temeinicie.

Înscriindu-se pe această linie este și opinia³² potrivit căreia *lipsa unei jurisprudențe unificate și clare rămâne un aspect de preocupare pentru certitudinea și transparența actului de justiție și ca o condiție esențială a accesului la jurisprudență*. Instrumentul esențial – se adaugă în context – în realizarea acestui obiectiv este recursul în interesul legii, precum și propria practică a Î.C.C.J. în soluționarea *recursului obișnuit*.

Dincolo de prevederile cuprinse în codurile de procedură, Legea de organizare judiciară îi rezervă Înaltei Curți de Casație și Justiție, cu titlu de competență, *soluționarea sesizărilor privind schimbarea jurisprudenței sale*, precum și *revenirea asupra propriei jurisprudențe* (art. 25), atribuția de a stabili, la sfârșitul fiecărui an, cazurile în care este necesară *îmbunătățirea legislației*, precum și pe aceea de a încuviința ca judecătorii să se informeze la sediul instanțelor asupra aspectelor privind *aplicarea corectă și unitară a legii*, făcând cunoscută jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție și să constate situații care justifică și în acest caz propuneri de îmbunătățire a legislației (art. 27).

2.2. Mecanisme de unificare jurisprudențială

a) Recursul

În *materie civilă*, recursul capătă o configurație amendată, în sensul de a fi o cale specială de atac. Astfel, potrivit noii reglementări, recursul urmărește să supună Înaltei Curți de Casație și Justiție examinarea, în condițiile legii, a conformității hotărârii atacate cu regulile de drept aplicabile în concret, aceasta fiind una dintre modalitățile prin care se asigură o practică judiciară unitară la nivelul întregii țări.

De asemenea, competența de soluționare a recursului va reveni, ca regulă, Înaltei Curți de Casație și Justiție; termenul de exercitare este mai mare ca întindere, sunt regândite motivele de exercitare a recursului, prin reducerea acestora și impunerea unor condiții stricte de exercitare. S-a propus, de asemenea, reintroducerea procedurii de filtrare a recursurilor care sunt de competența Înaltei Curți de Casație și Justiție, procedură de natură să asigure controlul de legalitate al instanței supreme numai în cazuri temeinic justificate.

Totodată, pentru o practică consecventă și conformă standardelor europene, în cadrul procedurii de filtrare, în raportul asupra cauzei se vor expune jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție și a Curții Constituționale, jurisprudența C.E.D.O. și a instanțelor comunitare, precum și poziția doctrinei în problema de drept vizată³³.

Și în *materie penală*, Proiectul propune modificări de substanță în materie. Recursul în casație devine o cale extraordinară de atac, exercitată doar în cazuri excepționale, numai pentru motive de nelegalitate.

Acesta urmărește asigurarea unei practici unitare la nivelul întregii țări. Prin intermediul acestei căi extraordinare de atac, a cărei soluționare este numai în competența Înaltei Curți de Casație și Justiție, este analizată conformitatea hotărârilor definitive atacate cu regulile de drept, prin raportare la cazurile de casare expres și limitativ prevăzute de lege.

Proiectul impune condiții stricte cu privire la cuprinsul cererii de recurs în casație în scopul asigurării unei rigori și discipline procesuale și al evitării introducerii, în mod abuziv, a unor recursuri care nu se încadrează în motivele prevăzute de lege.

Cazurile în care se poate exercita recursul în casație vizează exclusiv legalitatea hotărârii și nu chestiuni de fapt. Acestea pot constitui temei al casării hotărârii doar dacă nu au fost invocate pe calea apelului sau în cursul judecării apelului ori dacă, deși au fost invocate, au fost respinse sau

³² Lidia Bărbulescu - *Declarația de intenție* privind candidatura sa la președinția instanței supreme - <http://www.gardianul.ro>

³³ Textul face o selecție din Expunerea de motive privind propunerea proiectului, document publicat on line - <http://www.scribd.com/doc/12834617/Expunere-de-Motive-Proiect-Codul-de-Procedura-Civila-25-Februarie-2009>.

instanța a omis să se pronunțe asupra lor³⁴.

b) Recursul în interesul legii

Mijloc procesual denumit astfel prin *convenția legii*³⁵ – nefiind o veritabilă cale de atac – *recursului în interesul legii* textele noi ale proiectelor îi oferă un tratament juridic conceput de o manieră similară, puține fiind notele specifice, accentul fiind pus în reglementare pe fundamentarea instituției, pe condițiile de admisibilitate și judecare și, mai ales, pe natura soluțiilor pronunțate.

Apreciem ca inspirat acest mod de abordare, mai ales că nimic nu ar justifica o personalizare accentuată a instituției în fiecare dintre cele două materii. Dimpotrivă, subiectul interesează atât de mult problema organizării și funcționării în genere a sistemului judiciar, încât justificat ar fi fost ca reglementarea cadru a recursului în interesul legii să fie atributul legii de organizare judiciară rămânându-le codurilor doar sarcina de a reglementa modalitatea concretă de exercitare și de judecată a acestuia.

Astfel, sub aspectul fundamentării, textul proiectului codului de procedură civilă, fără a o califica drept cale de atac, înțelege drept îndatorire ce revine autorității³⁶, ca, în cazul în care sunt chestiuni de drept ce au primit dezlegări diferite la instanțele judecătorești inferioare, instanța supremă să fie chemată a se pronunța, pentru *a se asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii de către toate instanțele judecătorești (art. 499 din Proiect)*. În materie procesual penală, *recursul în interesul legii este calificat expres cale extraordinară de atac prin care se asigură interpretarea și aplicarea unitară a legii penale și de procedură penală (art. 465(1) din Proiect)*.

Într-o identitate perfectă, admisibilitatea unui atare demers este condiționată de *dovada că problemele de drept care formează obiectul judecării au fost soluționate în mod diferit prin hotărâri judecătorești definitive, care se anexează cererii (art. 500 Proiect C.proc.civ. și art. 466 Proiect C.proc.pen.)*. De asemenea, sunt exigente impuse cererii de recurs în interesul legii de natură să întemeieze o examinare prealabilă. Cererea trebuie să cuprindă soluțiile diferite date problemei de drept și motivarea acestora, jurisprudența Curții Constituționale, a Curții Europene a Drepturilor Omului sau, după caz, a Curții de Justiție a Comunităților Europene, opiniile exprimate în doctrină, relevante în domeniu, precum și soluția ce se propune a fi pronunțată în recursul în interesul legii. (465(3))

În ambele materii³⁷, textele impun realizarea unui raport privind analiza cauzei, raport ce va cuprinde soluțiile diferite date problemei de drept și argumentele pe care se fundamentează, jurisprudența relevantă a Curții Constituționale, a Curții Europene a Drepturilor Omului sau a Curții de Justiție a Comunităților Europene, dacă este cazul, doctrina în materie, precum și opinia specialiștilor consultați. Totodată, judecătorii raportori vor întocmi și vor motiva proiectul soluției ce se propune a fi dată recursului în interesul legii.

³⁴ Textul face o selecție din Prezentarea pe pagina oficială a Ministerului Justiției și din Expunerea de motive - http://www.dreptonline.ro/legislatie/proiect_codul_procedura_penala_februarie_2009_ministerul_justitiei.php

³⁵ Danil Matei, *op.cit.*, p. 335.

³⁶ Procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, din oficiu sau la cererea ministrului justiției, colegiul de conducere al Înaltei Curți de Casație și Justiție, colegiile de conducere ale curților de apel, precum și Avocatul Poporului (acesta din urmă nu are atribuții privind inițierea cererii și în materie penală; în schimb, sunt în drept de a acționa aici și parchetele de pe lângă curțile de apel) – ne raliem cu convingere rezervelor exprimate relativ la sfera participanților care pot iniția procedura, precum și la inadvertențele de text privitoare la caracterul acesteia de a fi o *prerogativă* sau o *îndatorire* – a se vedea, Dan Lupașcu, *op.cit.*

³⁷ Conținutul raportului privind recursul în interesul legii - art. 501(4) Proiect C.proc.civ. și art. 465 (4) Proiect C.proc.pen

Relativ la soluțiile pronunțate³⁸ și, cu deosebire, la natura lor juridică³⁹, la modul tehnic, în ambele materii de judecată, Secțiunile Unite se pronunță prin *decizie*, în interesul legii, fără efecte asupra hotărârilor judecătorești examinate sau asupra situației părților din acele procese. Dezlegarea dată problemelor de drept judecate este *obligatorie* pentru instanțe de la data publicării deciziei în Monitorul Oficial al României, Partea I.

Din păcate, în această privință, Proiectele nu vin cu soluții noi și ferme, ceea ce înseamnă că problema rămâne tranșată în aceeași termeni evazivi sub care stă și astăzi.

Pentru rațiunile temei de față sunt necesare câteva precizări privind natura soluției pronunțate în rezolvarea unui recurs în interesul legii.

Pornind de la rațiunile legiuitorului de a evita astfel situația în care autoritatea justiției ar putea fi subminată, prin existența unei jurisprudențe neunitare în una și aceeași materie, recursul în interesul legii a fost gândit în sensul în care, nu afectează stabilitatea raporturilor sociale protejate prin hotărârile judecătorești deja pronunțate, intrate deja în puterea lucrului judecat. În alți termeni, nota specifică a soluțiilor date în soluționarea acestei căi extraordinare de atac constă în aceea că ele nu produc efecte față de părți, nu schimbă cu nimic situația acestora, tranșată în prealabil la un alt nivel judiciar⁴⁰, menirea lor fiind numai aceea de a se pronunța asupra chestiunilor de drept care au primit o soluționare diferită din partea instanțelor judecătorești.

De aici derivă și o altă notă specifică, deosebit de importantă, aceea a caracterului obligatoriu al soluțiilor date în recursul în interesul legii⁴¹.

De altfel, imposibil de neglijat este și cazul soluțiilor date recursului, sub forma casării cu trimitere, unde, pentru ambele materii, civilă și penală, regula care guvernează este aceea că *hotărârile instanței de recurs asupra problemelor de drept dezlegate, precum și asupra necesității administrării unor probe sunt obligatorii pentru judecătorii fondului*⁴², tot astfel cum *instanța de rejudecare trebuie să se conformeze hotărârii instanței de recurs, în măsura în care situația de fapt rămâne cea avută în vedere la soluționarea recursului*⁴³.

c) Sesiizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor probleme de drept⁴⁴

Pe lângă procedura clasică a *recursului în interesul legii*, proiectele propun și un nou mecanism pentru unificarea practicii judiciare, menit să contribuie la transformarea jurisprudenței românești într-una predictibilă, aptă să răspundă așteptărilor rezonabile ale justițiabililor și,

³⁸ Preocuparea pentru problematica soluțiilor pronunțate în recursul în interesul legii a constituit tema de referință pentru o dezbateră organizată la finele anului trecut - Conferința cu tema *Forța juridică a hotărârilor pronunțate în recursul în interesul legii*, Universitatea Româno-Americană, București, 6 noiembrie 2009, dezbateră la care au luat parte nume de referință din lumea dreptului, teoreticieni și practicieni de prestigiu.

³⁹ Prevederile art. 502 Proiectul C. proc.civ. și art. 468 Proiectul C. proc.pen.

⁴⁰ Acesta este și argumentul care întemeiază opinii exprimate în doctrina noastră, în sensul că recursul în interesul legii nu răspunde exigențelor impuse pentru a fi o veritabilă cale de atac – în acest sens, a se vedea și Viorel Mihai Ciobanu, *Tratat teoretic și practic...*, vol. II, pp., 458 și urm.

⁴¹ Este demn de semnalat faptul că o atare dispoziție a legii a făcut obiectul unei modificări a Codului de procedură penală, Legea nr. 356/2006 beneficiind astfel de o mai bună sistematizare a textului. Astfel, dacă în forma inițială, aceasta se desprindea din economia art. 414 alin. 2: „*Deciziile pronunțate de Secțiunile Unite, prin care se soluționează sesizările, sunt obligatorii [...]*”, forma actuală a textului, în mod inspirat și cu intenția de a fixa mai bine această exigență, arată preferință pentru înscrierea sa în aliniatul final al aceluiași art. 414, precizând, în mod distinct, că: „*Dezlegarea dată problemelor de drept judecate este obligatorie pentru instanțe*”.

⁴² Textul art. 315 C. proc. civ.

⁴³ Textul art. 385¹⁸ alin. 1 C. proc. pen.

⁴⁴ Proiectul C.proc.civ. reglementează în același titlu și o procedură nouă - *contestația privind tergiversarea procesului* (Titlul IV (art. 506-510) din Proiectul C.proc.civ.) – care reglementează posibilitatea de a remedia încălcarea dreptului la soluționarea procesului într-un termen optim și previzibil prin solicitarea de a se lua măsuri legale pentru ca această situație să fie înlăturată. Cum aceasta nu este o atribuție exclusivă de judecată a instanței supreme, avem în vedere doar situația în care ea lucrează în calitate de instanță superioară.

totodată, să conducă la scurtarea procesului, prevenind parcurgerea tuturor cailor de atac.

Această procedură presupune, în linii generale, *solicitarea rezolvării de principiu a unei probleme de drept de care depinde soluționarea unei cauze*, problema de drept asupra căreia instanțele judecătorești s-au pronunțat în mod neunitar.

Astfel, dacă, în cursul judecății, un complet de judecată al Înaltei Curți de Casație și Justiție, al curții de apel sau al tribunalului, investit cu soluționarea cauzei în ultimă instanță, constatând că o problemă de drept de care depinde soluționarea cauzei respective a fost dezlegată diferit în practica instanțelor, va putea solicita (...) Înaltei Curți de Casație și Justiție să pronunțe o hotărâre prealabilă prin care să dea rezolvare problemei de drept cu care a fost sesizată.

Această solicitare se va adresa, din oficiu sau la cererea părților, Înaltei Curți de Casație și Justiție de către judecătorul investit cu soluționarea cauzei în ultima instanță. Pentru asigurarea eficacității acestui nou mecanism, se va acorda deciziei Înaltei Curți de Casație și Justiție caracter obligatoriu atât pentru instanța ce a adresat solicitarea de dezlegare a problemei de drept, cât și pentru toate celelalte instanțe.

În același scop, vor fi prevăzute formalități de publicitate care să garanteze accesul instanțelor și justițiabililor la soluția Înaltei Curți de Casație și Justiție.

Dezlegarea dată problemelor de drept pe această cale este *obligatorie* pentru instanțe, de la data publicării deciziei în Monitorul Oficial al României. Spre deosebire de soluția dată recursului în interesul legii, acestea vizează inclusiv cauza în legătură cu care s-a ridicat problema de drept.

3. Concluzii

În lumina celor expuse, putem afirma că, problema unificării jurisprudenței la nivelul instanței noastre supreme este una mult mai complexă, rezolvarea ei neputând fi adusă numai de un text de lege care să o afirme și nicidecum nu poate fi pusă exclusiv pe umerii acestei instanțe. Reală unificare a jurisprudenței nu poate fi decât expresia unui proces în care sunt antrenate, dincolo de o bună cunoaștere a legii, un exercițiu imparțial de cumpănire a situațiilor de fapt și a textelor aplicabile la speță, în definitiv, un act de asumare a judecății de către judecători, la toate instanțele sistemului judiciar. Iar o asumare în acest sens nu poate să nu aducă în discuție, din nou, o chestiune care a făcut obiect de analiză în cuprinsul studiului de față, aceea a *valorizării actului jurisdicțional*, a calificării soluțiilor jurisprudențiale, ca având forța unor precedente judiciare.

Soluțiile date de instanța supremă fac în sistemul nostru obiectul unor emanații jurisprudențiale cu caracter special, iar „valoarea lor normativă” indiscutabil trebuie privită altfel. Este ceea ce l-a determinat pe Viorel Mihai Ciobanu să afirme, cu aproape un deceniu în urmă, că *judecătorii instanțelor supreme sunt mai puțin ajutorii ai justiției și mai mult ai legiuitorului*.

Deși, în concepția populară, curțile supreme sunt încă și mereu concepute, ca un al treilea grad de jurisdicție care tronează în vârful piramidei organizării judiciare, concluzia specialiștilor este totuși aceea că, această viziune nu corespunde realității și că la nivelul casației, limitările sunt mai acceptabile, deoarece sunt justificate de necesitatea de a deturna magistrații de la propria lor funcție, aceea de a *asigura o interpretare uniformă a legii, de a elimina incertitudinile sale, de a acoperi lacunele*.

Sub aspect normativ, recente propuneri aduse de proiectele noilor coduri de procedură în marile materii de judecată (civilă și penală) sunt, fără îndoială, contribuții notabile în materie. Dintre punctele pozitive, câteva merită amintite.

Este astfel de apreciat maniera unitară în tratare, chiar identitatea de texte acolo unde nu se impun note specifice. Totodată, trebuie remarcată o mai reușită sistematizare a textelor și o manieră de exprimare mai riguroasă. Textele ar putea tranșa astfel tendința eronată de a atribui calitatea de mijloc singular și absolut recursului în interesul legii în opera de unificare jurisprudențială. În relație directă și de dorit, astfel se dă considerație recursului obișnuit, căruia proiectul în materie penală îi conferă calitatea de *recurs în casație*, viziune pe care ar trebui să o împărtășească și proiectul codului în materie civilă.

Este de remarcat totodată inserarea în reglementare a unui nou mijloc procesual de natură să aducă remedii eventualelor situații de practică neunitară, chiar cu titlu de prevenție prin solicitarea instanței supreme de a se pronunța în prealabil pentru dezlegarea unor probleme de drept.

Desigur și poate de neevitat, sunt și aspecte netranșate de texte, elaborări seducătoare în plan teoretic însă cu relevanță practică greu de sesizat, incoerențe de text ori calificări diferite în aspecte comune celor două materii. Imposibil de neglijat, este faptul că statul nou conferit instanței supreme nu poate fi privit decât în relație directă și efectivă cu o nouă amenajare a competenței, aspect pe care textele normative l-au avut în vedere, însă netestat încă într-o practică imediată.

Tocmai de aceea, rămâne astfel de văzut în ce măsură punerea lor în practică va fi asumată și înțeleasă în termenii înfăptuirii unei opere reale și realiste de conturare a unei practici judecătorești unitare.

În mod cert însă și de dorit să fie astfel, rolul Înaltei Curți de Justiție și Casație în materia *conturării unei practici unitare* rămâne hotărâtor pentru coerența sistemului de drept în ansamblu. O reglementare realistă a problemei, în termeni fără echivoc și cu fermitate constituie desigur condiția de căpătâi. Se adaugă acesteia însă calitățile profesionale și morale ale judecătorilor de la instanța supremă, aspectele care privesc competența și alocarea resurselor pentru buna sa funcționare, aspecte ce constituie, fiecare în sine, o chestiune de ordine publică. Doar modul în care acestea își vor găsi finalitatea ar putea să determine, ca în orice alt sistem judiciar, dobândirea de către instanța noastră supremă, a statutului real de *curte-etalon*.

Referințe

- Capitant, Henri, François Terré, și Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome I, 11^e édition, DALLOZ, Paris, 2000
- Constantinesco, Leontin Jean, *Tratat de drept comparat, Vol. II, Metoda comparativă*, Editura All Educațional, București, 1998
- David, René, *Les grandes systèmes de droit contemporaines*, DALLOZ, Paris, 1950
- Dănișor, Dan Claudiu, Ion Dogaru, și Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Editura C.H.Beck, București, 2006
- Deleanu, Ion, *Construcția judiciară a normei juridice*, Dreptul nr. 8/2004
- Deleanu, Ion, *Tratat de procedură civilă, vol. II*, Editura „All Beck”, București, 2005
- Dumitrescu, Corina Adriana, *Introducere în teoria izvoarelor dreptului*, Editura Paideia, Colecția Paideia-Științe, Seria Drept, București, 1999
- Florea, Paul, *Curtea Supremă de Justiție din România, ca instanță de casație*, articol postat pe site-ul oficial al Înaltei Curți de Casație și Justiție (<http://www.scj.ro/articole.asp>), 2002
- Lupașcu, Dan, *Recursul în interesul legii în proiectele noilor Coduri de procedură din România*, articole published on-line, Juridice.ro, November 2009
- Matei, Danil, *Drept procesual civil. Note de curs*, Universitatea Valahia din Târgoviște, 2009
- Oprișan, Despina Fruth, *Puterea judecătorească și independența judecătorului*, Editura SCRIPTA, București, 2003
- Pop, Teofil, *Rolul practicii judiciare a Curții Supreme de Justiție în consolidarea statului de drept*, in “Studii de Drept Românesc”, anul 4, nr. 1, Editura Academiei, București, 1992
- Popa Nicolae, Mihail-Constantin Eremia, și Simona Cristea, *Teoria generală a dreptului*, Editura All Beck, București, 2005
- Shiner, Roger A., *A treatise of Legal Philosophy și General Jurisprudence (Editor in Chief Enrico Pattaro)*, Vol. 3 Legal Institutions and the Sources of Law, Springer, 2005
- Stark, Boris, Henri Roland, și Laurent Boyer, *Introduction au droit*, 5e Édition, Litec, Paris, 2002
- Tăbărcă, Mihaela, *Drept procesual civil vol. II*, Editura Universul Juridic, București, 2008
- Terré, François, *Introduction générale au droit*, 6e Édition, DALLOZ, Paris, 2003

THE DYNAMIC OF CONVERGENCE IN A MONETARY UNION

ALEXANDRU OLTEANU*
MĂDĂLINA ANTOANETA RĂDOI (OLTEANU)**

Abstract

This paper represents an attempt of analyzing a dynamic of convergence which should be realized in the European Monetary Union, according to the strategy regulations for 2010, from Lisbon. We expose two standard integration theories, macroeconomic ones. For explaining an integration dynamic of the activities of the European Union, we have proposed a microeconomic model, of approaching options, within an imperfect competition.

This pattern is related to prices, production (or use) and production (or use) variation. On this purpose, by means of examining statistics regarding the use of production and social cohesion factors, we have made theoretical proposals concerning the rise of production level if the price level remains constant in the EU. As a matter of fact, a definition of an optimal policy of economic and monetary convergence is being attempted.

Keywords: *convergence club, optimal monetary area, Solow balance standard model, Philips curb, variation coefficient of macroeconomic indicators, use rate, regional dispersion of exchange rates.*

Introduction

In an economic and monetary union made up of several countries, such as the European area with its 17 countries, the convergence issue is critical. The rules of the strategy from Lisbon defined in 2000, for the 2010 horizon, are based on objectives from 6 domains of social use and cohesion.

The relation between the currency and its use was a novelty for the EU Commission when the Maastricht subordinated the euro currency to purely financial criteria, for the credibility of the new currency on the financial markets.

The monetary area concept is capable of keeping into account this relationship between the single currency and the economic and social convergence.

Actually, it is not possible to imagine a durable union with countries that are divergent under the effect of idiosyncratic request shocks. Yet everything is possible when markets have a perfect competition. In fact, if economic reforms of liberal influence are previewed by the European Commission, they should apply a theory applied in a solid manner as a theory of currency, which allows an integration of convergence factors between the two sectors, in an analytic, solid and pertinent background.

1. Two examined models: convergence and optimal monetary area

There are standard patterns able of taking into account convergences. These two patterns were submitted to some academic debates on economic and monetary integration¹, debates between economists and monetarists within the European Community. The former consider that monetary unification had to be imposed after a long period of mixing up economic structures; on the contrary, the monetarists consider that monetary discipline may be an obstacle for countries in accelerating economic integration.

1.1. The convergence within a rise pattern according to Solow leads to a simple result: with the same technology described through a function of production Cobb-Douglas, the same tendency of economizing, the same rate of growth of the active population, the countries with initial ratios

* Professor, Ph.D., Nicolae Titulescu" University, Bucharest, (e-mail: aolteanu @univnt.ro)

** Lecturer, Ph.D., Nicolae Titulescu" University, Bucharest

¹ The economic integration is defined as a process of mixing up economic structures and behaviors between the EU countries. The monetary integration is defined through the adoption of a common currency.

capital/labor present differences of convergence to the balance or a ratio capital/labor with a rate of convergent growth. The capital movements brought about through the differences of marginal productivity serve as a motor for convergence. It is clear that the advantages of economic globalization emphasize the importance of all the other factors that account for the reason why the convergence cannot be observed in initial non-uniform conditions.

The first are the country risks that explain why the convergence cannot be observed between poor and rich countries; in the former there is a political instability not favorable to for attracting capital despite the profit rate that is a priori raised. On the contrary, the convergence club from Baumd allows assembling economies that convergent due to technology transfers, educational policies stable public institutions, etc. These notions of club can justify the extent of the European Union with those countries to which macroeconomic reasons are very far, in terms of saving tendencies, rates of active population growth, etc.

1.2. If we introduce a normal imperfection to prices in the neo-classic Solow model, we get a pattern of the optimal monetary area Mundell. Originally inspired by Milton Fredman, who is an enemy of the international monetary system born at Betton Woods and after 1951, a supporter of flexible exchange rates, Mundell had the ambition of proposing an informal background that divide the world economy in subspaces where the exchange rate on the market is constant, because the negative shocks of request are absorbed not through the price flexibility but through the movement of the active population. Conversely, the exchange rate is flexible when the mobility of the workforce does not exist. The flexibility of exchange rates is a means of "compensating" the rigidity of prices.

A negative shock of request will lead to adapting the offer to a durable inferior level lower than the potential growth, without a possible return to a balance, because prices are rigid. Thus, the unemployment leads to diminution of the active population that will go to another area (the mobility of workforce).

The reduction of the volume of the workforce brings about the mechanism of reduction of the marginal productivity of capital, if the production function is Cobb-Douglas, according to the law of Wicksell. The capitals are not spontaneously called into the region. The only public policies can artificially raise the profitability of capital.

1.3 These two macroeconomic patterns are certainly interesting, but the former supposes a flexibility of prices on the competitive markets, relevant in a long-term vision. The latter does not have a micro-economic basis for explaining the existence of a nominal imperfection, as Mundell had foreseen.

2.A simple alternative model OMA² in an imperfect competition.

2.1. In the analysis we have started from the standard pattern of macro-economic balance with two countries related through a common currency. The inflation rate is controlled through the central bank common to the two countries. A negative shock of the request in a country does not allow a return to balance through the flexibility of prices and the positive movement of the offer such as the situation where the countries have flexible exchange rates (fig. 1).

² OMA = optimal monetary area.

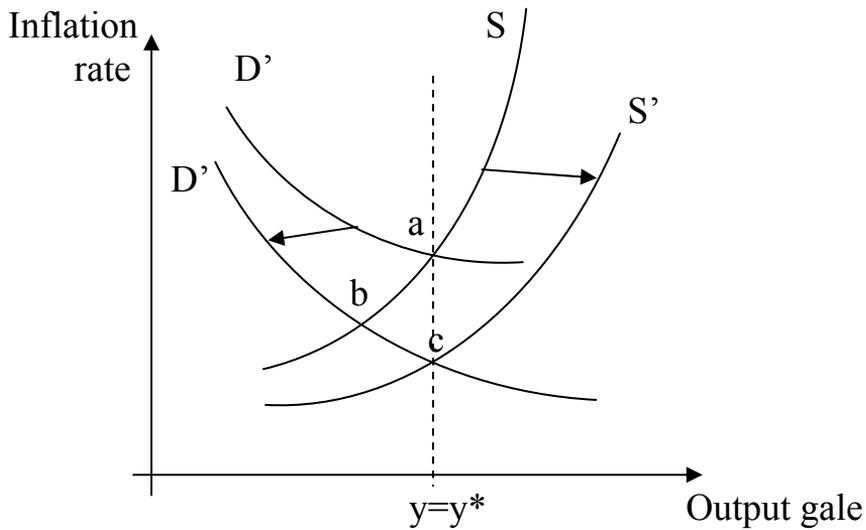


Figura nr. 1

As a result, according to the chart above, in the case of flexible exchange rates, the request shock that turns the initial balance with full use 'a' to the balance with use 'b', causes a return to the balance 'c' on the way to raising long-term balance $y=y^*$, after a reaction of the offer (S-S') that has become more competitive.

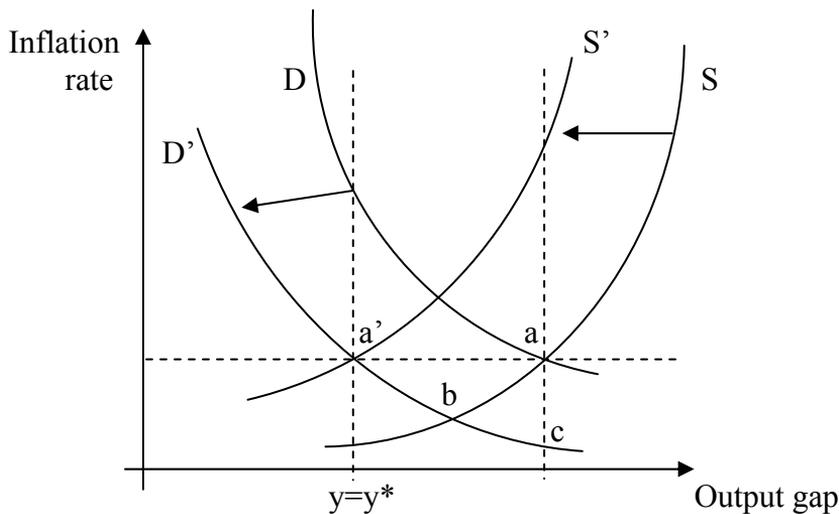


Figura nr. 2

On the contrary, with a common currency, the request shock does not have any effect on the inflation, but it has a real effect on the production (fig.2). The loss of the point a' stands for the new balance of sub-use, that functionally depends on the durable reduction of the production related to the initial wellness of growth on a long period. As flexibility doesn't play one more role, the point a' represent a durable balance after the readjustment of the reduction of production capacities in economy y^* ; a new rise regime on a long period adjusts a smaller rise of the active population rate.

2.2. Now we transcribe this dynamic into a macroeconomic background of imperfect

competition, keeping into account that the economy is composed of a single representative enterprise. The hypothesis of an imperfect competition allows the introduction of a nominal rigidity upon prices.

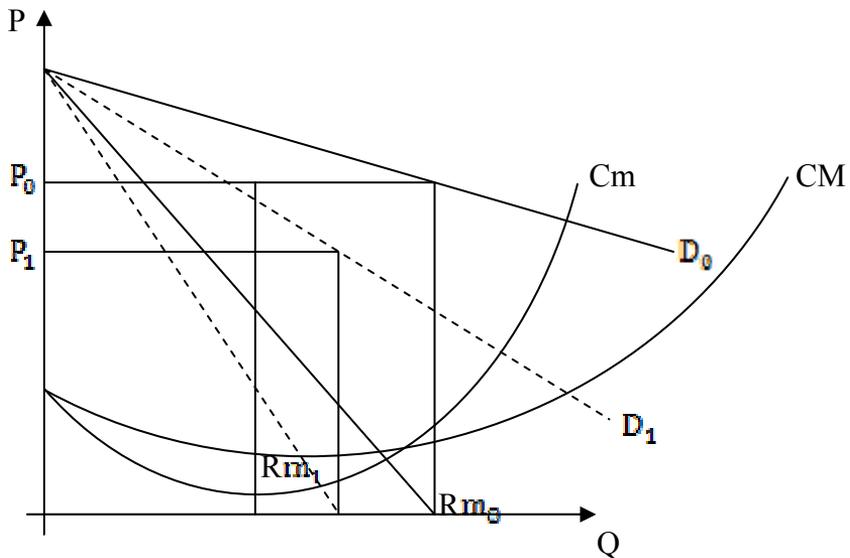


Figura nr. 3

From fig. 3 it follows that the initial balance, before the shock contrary to the request, is given by \$(p_0, q_0)\$, on the right of the request. The shock of the request moves to the request from \$D_1\$.

The balance, if the prices were flexible, given through \$(p_1, q_1)\$. As the price is rigid, a solution close to optimum is \$(p_1, q_1)\$. It gives a loss of wellness for non-optimal reasons. I is measured through the price difference \$p_0 - p_1\$, equal to the difference \$f(q_2) - f(q_1)\$, 'f' not representing the request function..

A development of Taylor's theory regarding \$q_1\$ until to the next data order is reflected through the relation:

$$f(q_2) - f(q_1) = f'(q_1)(q_2 - q_1) + \frac{1}{2}f''(q_1)(q_2 - q_1)^2 \quad (1)$$

We suppose that \$q_1\$ is an average quantity \$Q\$ in OMA worked out between \$q_0\$ that measures the quantity in the country A, not influenced by a shock and \$q_2\$ that measures the quantity in the country B, not influenced by a shock. Generalising in 'n' countries, the relation is as follows:

$$\sum \alpha f(q_i) = \sum_i \alpha_i f(\bar{Q}) + \sum_i \alpha_i f'(\bar{Q})(q_i - \bar{Q}) + \frac{1}{2} \sum_i \alpha_i + (q_i - \bar{Q})^2 f''(\bar{Q}) \quad (2)$$

With:

$$\bar{Q} = \alpha_1 q_1 + \alpha_2 q_2 + \dots + \alpha_n q_n$$

And:

$$\sum_{i=1}^n \alpha_i = 1$$

If we keep into account that the request function \$f\$ is not linearly (when it is represented by a line in fig. 3 for readable problems), there follows a function of Marchalian request under the

form:

$$f(\bar{Q}) = \frac{a}{Q}$$

This lets us rewrite the equation 2 under the following form:

$$\bar{P} = \frac{a}{Q} + a \left\{ \frac{V}{Q^2} \right\} \quad (3)$$

What represents formula (2): 1) the left element is the average price for OMA, \bar{P} ; 2) the first expression of the element in the right corresponds to a function of the aggregated area, $\frac{a}{Q}$; 3) 3) the second phrase is the average sum of average differences; 4) the third phrase corresponds to a variant V.

Lipsey³ shows the aggregation of non-linearly functions leads to an aggregated function farther to the axis origin, where the dispersion of the microeconomic functions is high.

If we accept the hypothesis of no inflation and a constant price level, we get a function between the production (or use) variation and the production (or use) level.

2.3. We are going to examine the economic significance of the use variation related to OMA.

The mobility criterion of workforce, initially proposed by Mundell, finds a clarification here, that is, if between two regions in A there remains a negative shock and if in B there remain shocks, the use variation is diminished, which means that the use rises where it is relatively low, lower or reduced (or it remains stable), or relatively less high. Through the use we understand the use rate of workforce in the sense of the Euro-state. This indicator is adapted to the dynamic of an integration process, because it was selected by the European Commission within the Lisbon strategy”.

3. Statistic indicators of convergence.

3.1. The Maastricht criteria are monetary and financial. Their initial purpose was to apply the unique currency within a monetary orthodox frame inspired by the monetarists in Chicago. Regarding these criteria the European Council in Lisbon proposed in March 2000 a global strategy on 10 years called the Lisbon Strategy. The final target is to turn the EU in 2010 an ‘economy that is more competitive and dynamic knowledge of the world, capable of a durable economic growth, joined by a use quantitative improvement and a more social cohesion. To lead this ambitious program, the commission drew up a yearly syntheses report including 28 main objectives, 120 sub-objectives and 117 indicators.

The final objective for the rate is 70%.

There are no precise targets for the dispersion of use rates. They are measured through the variation coefficient that allows comparisons between countries. The variation is worked out on the basis of the equation (2).

The calculation is made for each country at the level of NUTS2.

A calculation is also made at the level of the EU and the Euro area. At the level of the Euro area they noticed, after 1999 a tendency of reducing the variation coefficient.

3.2 If we take again the equation (3) with the level of constant prices there follows a phrase given in function of Q::

$$V = \left(\frac{\bar{P}}{a} \right) \cdot Q^2 - Q^2 \quad (4)$$

au

³ R Lipsey : ‘The relation between unemployment and the exchange rate wage rates’ *Economica*, Paris, nr. 105, pp 1-31, 1960.

$$V = C \cdot Q^3 - Q^2 \quad (5)$$

cu

$$C = \frac{\bar{P}}{a}$$

V is a polynomial function of degree 3. If $C > 1$, we get a curve in the following form:

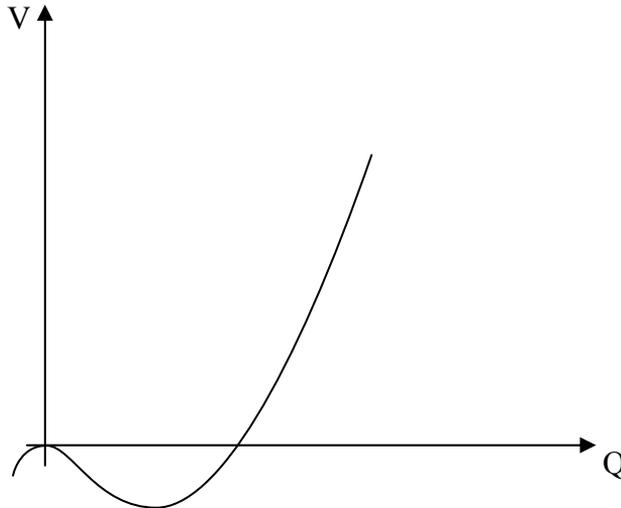


Figura nr. 4

We can notice that (proposal) the macroeconomic aggregation of national markets with imperfect competition for the request of goods leads to a rise of V, to the variation of the global production, for a level of constant prices.

This proposal takes on a paradox of integration emphasized by Krugman⁴.

3.3. The examination of structural indicators showed us that in practice the dynamic of integration passed through economic reforms of liberal inspiration, in other words it has given a higher flexibility to prices within the European domestic market.

When examining the indicators of the 'economic reform' they noticed that the price convergence diminish public subsidies to enterprises, facilitate markets, phenomena that are annually analyzed by the Commission. If the price level is reduced because the competition intensifies on the European unified market, the equation (4) shows us a diminished variation of the use rate. We can expect this flexibility to compensate the mechanic effects of the markets aggregation.

4. Optimal convergence policies

The study of a use rate of 70% at 2010, a target declared by the Lisbon Strategy, with a reduction of the distance between countries known as 'social cohesion' easily crosses a function of minimized social loss, under constraints. When, traditionally, Barro-Gorden's standard pattern brings a minimization of a social loss function under the constraint of a curve Phillips, function W includes as arguments average use rate and dispersions of these rates.

4.1. Traditionally, an optimal convergence policy for a county belonging to OMA is simply

⁴ Paul Krugman, "Increasing Returns and Economic Geography", Journal of Political Economy, 1991, pp. 483-499.

described with a Phillips curve, suggesting an average between inflation and unemployment. . The standard pattern, established by Samuelson and Solow (1960) is that of Barro-Gordon (1989) inspired by Kidland-Prescott (1977), as it is offered in the pattern given by De Grauwe⁵.

The governments are researching the minimization of the function of social loss under the constraints of a curve Phillips.

The fig. 5 shows a balance with a curve of the collective indifference between inflation and unemployment, supposed to be concave, for a level given by social losses (inflation + unemployment) and a constraint made by the curve Phillips.

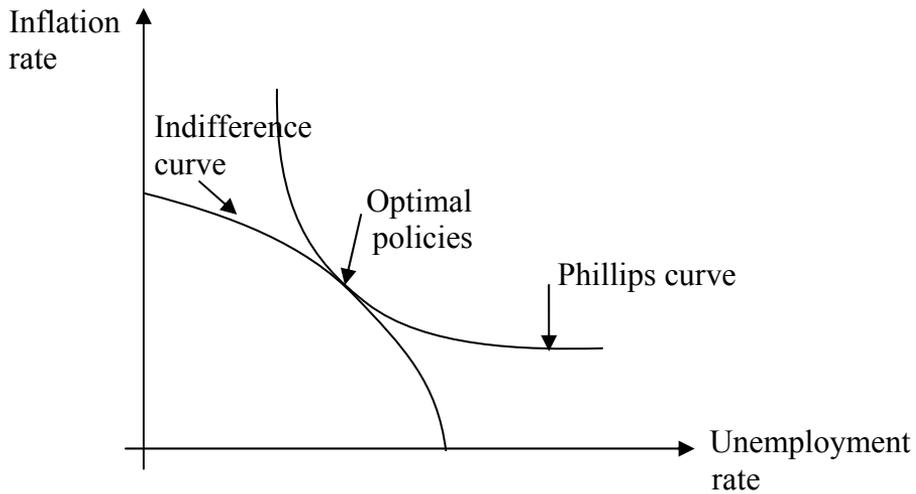


Figura nr. 5

Nowadays this chart does not really conform to the reality of the process of European integration, because this proposes another presentation.

4.2. Once the country enters the OMA the objective is established by prices, the average between unemployment and inflation that has disappeared, returned before a new dynamic of governments and The EU that is researching a balance according to the pattern presented in fig 6.

⁵ Paul De Grauwe, "The Economics of Monetary Integration", Oxford University Press, 1992, p. 48.

Q

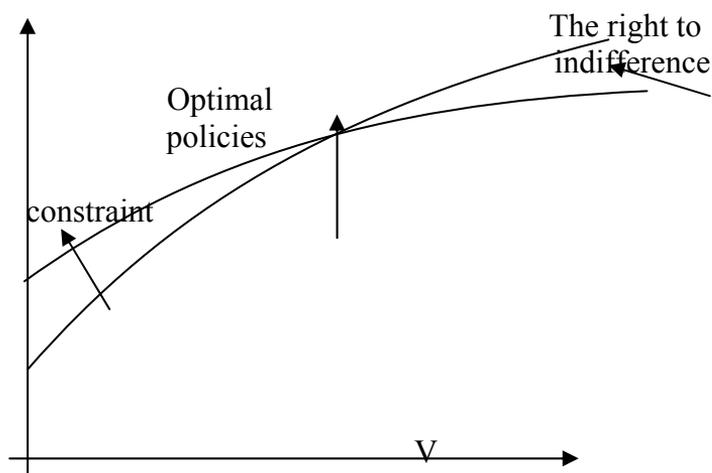


Figura nr. 6

The right of indifference between the level of production (or use of) ‘desirable goods’ and the variation of the production (or use of) ‘undesirable goods’ is given by a positive slope.

For a given level of social wellness, the formula is $Q = \bar{W} + aV$

The concave curve that represents the constraint is described by the reciprocal function $f(Q)$.

The optimization is given by the standard, as the point A.

This balance, at the point A follows the convergence dynamic in a Union.

Researches show that balances are different, according to the integration level, within a country or at the level of the euro area. The aggregation coefficients concerning variations are lower within a country. Concretely, the effects of the domestic market produce a mixture of request behavior and it also contributes to reducing variations, according to the analogous chart of those making the unification of markets within a country, among regions.

Conclusions

Starting from the issue of the interdependence between economy, finance and social progress and defining the latter restrictively but specified by the social cohesion, according to the Lisbon Strategy, we can state that we have succeeded in proving the overlapping of the single currency on the Domestic market and on social progress.

We can believe that adopting the single currency by the EU ‘fragile’ members, sensitive to the shocks of the contrary demand, leads to tensions, like an explosion within the Euro area, because their economic structures are far away from those of the West-European countries, integrated for a long time.

The lesson is that pragmatism in economic policy is a good strategy. The effect of the markets aggregation is not an avant-garde law, the same if the effect of the patterns category where the economy shares with turbulences⁶. On the contrary, this effect can be strengthened through measures of flexibility and/ or through redistributive structural policies, applied as a rule by the

⁶ Thomas Schelling, “Micromotives and Macrobehavior”, Norton, 1978.

federations of States or regions.

References

1. Rădoi Mădălina Antoaneta, "Managementul produselor și serviciilor bancare", Ed. Economică, București, 2009.
2. Alexandru Olteanu, Mădălina Antoaneta (Rădoi) Olteanu: "Managementul riscurilor financiar-bancare", vol. I+II, Editura Dareco, București, 2006.
3. Black F., Jones R., "Simplifying Portfolio Insurance", *Journal of Portfolio Management*, 1987.
4. Miller M., Modigliani F., "The Cost of Capital Corporation Finance and the Theory of Investment", *American Economic Review*, June 1958.
5. Longstaff F., Schwartz E., "A Simple Approach to Valuing Risky Fixed and Floating Rate Debt", *Journal of Finance*, Vol. 50, 1995.
6. Schwartz E., Torous W.N., "Prepayment and the Valuation of Mortgage-Backed Securities", *Journal of Finance*, Vol. 44, 1982.
7. Vasicek O., "An equilibrium characterization of the term structure", *Journal of Financial Economics*, Vol. 5, 1977. November 2009

DINAMICA CONVERGENȚEI ÎNTR-O UNIUNE MONETARĂ

PROF. UNIV. DR. ALEXANDRU OLTEANU
DR. MĂDĂLINA ANTOANETA RĂDOI

Abstract

Lucrarea este o încercare de analiză a dinamicii convergenței ce trebuie să se realizeze în uniunea monetară europeană, potrivit cu spiritul prevederilor strategiei de la Lisabona pentru anul 2010. Sunt expuse două teorii standard de integrare, de natură macroeconomică. Pentru a explica o dinamică a integrării activităților Uniunii europene, s-a propus un model microeconomic de „apropiere de opțiuni”, în cadrul unei concurențe imperfecte.

Modelul este legat de prețuri, producție (sau utilizare) și variația producției (sau a utilizării). În acest scop, pe baza examinării statisticilor disponibile referitoare la utilizarea factorilor de producție și coeziunea socială, s-au efectuat propuneri teoretice legate de creșterea nivelului producției dacă nivelul prețurilor rămâne constant în U.E. În fond, se încearcă o definiție a unei politici optime de convergență economică și monetară.

Keywords: club de convergență; zonă monetară optimală; model standard de echilibru Solow; curba Philips; coeficient de variație a unor indicatori macroeconomici; rata de utilizare; dispersie regională a ratelor de utilizare.

Introduction

Într-o uniune economică și monetară compusă din mai multe țări, cum este zona Euro cu 16 țări, problema convergenței este primordială. Prevederile strategiei de la Lisabona definite în anul 2000, pentru orizontul 2010, sunt fondate pe obiective în șase domenii de utilizare și coeziune socială.

Legătura monedei și utilizarea ei a fost o noutate pentru Comisia Europeană atunci când tratatul de la Maastricht a subordonat aplicarea monedei unice euro, criteriilor pur financiare, pentru rațiuni de credibilitate a noii monede pe piețele financiare.

Conceptul de zonă monetară optimală este capabilă să țină cont de această legătură între moneda unică și convergența economică și socială.

De altfel, nu este posibil de a se imagina o uniune durabilă cu țări care sunt divergente sub efectul șocurilor de cerere idiosincronică. Este însă totul posibil când piețele cunosc o concurență perfectă. În realitate, dacă reformele economice de inspirație liberală sunt prevăzute de Comisia europeană, rămâne să se aplice o teorie adoptată de o manieră solidă ca teorie a lichidității, care să permită o integrare a indicatorilor de convergență între cele două sectoare, într-un cadru analitic solid și pertinent.

1. Două modele examinate: club de convergență și zona monetară optimală

Există două modele standard capabile de a ține cont de convergențe. Aceste două modele au fost supuse unor dezbateri academice între integrarea economică și integrarea monetară¹, dezbateri care au loc între economiști și monetariști în sânul Comunității europene. Primii consideră că unificarea monetară trebuia impusă după o perioadă lungă de omogenizare a structurilor economice; monetariștii, din contră, consideră că disciplina monetară unică poate fi o piedică

¹ Integrarea economică este definită ca un proces de omogenizare a structurilor și comportamentelor economice între țările uniunii economice. Integrarea monetară se definește prin adoptarea unei monede comune.

pentru țări în accelerarea integrării economice.

1.1. Convergența într-un model de creștere conform lui Solow conduce, sub condiționările ascunse ale macroeconomiei neoclasice, la un rezultat simplu: cu aceeași tehnologie descrisă printr-o funcție de producție Cobb-Douglas, aceeași tendință de economisire, aceeași rată de creștere a populației active, țările cu raporturi inițiale capital/muncă diferite de convergență către echilibru, sau un raport capital/muncă cu o rată de creștere convergentă. Mișcările de capitaluri declanșate prin diferențele de productivitate marginală, servesc ca motor pentru convergență. Este clar că avantajele globalizării economice, subliniază importanța tuturor altor factori care explică pentru ce convergența nu se observă sau pentru ce ea se observă, în condiții inițiale neuniforme.

Primele sunt riscurile de țară care explică pentru ce convergența nu se observă între țările sărace și țările bogate, în primele existând o instabilitate politică puțin propice de a atrage capitaluri în pofida ratei de randamente a priori ridicate. Invers, clubul de convergență de la Baumd permite asamblarea economiilor care sunt convergente grație transferurilor de tehnologie, politicilor educaționale, instituțiilor politice stabile, etc. Această noțiune de club poate explica / justifica lărgirea Uniunii europene cu țările care, cu toate că rațiunile macroeconomice sunt foarte îndepărtate, în termeni de tendințe de economisire, rate de creștere a populației active, etc.

1.2 Dacă introducem o imperfecțiune normală asupra prețurilor în modelul neo-clasic Solow, obținem un model al zonei monetare optimale Mundell. La origine, inspirat prin Milton Friedman, care este un adversar a sistemului monetar internațional născut la Betton Woods și partizan, după 1950, a ratelor de schimb flexibile, Mundell a avut ambiția să propună un cadru neformalizat care să decupleze economia mondială în sub-spații în care rata de schimb pe piață este fixă, pentru că șocurile negative de cerere sunt absorbite nu prin variația prețurilor ci prin deplasările populației active. Invers, rata de schimb este flexibilă când mobilitatea forței de muncă nu există. Flexibilitatea ratelor de schimb este un mijloc de „compensare” a rigidității prețurilor.

Exprimată astfel, această imperfecțiune este susținută de rigiditatea cerută de prețuri și cuprinsă în salarii scăzute. Transpunerea în cadrul unui echilibru macroeconomic cu schimbări fixe, aceste imperfecțiuni nominale produc o varietate de modele standard Solow. De asemenea, un șoc negativ de cerere va conduce la o adaptare a ofertei la un nivel durabil inferior creșterii potențiale, fără o întoarcere posibilă la echilibru, pentru că prețurile sunt rigide. În această situație, șomajul conduce la o disinuare a populației active care va pleca într-o altă regiune (mobilitatea forței de muncă).

În acest moment, un mecanism de lungă perioadă se declanșează conform cu modelul Solow. Cum rata de creștere a populației active se reduce durabil, producția totală va avea o rată de creștere redusă până la un nou echilibru. De asemeni, oferta potențială pe o lungă perioadă se ajustează în sensul reducerii.

Reducerea volumului forței de muncă antrenează mecanismul de reducere a productivității marginale a capitalului, dacă funcția de producție este de tip Cobb-Douglas, în rațiunea legii lui Wicksell. Capitalurile nu sunt incitate spontan să vină în regiune. Singurele politicile publice pot artificial crește rentabilitatea capitalului.

1.3. Aceste două modele macroeconomice sunt cu certitudine interesante, însă prima presupune o flexibilitate a prețurilor pe piețele concurențiale, relevantă într-o viziune pe termen lung. A doua, nu are o bază micro-economică pentru a explica existența unei imperfecțiuni nominale așa cum a prevăzut Mundell.

2. Un model alternativ simplu ZMO² într-o concurență imperfectă

2.1. În analiză s-a pornit de la modelul standard de echilibru macro-economic cu două țări legate printr-o monedă comună. Rata inflației este controlată prin banca centrală comună a celor două țări. Un șoc negativ a cererii într-o țară nu permite o reîntoarcere la echilibru prin

flexibilitatea prețurilor și deplasarea pozitivă a ofertei cum este situația în care țările au rate de schimb flexibile (fig. nr. 1).

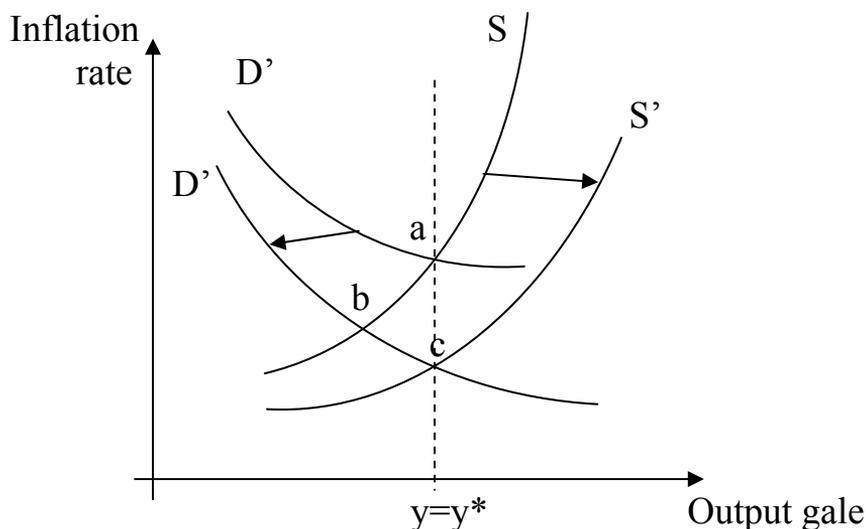


Figura nr. 1

Ca urmare, în cazul ratelor de schimb flexibile, șocul cererii care face să se treacă de la echilibrul inițial cu deplină utilizare „a” la echilibrul de sub utilizare „b”, provoacă o reîntoarcere la echilibrul „c” pe calea creșterii echilibrului pe termen lung $y=y^*$, după o reacție a ofertei ($S-S'$) devenită mai competitivă.

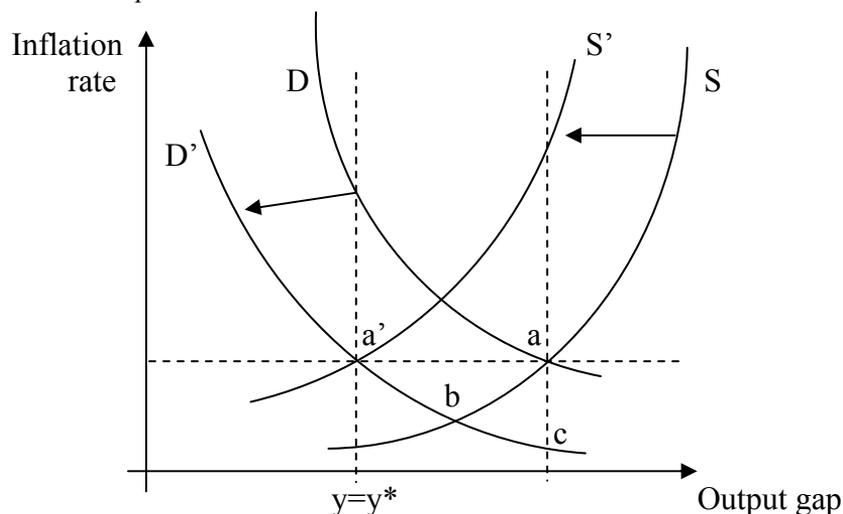


Figura nr. 2

Din contră, cu o monedă comună, șocul cererii nu are efect asupra inflației, însă are efect real asupra producției (fig. nr. 2). Pierderea între punctul a', reprezentând noul echilibru de sub-utilizare, depinzând funcțional de reducerea durabilă a producției în raport cu prosperitatea (bunăstarea) inițială de creștere pe o lungă perioadă. Cum flexibilitatea nu joacă un rol în plus, punctul a' reprezintă un echilibru durabil după reajustarea reducerilor de capacități de producție în

economie y^* ; un nou regim de creștere pe o perioadă lungă ajustează o creștere mai redusă a ratei populației active.

2.2. Transpunem pe moment această dinamică într-un cadru macroeconomic de concurență imperfectă, luând în considerare că economia este compusă dintr-o singură întreprindere reprezentativă.

Ipoteza concurenței imperfecte permite introducerea unei rigidități nominale asupra prețurilor.

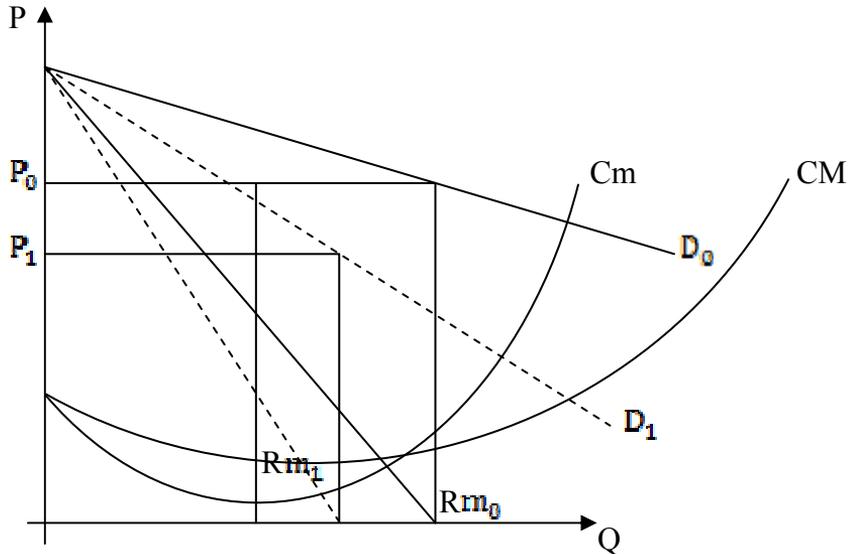


Figura nr. 3

Din fig. 3 reiese că echilibrul inițial, înaintea șocului advers al cererii, este dat prin (p_0, q_0) pe dreapta cererii. Șocul cererii se deplasează la cererea din D_1 . Echilibrul, dacă prețurile au fost flexibile, este dat prin (p_1, q_1) . Cum prețul este rigid, o soluție apropiată de optimum este (p_0, q_0) . El dă o pierdere de bunăstare pentru cauze neoptimale. Ea este măsurată prin diferența de preț $p_0 - p_1$ egală cu diferența $f(q_2) - f(q_1)$, „f” ne reprezentând funcția cererii.

O dezvoltare a teoriei lui Taylor privitor la q_1 până la al doilea ordin de date este reflectată prin relația:

$$f(q_2) - f(q_1) = f'(q_1)(q_2 - q_1) + \frac{1}{2}f''(q_1)(q_2 - q_1)^2 \quad (1)$$

Presupunem că q_1 este o cantitate medie \bar{Q} în ZMO calculată între q_0 care măsoară cantitatea în țara A ne influențată de șoc și q_2 care măsoară cantitatea în țara B neinfluențată de șoc.

Generalizând în n țări, relația este următoarea:

$$\sum \alpha_i f(q_i) = \sum \alpha_i f(\bar{Q}) + \sum f'(\bar{Q})(q_i - \bar{Q}) + \frac{1}{2} \sum \alpha_i (q_i - \bar{Q})^2 f''(\bar{Q}) \quad (2)$$

cu:

$$\bar{Q} = \alpha_1 q_1 + \alpha_2 q_2 + \dots + \alpha_n q_n$$

și:

$$\sum_{i=1}^n \alpha_i = 1$$

Dacă avem în vedere că funcția de cerere f nu este lineară (atunci când este reprezentată printr-o dreaptă din figura nr. 3 pentru probleme lizibile), rezultă o funcție de cerere marchaliană, sub forma:

$$f(\bar{Q}) = \frac{\alpha}{Q}$$

Aceasta ne permite rescrierea ecuației (2) sub următoarea formă:

$$\bar{P} = \frac{\alpha}{Q} + a \left\{ \frac{V}{Q^b} \right\} \quad (3)$$

Ceea ce reprezintă în formula (2): 1) elementul din stânga este prețul mediu agregat pentru ZMO, \bar{P} ; 2) prima expresie a elementului din dreapta corespunde unei funcții a cererii agregate, $\frac{\alpha}{Q}$; 3) a doua expresie este suma ponderată a diferențelor medii; 4) a treia expresie corespunde unei variante V .

Cum utilizarea este legată de producție printr-o funcție de utilizare, funcție reciprocă a unei funcții de producție, se stabilește o relație între nivelul prețurilor, variabilă dependentă și nivelul de utilizare de asemeni cu o variantă a sa. Acest rezultat este cunoscut și vechi, deoarece urcă primele activități pe curbă, așa zisă „Phillips”.

Lipsey² arată că agregarea funcțiilor nelineare conduce la o funcție agregată mai îndepărtată de originea axei, la care dispersia funcțiilor microeconomice este mare.

Dacă luăm ipoteza absenței inflației și nivelul prețurilor constant, obținem o funcție între variația producției (sau utilizării) și nivelul de producție (sau de utilizare).

2.3. Examinăm în continuare semnificația economică a variației utilizării în raport cu ZMO.

Criteriul de mobilitate a forței de muncă, propusă inițial de Mundell, își găsește aici o clarificare, în sensul că, dacă între două regiuni, în A subzistă un șoc negativ și în B subzistă șocuri, variația de utilizare este diminuată, ceea ce semnifică faptul că utilizarea crește acolo unde este relativ puțin ridicată, mai puțin ridicată sau redusă (ori rămâne stabilă), sau este relativ mai puțin ridicată. Utilizarea o înțelegem ca rata de utilizare a forței de muncă în sensul Euro stat-ului: număr de persoane ocupate / populația totală între 15-65 ani. Cum această populație totală crește în regiunea B și este diminuată în A, paralel cu reducerea utilizării ei în A, variația nu se poate reduce. În înțelesul criteriului, se poate afirma că politicile publice, naționale sau comunitare, încită ? întreprinderile din regiunea B (sau din A) la crearea de utilizări în A cu ? locul creării în B; aceasta va reduce variația. Acest indicator este adaptat la dinamica unui proces de integrare, deoarece a fost ales de Comisia europeană în cadrul „strategiei de la Lisabona”.

3. Indicatori statistici de convergență

3.1. Criteriile de la Maastricht sunt de natură monetară și financiară. Ele au avut drept scop inițial aplicarea monedei unice într-un cadru de _____? monetară inspirat prin monetariștii de la Chicago. Față de aceste criterii, Consiliul european de la Lisabona în martie 2000 a propus o strategie globală pe 10 ani, denumită „strategia de la Lisabona”. Obiectivul ultim este de a face din Uniunea europeană la orizontul lui 2010, o „economie a cunoașterii mai competitivă și mai dinamică a lumii, capabilă de o creștere economică durabilă acompaniată de o

² R. Lipsey: „The relation between unemployment and the rate of change of money wage rates”, *Economica*, nr. 105, pp 1-31, 1960.

ameliorare cantitativă de utilizare și de o mai mare coeziune sonală ?” Pentru a conduce acest ambițios program, Comisia a stabilit în fiecare an un raport de sinteză incluzând 28 obiective picipiale, 120 sub-obiective și 117 indicatori. Acestea sunt aranjate pe 6 rubrici: context economic, utilizări, inovaie și cercetare, reforma economică, coeziune, școală și mediu. Taxa de utilizare se află la rubrica „utilizare”, iar indicatorul de dispersie regională a ratelor de utilizare se află la rubrica „coeziune școală”.

Obiectivul final pentru rata de utilizare este de 70%.

Nu există obiective precise pentru dispersia ratelor de utilizare. Aceasta se măsoară prin coeficientul de variație care permite comparații între țări. Variația este calculată pe baza ecuației (2).

Calculule sunt făcute pentru fiecare dint țări la nivelul **NUTS₂** (Nomenclaturi teritoriale unite pentru statistici).

Un calcul este făcut, de asemeni, la nivelul UE și a zonei euro. La nivelul zonei euro s-a observat, după 1999, o tendință de reducere a coeficientului de variație.

3.2. Dacă reluăm ecuația (3) cu nivelul de prețuri constante, rezultă o expresie dată de V în funcție de Q:

$$V = \left(\frac{\bar{P}}{a}\right) \cdot Q^3 - Q^2 \quad (4)$$

au

$$V = C \cdot Q^3 - Q^2 \quad (5)$$

cu

$$C = \frac{\bar{P}}{a}$$

V este o funcție polinomială de gradul 3. Dacă $C > 1$, obținem o curbă de forma:

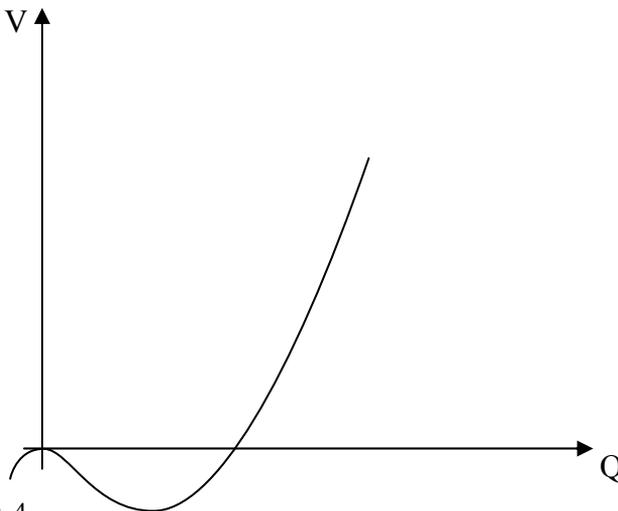


Figura nr. 4

Se observă că (prpunere): agregarea macroeconomică a piețelor naționale cu concurență imperfectă, pentru cererea de bunuri, conduce la o creștere a lui V, la variația producției globale, pentru un nivel de prețuri constante.

Această propunere preia un paradox al integrării subliniat de Krugman³.

Un șoc negativ de cerere s-a observat că traversează o mare dispersie între regiuni. Integrarea a devenit cauza divergențelor.

3.3. Examinarea indicatorilor structurali ne arată că, în practică, dinamica integrării a trecut prin reforme economice, de inspirație „liberală”, cu alte cuvinte a dat o mai mare flexibilitate prețurilor în sânul Pieței Interioare europene.

Aceste reforme vin să atenueze rezultatele aproape brutal la propunerea precedentă privind agregarea funcțiilor cererii cu concurență imperfectă. Când s-au examinat indicatorii relativi la tema „reformei economice” s-a observat că convergențele de prețuri diminuează ajutoarele publice la întreprinderi, dereglementează piețele, fenomene care se urmăresc anual de Comisie. Dacă nivelul de prețuri se reduce pentru că concurența se intensifică pe piața unificată europeană, ecuația (4) ne arată o variație diminuată a ratei de utilizare. Se poate aștepta ca această flexibilitate să compenseze efectele mecanice ale agregării piețelor.

4. Politici optimale de convergență

Cercetarea unei rate de utilizare de 70% la orizontul anului 2010, obiectiv declarat de strategia de la Lisabona, cu o reducere a ecarturilor între țări cu titlul de „coeziune socială”, se intersectează facil în cadrul unei funcții de pierderi sociale minimizezate, sub constrângeri. Atunci când, tradițional, modelul standard al lui Barro-Gorden aduce minimizare a unei funcții de pierderi sociale sub constrângerea unei curbe Phillips, atunci funcția W include ca argumente rate de utilizare medii și dispersii a acestor rate.

4.1. Tradițional, o politică optimală de convergență pentru o țară care aparține unei ZMO este simplu de descris cu o curbă Phillips, sugerând un arbitraj între inflație și șomaj. Modelul standard, înființat prin Samuelson și Solow (1960) este acela al lui Barro-Gordon (1989) inspirat de Kidland-Prescott (1977), astfel cum este redat în exemplul dat de De Grauwe⁴.

Guvernele cercetează minimizarea funcției de pierderi sociale sub constrângerile unei curbe Phillips.

Figura 5 ne indică un echilibru cu o curbă a indiferenței colective între inflație și șomaj, presupusă concavă, pentru un nivel dat de pierderi sociale (inflație+șomaj) și a unei constrângeri date prin curba Phillips.

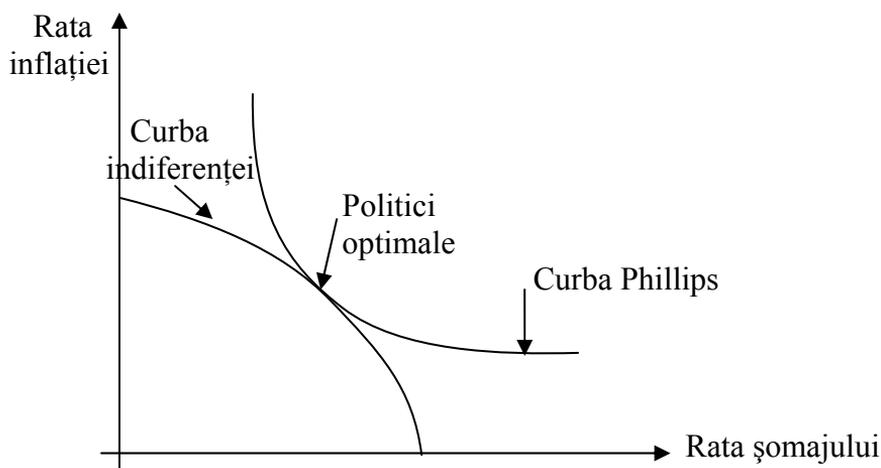


Figura nr. 5

³ Paul Krugman, „Increasing returns and economic geography”, Journal of political economy, 1991, pp 483-499.

⁴ Paul De Grauwe, „The economics of monetary integration”, Oxford University Press, 1992, p. 48.

Această prezentare este astăzi puțin conformă cu realitatea procesului de integrare europeană, deoarece prin prezenta se propune o altă prezentare.

4.2. Odată țara intrată într-o ZMO obiectivul este stabilit de prețuri, arbitrajul între șomaj și inflație care a dispărut, s-a reîntors în fața unei dinamici noi ale guvernelor și Uniunii europene care cercetează un echilibru conform modelului reprezentat în figura 6.

Q

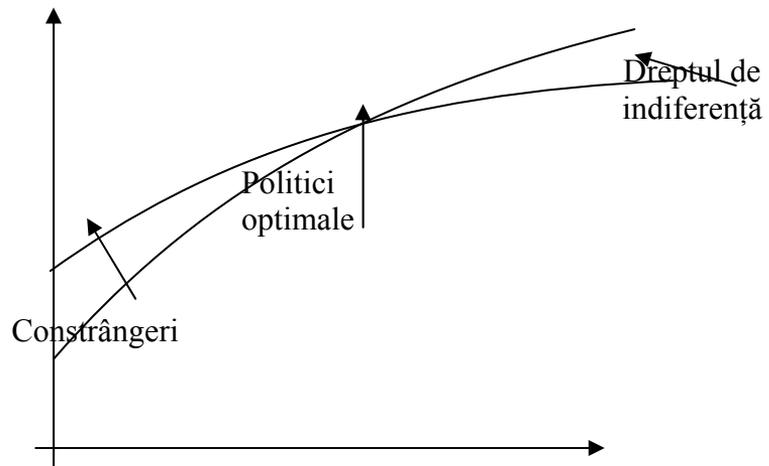


Figura nr. 6

Dreptul de indiferență între nivelul producției (sau utilizării) „bunuri dezirabile” și variația producției (sau utilizării), „bunurilor indezirabile”, este dat de o pantă pozitivă.

Pentru un nivel dat de stare bună _____? $W+aV$

Curba concavă care reprezintă constrângerea, este descrisă de funcția reciprocă $f(Q)$.

Optimizarea este dată de standard, ca fiind punctul A.

Acest echilibru, la punctul A, retasează dinamicaconvergenței într-o Uniune. Dacă decedenții sunt raționali, tabloul statisticilor date de cuplările de rate medii / variate, sau de un coeficient de variație, ne arată că fiecare este în echilibru la un moment dat de timp. Punctele A nu sunt stabile, însă evoluează în funcție de deplasarea constrângerilor. (Ele pot presupune că preferințele sunt stabile).

Analizele efectuate ne arată că echilibrele sunt diferite, conform nivelului de integrare, în interiorul unei țări sau la nivelul zonei euro. Coeficienții de agregare privind variațiile sunt mai reduși în interiorul unei țări. Este normal, pentru că efectul mecanic de agregare privind variațiile sunt de altfel mai puternice când agregarea se face la nivele ridicate. În alți termeni, mai imaginativi, aranjarea curbilor de agregare a curbilor de cereri neliniară, la parametri diferiți, lărgeste curba agregată la originea axelor. Concret, efectele Pieței Interioare determină omogenizarea comportamentelor cererii și contribuie, de asemenea, la reducerea variațiilor, conform cu schema analoagă a celor care realizează unificarea piețelor în interiorul unei țări, între regiuni.

Concluzii

Pornind de la tema interdependenței între economic, monedă, finanțe și progres social, și definind ultima, de o manieră restrictivă însă precizată prin obiectul de coeziune socială, conform strategiei de la Lisabona, atunci putem spune că noi am reușit să demonstrăm suprapunerea

monedei unice cu Piața Internă și „progresul social”.

Putem crede că adoptarea monedei unice de țările membre „fragile”, cu alte cuvinte sensibile la șocurile cererii adverse, pentru că structurile lor economice sunt îndepărtate față de cele ale țărilor din inima Europei, țări integrate de o lungă perioadă _____? , conduce la tensiuni, cao explozie în sânul zonei euro. Ori, țări cum a fost Grecia, de exemplu, au putut ameliora indicatorul său de coeziune socială. Acesta a încurajat și stimulat lărgirea următoare a altor țări.

Lecția este că pragmatismul în politica economică este o bună strategie. Efectul agregării piețelor nu este o lege de avangardă, aceeași dacă efectul dat de categoria modelelor în care economia partajează cu turbulențe⁵. Acest efect poate fi lărgit din contră prin măsuri de flexibilitate a piețelor și / sau prin politici structurale redistributive, aplicate de o manieră rutinieră în federațiile Statelor sau regiunilor.

⁵ Thomas Schelling, „Micromotives and macrobehavior”, Noston, 1978

THE INFLUENCE OF MARKET SEGMENTATION AND INCREASE THE LEVEL OF COMPETITIVENESS, THE BEHAVIOR OF PRODUCERS. SITUATION OF ROMANIAN SMES

Cristina GRADEA *

Abstract

The development of the international economics affaires as regarding the complexity of the tehcnical level of the economic process is the principal source who is generate the competitiveness for the producers of goods and services. The continue growing up of the complexity of the tehcnical level from the international economic relationships is a management process for the producers of goods and services.

Keywords : *market, consumer behaviour, little and middle enterprises, international economic affaires, national/regional plan*

Introduction. Theoretical approach.

International economic relations, both in terms of complexity for the technical level of progress and processes of the same components as the introduction of new features designed to minimize the effects of the barrier in the path of unfolding tranzactions, on the one hand and increased living on the other hand, are the main sources of competition among suppliers of goods and services.

Growth, continuing technical progress in complexity level component processes of international economic relations, is actually a process, coordinated management at the producers of goods and services, the dual purpose-adaptation, as a greater extent of tenders, the application of increasingly complex, the consumer-activation function and multiplication values of market maker in this direction resulting in a modeling and consumer behavior.

Entering into the national, regional or international level of facilitated designed to mitigate the effects of the barrier, the path unfolding international transactions, has as main goal the creation of additional destinations for large accumulation of capital in areas that have a faster development, stimulating In this way, and obtaining economic growth as the main effect in the long run, reduce disparities in economic development between regions, with the prospect of balancing the economic standards and living standards.

Rising living standards has a direct impact on changing consumer behavior. At this level, consumer behavior reached levels of imbalance - a situation that it must be speculated by manufacturers of goods and services and taken to modeling the purposes of using, as a tool to develop markets and market segments. The quality of the instrument, the growth of living standards, consumer behavior and associated savings (saving behavior is, in most cases, even if it is long term, for all investment and consumption, whether and productive) is actually the main source of growth and diversification of demand.

The macro-and microeconomic policies can shape the processes and especially economic facilities at the two levels may change and guidance on consumption and saving behaviors so that the complexity of supply to find one as good counterpart in complex application , decreasing as in the fullest possible extent, components of risk associated with the three levels involved, that is decreasing in the fullest possible extent, the provision of offers as inadequate demand and launch applications without coating can offer.

* Lecturer, Ph.D. candidate, University of Sciences and Arts "Gheorghe Cristea", Bucharest (e-mail: cristina_gradea@yahoo.com).

In this way, the three elements, namely: demand, supply and facilities may be considered as possible tools to manage the direction of obtaining and maintaining growth and macroeconomic balance.

In a first stage, the organization of details and elaboration of this study, the following question arises: what is the relationship reciprocal conditioning between the three elements, with the priority objective of obtaining and maintaining growth and macroeconomic balance?

Study objectives

To determine, logically, the objectives of the study, as a necessity for coordination of carries by solving the above equation, integrated, scope and purpose of research, the theme of the chapter title, you can leave to identify causal relationships administrative and conditioning in the sense opportunity, namely:

-application is the direct result of behavior that operates in a market marked out by the macroeconomic and microeconomic level;-offer is a direct result of the behavior of producers operates in a market marked out by the macroeconomic and microeconomic level;

-macroeconomic, having, as input, evolutionary perspectives of supply and demand, choose targets, based on which develops and implements a set of normative instruments , institutional architecture and strategy, based on objectives related to achieving targets, often measured by values of macroeconomic indicators.

Regarding the title chapter and causal links mentioned, the objective of the study is to analyze the behavior operating in a coordinated market from two perspectives: the evolution of supply and complexity of macroeconomic policies.

Competitiveness

Competition in the market is a phenomenon generally growing, especially in emerging market situation.

In terms of economic categories, the competition in the primary phase, is a phenomenon, and then becomes a process.

Competition, the phenomenon is driven by macroeconomic policies to stimulate consumption, which attracts, by itself, an increase in production; in other words, the category of economic phenomenon of competition is found in the tendency of companies supplying natural response to rising demand It is the sole objective of these companies. At the end of this phase, each competing company will assume, as the main strategic objective, increasing market share. At this time, as the market is limited, exist the idea of competition policy, having as main target, market expansion the company, which give rise to increasing competition on the market.

From this stage, increased consumption is a measure becoming less a result of macroeconomic policies and to an extent becoming more a result of microeconomic policies, the two factors continue to influence, together, this trial. In these conditions, increasing levels competitive, market, determine, at the microeconomic level, a series of political resistance to increased competition, which translates to the objectives, the firms intention to increase their market share, to limit the condition of maintaining market share, implying a further adjustment to demand in general is not an up-grading, at quantity, quality and attractiveness of prices and sales facilities.

The main result of such policies, growth and diversification of consumption, through increasing and diversifying demand.

The most representative macroeconomic model, with the possibility of rendering effects arising from the progress of growth of resistance to the effects of competition firms is Fischer's model of economic equilibrium, namely: $M * V = P * T$ (1) in which:

M = money supply in circulation;

V = speed of rotation of money into the economy;

P = price level;

T = level of production.

For an economic system stable, balanced and development trends, as is the case, generally the Member States, is available the condition:

$V = ct.$ (2)

which can be written in the following way:

M

----- = ct. (3)

P * T

If, in this equation, we condition on price stability, sustainable economies specify, respectively:

P _ ct. (4)

reach the following conclusion:

M

----- _ ct. (5)

T

In this regard, given that at a macroeconomic scale, the production evolves without control of the carrier, the objective being the response to request and to enhance the natural tendency of increased demand and production levels are growth, the only possibility of control, the purpose of monitoring and ensuring a reaction to mitigate any macroeconomic games, is the central bank, namely the monetary policy measures related to money supply in circulation, with the objective of preserving condition (5).

In this way has made a successful demonstration of the key issues of the theme chapter namely that market segmentation, namely the growth and diversification of demand prompts manufacturers to set up and an appropriate diversification of production.

The market segmentation

Conceptually, the market segmentation is the separation, on various criteria, the application, depending on the variety of supply. The problem is to identify the process / phenomenon and the mechanism of market segmentation.

First, in order to enter the market segmentation in an economic category, it must be made the following remarks:

a. Market segmentation is driven by market making, developed by suppliers of products and services based on the categories of consumers on the next criteria:

-purchasing power;

-behavior;

b.purchasing power of consumers is based on the following issues:

-macroeconomic policies to stimulate production, consumption, market competition, social, labor, fiscal;

-microeconomic policies of human resources;

-policy and private investment and savings strategies, based on the complexity of financial services and banking companies developed profile;

c. consumer behavior is influenced by these issues:

-purchasing power;

-educational, cultural, social and Informational level;

-complexity and diversity of producers of goods and services.

Consequently, about market segmentation we can tell:

-segmentation of the market is a phenomenon resulting from the actions of macroeconomic and microeconomic policies, affecting demand, supply, human resources and purchasing power, in that it is influenced, to an extent defining, for these processes, market segmentation subjects as

consumers of products and services and factors of existence, development engine phenomenon of market segmentation is the process of consumer choice, resulting, in turn, the continuing process of market making, developed from the producers;

- segmentation of the market, as existing phenomenon, do not influence manufacturer, it is influenced by the behavior of producers;

- behavior producers is influenced by the possibility of predictable market segmentation;

- like process control, however, from the perspective of producers, the problem put in the following way: the behavior of producers in market making, influencing primary market segmentation process, in light of segmentation boost further the market, resulting in an increase and diversification of demand.

Increasing purchasing power of population is actually increasing the potential for personal investment in economic activities, main variants, in logical order, the following:

- purchase of goods required for living;

- attracting financial services and banking products and specific activities savings and investments;

- purchase luxury goods.

At any stage of economic and social development at State level, we can see the coexistence of all three variants of fructification of purchasing power.

Given the general case of new EU member states and the particular case of Romania, which is at a low level of purchasing power the majority of the population, it can be said that each of the variants of involvement of the population attend these funds percentage of population:

- purchase of goods required for living 100%;

- attracting financial services and banking products and specific activities of savings and investments 40%;

- purchase luxury goods 25%.

In this case and in this regard, we can talk about these types of behavior to the producers:

- in the field of goods and non-financial services, manufacturers will move their attention both in terms of satisfaction, in terms of quantity, the demand, as well as to meet demand in terms of quality and specific market segments;

- for the financial and banking sector, the supply structure will have to consider the structure of demand for such services, retail banking is your heading, especially, the services necessary financing to purchase real living, increasing demand for products and services for savings and investments are in correspondence with the increasing purchasing power and availability of customers for the use of such products and services;

- in the production of luxury goods, it will remain, at least for the medium term, preserve a small segment of consumers who, at the level of behavior, are involved in three variants to use personal funds, mentioned above.

Given the case of Romania and in general for all Member States, with especially the idea of being directed in the direction of the 12 newest Member States, the ultimate aim of European integration is "rising living standards and harmonization of development levels in the community", which will increase gradually the purchasing power of population and implicitly to increase the availability for savings and investments.

Behavior of producers arising from funding opportunities

Regarding the financing development programs of companies in Europe, at this time is in the process of implementing Basel II. The main directions of action, Basel II introduces a new approach to the consideration of lending relationships to small and medium enterprises: up to introduce this concept, small and medium enterprises were considered more risky, the lending than large companies, Basel II introduces a new concept in the management and risk assessment related to small and medium - a concept under which banks may grant loans and to this market segment

without risk assessment and measurement to be made distinguished from large companies, the main objective of this approach and is maintaining balance on the single market, namely to create a level playing field in the direction of access to finance, among small and medium-sized and large companies.

Mode of interpretation of this issue, is the following: activities of small and medium enterprises are still riskier than the activities of large companies, but that, following the introduction of the Agreement, the capital adequacy rules, the credit, recommend the same procedure formation, both for large companies as well as for small and medium - in other words, as banking supervision, commercial banks are not treated separately from lending to the two types of companies. In terms of banking companies, creditator classification, depending on the risk remains, in practical terms, the same, that large companies are rated as being less risky than SMBs, appreciation that these two types of companies same level of risk related to credit, is only a script, that only for banking supervision and capital adequacy.

In other words, small business loans under the same conditions to that of large companies, left to the banks, and deals, strictly, the decision to grant credit or credit by market segment, consisting of small and medium companies. At this level of the problem, extending bank credit market and by market segments consisting of small and medium enterprises is a problem behavior in general banking and banks, in order to increase market share, and will address these market segments, for this objective increased accordingly and complexity of banking products and services portfolio of lending that fundraising. For the anticipated behavior of producers – small and medium on the issue of bank lending, the analysis must be started to evaluate and explain the implications of risk in the credit prices, capital adequacy, appropriate provision of credit, is a function of the following main indicators:

$$AC = f [S, A (PD), B (LGD), \dots, R, N] \quad (6)$$

where:

CA = capital adequacy appropriate credit;

S = amount of credit;

A = coefficient resulting from the calculation of the rating;

PD = the possibility that the debtor was unable to fulfill obligations of the credit contract;

B = coefficient resulting from the calculation of the rating;

LGD = loss not covered;

R = coefficient of correspondence between the credit and risk;

N = amount of the capital adequacy of the current rule.

Intention of banks and loan companies to increase their market share and increase the complexity of banking products and services portfolio is, however, limited the maximum acceptable risk exposure - before which is about the same to creditator valid approach, regardless of company size. From this level up credit prices will be higher accordingly. Subjects are primarily small and medium enterprises, which will seek to enter in average standards of acceptance, by lending institutions as credit applicants. Similar to credit (satisfied by the application of Directive 2006/48/EC) is phenomenon also develops investment, the investment companies in the assets of companies (according to Directive 2006/49/EC).

In this context, take place, on the market, these phenomena competition:

a. competition for financial and banking companies:

-increase rates on credit and investment markets;

-attracting funds;

b. competition to applicants for loans and investments:

-price facilities and conditions;

-attract funds, taking, however, the fact that development economic activities ahead, in a first stage, increasing the funds available.

Turning to economic equilibrium formula, Fischer's, we have:

$$M * V = P * T \quad (7)$$

condition:

$$V_{ct} \quad (8)$$

adic_:

$$P * T$$

$$----- = Ct. \quad (9)$$

M

Behavior of producers will be in permanent, directed to develop markets, increase production and to increase the request for funds necessary development activity which will require administrators to accept a monetary policy inflation low, increase money supply in circulation properly stimulate increased production and rising demand in correspondence with the preservation of balance. Currently, the main concerns of manufacturers - small and medium, are as follows:

- by promoting market-creation policies: product, media, competitive;
- create a working system for inclusion in the national minimum conditions necessary to attract development funds, the main issue arising from the direction of action is that of increasing market discipline.

Conclusions

The situation regarding the newest Member States on short and medium term, to the producers of goods and services is unlikely to happen before major changes to the behavior described above manufacturers.

In the long term, however, increase gradually the standard of living, together with a significant increase in purchasing power and availability of investment default, supported by substantially the level of cultural and information will lead to continuing the process of behavior consumers, as mentioned behavior of producers, the progress of events is doubled by the implementation, in the personal financial strategy, the following schedule: call the financial and banking products and services, specific activities of savings and investments, that profit-making, the which will complement participation in choice to use personal funds for the purchase of goods and services necessary for living.

This will lead to a further increase in purchasing power, and the macroeconomic and microeconomic policy adding personal savings and investments, leading to an increase and diversification of demand for products and services that are living, driving production growth rate and determining, as appropriate, central bank intervention in the money market. At such a level of development of investment phenomenon, for savings and investment availability population (particularly the financial investment involved) will increase the possibility banking financial companies to invest in the economy and in particular to support production, according to the following model:

$$CE = AC + CP \quad (10)$$

where:

EC = economic capital;

CA = capital adequacy;

CP = capital for investments.

Increasing the economic capital of financial companies and banking, as a result of increased availability of population for savings and investment, will increase accordingly and capital for investments, that boost the availability of production development.

Returning to the simplified form (5) of Fischer's equation is finding an additional availability to support and boost production, which will be very effective use of the microeconomic environment for implementing new strategies to boost growth and direction of diversification demand. Given this level of development, demonstration and there was another response, for

potential questions, themes arising from the study, namely factor backbone, economic development, the market actors who act on the basis of feature set of macroeconomic policies.

In fact, the market act on these types of actors:

- the consumers, issuers of demand;
- producers of goods and services, issuers of supply;
- macroeconomic system administrators, managers of the balance of the training environment and facilities for revealing tendencies.

In this complex market, the producers of goods and services as the main factor of evolution engine, will be directed behavior following areas:

- evaluation of trends in macroeconomic and microeconomic;
- development, in a first view, strategies;
- seeking economic cooperation with system administrators to build, together, a foundation for future evolution;
- creation market;-update strategies;
- implementation strategies;
- resumption.

In other words, manufacturers will try to extract maximum facilities offered by the economic environment will also seek to contribute to the creation of new facilities and to respond as closely as demand created by consumer behavior strategies directed manufacturers.

A possible model for the behavior of producers, could leave the presentation of net profit up formula:

$$PN = V - C - I \quad (11)$$

where:

NP = net profit;

V = income;

C = costs;

I = taxes .

In fact, the primary objective of the microeconomic activities, which they are subordinated to all other objective is to maximize net profit. The first step toward achieving this objective is to maximize income, which is achievable by extending this market, two main strategies used in the direction to maximize revenue are: development strategies and competitive strategies.

In connection with the terms "expenditure" and "taxes" microeconomic policies will follow always with rising costs, that tax by the income growth rate. As a final conclusion, the behavior of producers will be directed to Net profit maximization and aim, always, identify solutions to achieve this objective, taking into account any effects arising from the complexity of environmental situation in action.

References

1. Angelescu, C., Socol, C., Politici economice, Editura Economica, Bucuresti, 2005
2. Angelescu, C. (coordonator), Optiuni strategice de dezvoltare a economiei românești, Editura A.S.E., Bucuresti, 2004
3. Angelescu, C., Stanescu, I., Politica de crestere economica, Editura Economica, Bucuresti, 2004
4. Barbulescu C. Pentru cresterea competitivitatii întreprinderilor românești pe piata Uniunii Europene, Editura Economica, 2005
5. Bonciu, F., Dinu, M. Politici si instrumente de atragere a investitiilor straine directe, Editura Albatros, Bucuresti, 2003
6. Brezeanu P., Simon I., Celea S. Fiscalitate europeana, Editura Economica, 2005
7. Constantinescu, N.N.(acad.), Învataminte ale tranzitiei în România, Editura Economica,

Bucuresti, 1997

8. Dunning, J.H., Re-evaluating the benefits of foreign direct investments, *Transnational Corporations*, vol.3, no.1, February 1994

9. Manea, J., Pearce, R., Industrial restructuring în economies în transition and TNCs' investment motivations, *Transnational Corporations* vol.13, no.2, 2004

10. Mazilu, A., *Transnationalele si competitivitatea. O perspectiva est-europeana*, Editura Economica, Bucuresti, 1999

11. Munteanu, C., Atragerea investitiilor straine prin promovare directionata, *Revista «Microeconomie aplicata»*, nr.4(12)/1999

12. Munteanu, C., Horobet, A., *Finante Transnationale*, Editura All Beck, 2003

13. Nicolescu O., Chirovici E. O., Dumitrache B., coord., Isaic Maniu A., Isaic Maniu I., Nicolescu C., Anghel F. *Carta alba a IMM-urilor din România 2006*, Editura Olimp, 2006

14. Nicolescu O., Chirovici E. O., Dumitrache B., coord., Isaic Maniu A., Isaic Maniu I., Nicolescu C., Anghel F. *Carta alba a IMM-urilor din România 2007*, Editura Olimp, 2007

15. Popa A. F., Popa N., Radu G., Iordan B. C., *Codul Fiscal în contextul integrării europene – ghid practic pentru înțelegere si aplicare*, Editura Contraplus, 2007

16. Pournarakis, M., Varsakelis, N. Institutions, internalization and FDI: the case of economies în transition, *Transnational Corporations* vol.13, no.2, 2004

17. * * * An investment climate for European Union Membership, The Foreign Investors Council Bucharest, may 2002

18. * * * Consulting Document for a Community Support Programme for Entrepreneurship and Enterprise Competitiveness (2006-2010)

19. * * * *Creating and Entrepreneurial Europe*, COM (2003), 26, Commission of the European Communities, Brussels, 2003

20. * * * Directiva 48/2006/EC

21. * * * Directiva 49/2006/EC

22. *Entrepreneurship in Europe*, Green paper, COM(2003), 27 final, Commission of the European Communities, Brussels, 2003

23. * * * *Examining the impact of Basel II on the supply of credits to SME' s – Tresor Economics* No. 13, April 2007

24. * * * *Global Competitive Index - Report 2006*, World Economic Forum, New York

25. * * * *In Everybody's Interest*, în *Euroabstracts*, nr.1,2004

26. * * * *Legea Societ_ ilor Comerciale 2005-2007 – text comparat*, Editura Con-Fisc, 2006

27. * * * *Thinking Small in an Enlarging Europe*, COM (2003), 26 final, Commission of the European Communities, Brussels, 2003, pag.6

28. * * * *World Investment Report 2003: FDI Policies for Development: National and International Perspectives*, UNCTAD, New York and Geneva

29. * * * *World Investment Report 2006: FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*, UNCTAD, New York and Geneva

30. * * * www.animc.ro

31. * * * www.banisiafaceri.ro

32. * * * www.bloombiz.ro

33. * * * www.cisco.ro

34. * * * www.cnipmmr.ro

35. * * * ww.infonews.ro

36. * * * www.immromania.ro

37. * * * www.presatv.ro

38. * * * www.postuniversitar.ro

INFLUENTA SEGMENTARII PIETEI SI A CRESTERII NIVELULUI DE COMPETITIVITATE, ASUPRA COMPORTAMENTULUI PRODUCATORILOR.SITUATIA IMM-URILOR DIN ROMÂNIA

Cristina Gradea
Ec.drd.-A.S.E. Bucuresti

Rezumat

The development of the international economics affaires as regarding the complexity of the tehcnical level of the economic process is the principal source who is generate the competitiveness for the producers of goods and services.

The continue growing up of the complexity of the tehcnical level from the international economic relationships is a management process for the producers of goods and services.

Keywords :market,consumer behaviour,little and middle enterprises,international economic affaires,national/regional plan

1.Introducere.Abordare teoretica

Dezvoltarea relatiilor economice internationale, atât din punctul de vedere al complexitatii nivelului tehnic de desfasurare a proceselor componente cât si din acela al introducerii de noi facilitati create în scopul diminuării efectelor de bariera din calea derularii tranzacatiilor, pe de o parte si cresterea nivelului de trai, pe de alta parte, se constituie în principalele surse generatoare de concurenta, în rândul furnizorilor de bunuri si servicii.

Cresterea, continua, a complexitatii nivelului tehnic de desfasurare a proceselor componente, din cadrul relatiilor economice internationale, este, de fapt, un proces, coordonat managerial, la nivelul producatorilor de bunuri si servicii, în dublu scop:

-adaptarea, într-o cât mai mare masura, a ofertelor, la cererea, din ce în ce mai complexa, a consumatorilor;

-activarea si multiplicarea valentelor functiei de creator de piata, în aceasta directie obtinându-se si o modelare a comportamentelor consumatorilor.

Introducerea, în plan national, regional sau international, a unor facilitati menite sa diminueze efectele de bariera, din calea derularii tranzactiilor internationale, are ca principal scop crearea unor destinatii suplimentare pentru acumularile mari de capital din zonele ce au avut o dezvoltare mai rapida, stimulând, în acest mod, cresterea economica si obtinând, ca principal efect, pe termen lung, diminuarea decalajelor de dezvoltare economica, între zone, cu perspective de echilibrare a standardelor economice si a nivelului de trai.

Cresterea nivelului de trai are un efect direct asupra modificarii comportamentelor consumatorilor. La acest nivel, comportamentele consumatorilor ating nivele de dezechilibru – situatie ce se impune a fi speculata de producatorii de bunuri si servicii si preluata spre modelare în sensul utilizarii, ca pe un instrument, în directia crearii pietelor si a segmentelor de piata.

Calitatea de instrument, a cresterii nivelului de trai, asociata comportamentului de consum si economisire (comportamentul de economisire fiind, în cea mai mare parte a cazurilor, chiar daca este vorba de termen lung, destinat tot investitiilor si deci consumului, fie acesta si productiv) este, de fapt, sursa principala a cresterii si diversificarii cererii.

Prin politici la nivel macro si microeconomic se pot modela atât procesele si mai ales facilitatile economice, la cele doua niveluri si se poate interveni si asupra ghidarii

comportamentelor de consum si economisire, astfel încât complexitatea ofertei sa își gaseasca un cat mai bun corespondent în complexitatea cererii, diminuându-se, astfel, într-o cât mai mare masura, componentele de risc, asociate celor trei niveluri implicate, respectiv diminuându-se, într-o cât mai mare masura, atât furnizarea de oferte necorespunzatoare cererii cât si lansarea de cereri fara posibilitatea de acoperire prin oferte.

În acest mod, cele trei elemente, respectiv: cererea, oferta si facilitatile, pot fi considerate ca fiind instrumente posibil de gestionat în directia obtinerii si a mentinerii cresterii si echilibrului macroeconomic.

Într-o prima etapa, a organizarii elementelor si elaborarii prezentului studiu, se pune urmatoarea întrebare: care este relatia reciproca de conditionare între cele trei elemente, având ca obiectiv prioritar obtinerea si mentinerea cresterii si a echilibrului macroeconomic?

2.OBIECTIVELE STUDIULUI

Pentru a determina, în mod logic, obiectivele studiului, ca pe o necesitate de coordonare a derularii lucrarii catre rezolvarea ecuatiei de mai sus, integrata, ca domeniu si finalitate a cercetarii, în tematica din titlul capitolului, se poate pleca de la identificarea relatiilor de cauzalitate administrativa si de conditionare, în sensul oportunitatii si anume:

-cererea este rezultatul direct al comportamentului consumatorului care activeaza într-o piata jalonata de politicile macroeconomice si de cele la nivel microeconomic;

-oferta este rezultatul direct al comportamentului producatorilor care activeaza într-o piata jalonata de politicile macroeconomice si de cele la nivel microeconomic;

-politicile macroeconomice, având, ca date de intrare, perspectivele evolutive ale cererii si ale ofertei, alege obiective, pe baza carora dezvolta si implementeaza un ansamblu de normative, instrumente, arhitectura institutionala si strategii, pornind de la obiective legate de atingerea unor tinte, de obicei cuantificate prin valori ale indicatorilor macroeconomici.

Având în vedere titlul capitolului si legaturile cauzale mentionate, obiectivul studiului este acela de analizare a comportamentului consumatorului care activeaza într-o piata coordonata din doua perspective: evolutia ofertei si complexitatea politicilor macroeconomice.

3.COMPETITIVITATEA

Competitia, pe piata, este un fenomen, în general aflat în crestere, mai ales în situatia pietelor emergente.

Din punctul de vedere al categoriei economice, competitia este, în faza primara, un fenomen, iar ulterior devine un proces.

Competitia, ca fenomen, este impulsionata de politicile macroeconomice de stimulare a consumului, ceea ce atrage, dupa sine, o crestere a productiei; cu alte cuvinte, categoria de fenomen economic a competitiei este regasita în tendinta fireasca de raspuns al companiilor furnizoare la cresterea cererii, acesta fiind singurul obiectiv al respectivelor companii. La finalul acestei etape,

fiecare dintre companiile competitora își va asuma, ca principal obiectiv strategic, cresterea cotei de piata. În acest moment, dupa cum piata este limitata, apare ideea de politici concurentiale, având, ca principal obiectiv, extinderea pietei firmei, ceea ce da nastere cresterii gradului de concurenta pe piata.

Începând cu aceasta etapa, cresterea consumului este într-o masura din ce în ce mai mica un rezultat al politicilor macroeconomice si într-o masura din ce în ce mai mare un rezultat al politicilor microeconomice, cei doi factori continuând sa influenteze, împreuna, acest proces.

În aceste conditii, cresterea nivelului competitional, pe piata, determina, la nivel microeconomic, o serie de politici de rezistenta la cresterea concurentei, ceea ce se traduce, la nivelul obiectivelor, în intentia firmelor de a-si creste cota de piata, la limita fiind starea de mentinere a cotei de piata, ceea ce presupune o adaptare continua a ofertei la cerere, în general

fiind vorba de un up-grading, la nivel cantitativ, calitativ si al atractivitatii preturilor si a facilitatilor de vânzare.

Principalul rezultat, al unor astfel de politici, este cresterea si diversificarea consumului, bazata pe cresterea si diversificarea cererii.

Cel mai reprezentativ model macroeconomic, având posibilitatea de redare a unor efecte decurgând din derularea procesului de crestere a rezistentei firmelor la efectele concurenței este modelul echilibrului economic al lui Fischer si anume:

$$M * V = P * T \quad (1)$$

în care:

M = masa monetara în circulatie;

V = viteza de rotatie a banilor în economie;

P = nivelul preturilor;

T = nivelul productiei.

Pentru un sistem economic stabil, echilibrat si cu tendinte de dezvoltare, asa cum este cazul, general, al Statelor Membre, este valabila conditie:

$$V = ct. \quad (2)$$

ceea ce se poate scrie si în urmatorul mod:

M

$$----- = ct. \quad (3)$$

P * T

Daca, în cadrul acestei ecuatii, punem conditia de stabilitate a preturilor, specifica economiilor sustenabile, respectiv:

$$P = ct. \quad (4)$$

ajungem la urmatoarea concluzie:

M

$$----- = ct. \quad (5)$$

T

Cu privire la acest aspect, având în vedere ca, la scara macroeconomica, nivelul productiei evolueaza fara un control din partea producatorilor, obiectivul fiind atât de raspuns la cerere cât si de impulsione a cresterii cererii si tendinta fireasca a nivelului productiei fiind de crestere, singura posibilitate de control, cu sensul de monitorizare si asigurare a unei reactii de atenuare a oricaror jocuri macroeconomice, este din partea bancii centrale si anume prin masuri de politica monetara, legate de masa monetara în circulatie, cu obiectivul pastrarii conditiei (5).

În acest fel s-a reusit demonstrarea unei dintre problemele esentiale ale temei capitolului si anume aceea ca segmentarea pietei, respectiv cresterea si diversificarea cererii, impulsioneaza producatorii catre o creare si diversificare corespunzatoare a productiei.

4.SEGMENTAREA PIETEI

Conceptual, segmentarea pietei reprezinta separarea, pe diverse criterii, a cererii, în functie de varietatea ofertei.

Se pune problema care este procesul/fenomenul si respectiv mecanismul segmentarii pietei.

În primul rând, în vederea înscrierii segmentarii pietei într-o categorie economica, se impun a fi facute urmatoarele remarci:

a. segmentarea pietei este impulsioneata de crearea de piata, dezvoltata de furnizorii de produse si servicii, pe baza categoriilor de consumatori, departajate pe baza urmatoarelor criterii:

-puterea de cumparare;

-comportament;

b.puterea de cumparare a consumatorilor este fundamentata pe baza urmatoarelor aspecte:

-politicile macroeconomice de stimulare a productiei, consumului, competitiei pe piata, sociale, salariale, fiscale;

-politicile microeconomice de resurse umane;
 -politicile si strategiile personale de investitii si economisire, bazate pe complexitatea serviciilor financiar-bancare, dezvoltate de companiile de profil;
 c.comportamentul consumatorilor este influentat de urmatoarele aspecte:

- puterea de cumparare;
- nivel educational, cultural, social si informational;
- complexitatea si diversitatea ofertei producatorilor de bunuri si servicii.

În consecinta, despre segmentarea pietei se pot spune urmatoarele:

-segmentarea pietei este un fenomen, rezultat din actiunile politicilor macroeconomice si microeconomice, cu incidenta asupra cererii, ofertei, puterii de cumparare si resurselor umane, în sensul ca este influentat, într-o masura definitorie, de aceste procese, subiectii segmentarii pietei fiind consumatorii de produse si servicii, iar factorul motor al existentei si dezvoltarii fenomenului de segmentare a pietei este procesul de alegere din partea consumatorilor, rezultat, la rândul sau, din procesul continuu de creare de piata, dezvoltat la nivelul producatorilor;

-segmentarea pietei, ca fenomen deja existent, nu influenteaza comportamentul producatorilor ci este influentata de comportamentul producatorilor;

-comportamentul producatorilor este influentat de posibilitatea predictibila a segmentarii pietei;

-ca proces, controlat, totusi, din perspectiva producatorilor, problema se pune în urmatorul mod: comportamentul producatorilor, în materie de creare de piata, influenteaza procesul de segmentare primara a pietei, în perspectiva impulsionalii segmentarii, în continuare, a pietei, rezultând o crestere si o diversificare a cererii.

Cresterea puterii de cumparare a populatiei reprezinta, de fapt, cresterea potentialului de plasament personal într-o activitate economica, principalele variante, în ordine logica, fiind urmatoarele:

-achizitionarea de bunuri necesare traiului;

-atragerea de produse si servicii financiar-bancare specifice activitatilor de economisire si investitii;

-achizitionarea de bunuri de lux.

La orice moment al dezvoltarii economico-sociale, la nivelul unui stat, coexista toate cele trei variante de fructificare a puterii de cumparare.

Având în vedere cazul general al noilor state membre U.E. si cazul particular al României, care se afla la un nivel majoritar scazut al puterii de cumparare a populatiei, se poate afirma ca la fiecare dintre variantele de implicare ale fondurilor populatiei participa urmatoarele procente de populatie:

-achizitionarea de bunuri necesare traiului.....100%;

-atragerea de produse si servicii financiar-bancare specifice activitatilor de economisire si investitii.....40%;

-achizitionarea de bunuri de lux.....25%.

În acest caz si din acest punct de vedere, se poate vorbi de urmatoarele tipuri de comportament la nivelul producatorilor:

-pentru domeniul bunurilor si al serviciilor non-financiare, producatorii își vor îndrepta atentia atât în directia satisfacerii, din punct de vedere cantitativ, a cererii, cât si a satisfacerii cererii, din punct de vedere calitativ si anume pe segmente de piata;

-pentru domeniul financiar-bancar, structura ofertei va trebui sa aiba în vedere structura cererii de astfel de servicii, retail-banking-ul îndreptându-se, cu precadere, catre servicii de finantare a achizitionarii de bunuri necesare traiului, cresterea cererii de produse si servicii pentru economii si investitii fiind în corespondenta cu cresterea puterii de cumparare si a disponibilitatii clientelei pentru utilizarea de astfel de produse si servicii;

-în ceea ce priveste productia de bunuri de lux, aceasta va ramâne, cel puțin pentru termen

mediu, apanajul unui segment restrâns de consumatori, care, la nivel de comportament, sunt implicați și în cele trei variante de utilizare a fondurilor personale, menționate mai sus.

Având în vedere cazul României și în general cazul tuturor Statelor Membre, cu precădere ideea fiind îndreptată în direcția celor mai noi 12 state membre, obiectivul final al integrării europene este „creșterea nivelului de trai și armonizarea nivelelor de dezvoltare, în cadrul Comunității”, ceea ce va conduce la creșterea, treptată, a puterii de cumpărare a populației și implicit la creșterea disponibilității pentru economisire și investiții.

5. COMPORTAMENTUL PRODUCATORILOR DECURGÂND DIN POSIBILITĂȚI DE FINANȚARE

Referitor la finanțarea programelor de dezvoltare ale companiilor, la nivel european, la acest moment, este în curs de implementare Acordul Basel II.

Printre principalele direcții de acțiune, Basel II introduce o nouă abordare la nivelul considerării relațiilor de creditare a întreprinderilor mici și mijlocii: până la introducerea acestui concept, întreprinderile mici și mijlocii erau considerate mai riscante, la acordarea creditelor, decât companiile mari; Acordul Basel II introduce un nou concept în abordarea și evaluarea riscurilor aferente întreprinderilor mici și mijlocii - concept conform căruia băncile pot acorda credite și acestui segment de piață fără ca evaluarea și măsurarea riscurilor să fie făcută diferențiat față de companiile mari, principalul obiectiv, al acestui mod de abordare, fiind menținerea unui echilibru pe piața unică și anume vizând crearea unor condiții de egalitate în direcția accesului la finanțare, între întreprinderile mici și mijlocii și companiile mari. Modul de interpretare, al acestui aspect, este următorul: activitățile întreprinderilor mici și mijlocii sunt, în continuare, mai riscante decât activitățile marilor companii, numai că, urmare a introducerii Acordului, normele de adecvare a capitalului, la acordarea de credite, recomandă aceeași procedură de constituire, atât în cazul companiilor mari cât și în cazul întreprinderilor mici și mijlocii – cu alte cuvinte, în ceea ce privește supravegherea bancară, băncile comerciale nu mai sunt tratate, în mod distinct, la acordarea creditelor către cele două tipuri de companii. Din punctul de vedere al societăților bancare, clasificarea creditatilor, în funcție de risc, rămâne, din punct de vedere practic, aceeași, respectiv companiile mari sunt apreciate ca a fi mai puțin riscante decât companiile mici și mijlocii; aprecierea ca aceste două tipuri de companii au același nivel al riscului, raportat la creditare, este numai scriptică, respectiv numai pentru scopuri de supraveghere bancară și adecvare a capitalului. Cu alte cuvinte, creditarea companiilor mici, în aceleași condiții cu aceea a companiilor mari, rămâne la latitudinea societăților bancare și se referă, în mod strict, la decizia de acordare sau nu a creditelor către segmentul de piață de creditati, constituit de companii mici și mijlocii. La acest nivel de punere a problemei, extinderea pieței creditelor bancare și către segmentele de piață constituite din companii mici și mijlocii este o problemă de comportament bancar și în general băncile, în scopul creșterii cotei de piață, vor aborda și aceste segmente ale pieței, pentru acest obiectiv crescând, în mod corespunzător și

complexitatea portofoliilor de produse și servicii bancare de creditare, respectiv atragere de fonduri.

Pentru a prefigura comportamentul producătorilor - întreprinderi mici și mijlocii, referitor la problema creditării bancare, analiza se impune a fi începută de la explicarea evaluării și implicațiilor riscurilor, la nivelul preturilor creditelor; capitalul adecvat, corespunzător acordării de credite, este o funcție de următorii indicatori principali:

$$CA = f[S, A(PD), B(LGD), \dots, R, N] \quad (6)$$

unde:

CA = capitalul adecvat corespunzător creditului;

S = suma creditului;

A = coeficient decurgând din calcul de rating;

PD = posibilitatea ca debitorul să nu își poată îndeplini obligațiile din contractul de creditare;

B = coeficient decurgând din calcul de rating;
 LGD = pierderi neacoperite;
 R = coeficient de corespondenta dintre credit si risc;
 N = cuantumul capitalului adecvat din norma în vigoare.

Intentia bancilor si a societatilor de creditare de a-si creste cota de piata si de a mari complexitatea portofoliilor de produse si servicii bancare este, totusi, limitata de expunerea la riscuri maxim acceptabile – limita pâna la care este valabila abordarea aproximativ aceeași a creditorilor, indiferent marimea companiei. Începând cu acest nivel în sus, preturile creditelor vor fi corespunzator mai mari. Vizate sunt, în primul rând, întreprinderile mici si mijlocii, care vor cauta sa se înscrie în normele medii de acceptare, de catre institutiile creditoare, ca solicitanti de credite.

În mod similar cu creditarea (derulata conform aplicarii Directivei 2006/48/EC) se desfasoara si fenomenul investitional, din partea companiilor de investitii, în activele firmelor (conform Directivei 2006/49/EC).

În acest context, au loc, pe piata, urmatoarele fenomene competitionale:

a. competitia societatilor financiar-bancare pentru:

-cresterea cotelor pe pietele creditelor si investitiilor;
 -atragerea de fonduri;

b. competitia solicitantilor de credite si investitii pentru:

-facilitati de pret si conditii contractuale;
 -atragerea de fonduri, avându-se, totusi, în vedere faptul ca dezvoltarea activitatilor economice devanseaza, într-o prima etapa, cresterea fondurilor disponibile.

Revenind la formula echilibrului economic, a lui Fischer, avem:

$$M * V = P * T \quad (7)$$

cu conditia:

$$V_{ct} \quad (8)$$

adică:

$$P * T$$

$$----- = ct. \quad (9)$$

M

Comportamentul producatorilor va fi, în permanenta, îndreptat în directia crearii pietei, a cresterii productiei si a cresterii solicitarii de fonduri necesare dezvoltarii activitatii, ceea ce va obliga administratorii politicilor monetare sa accepte o inflatie mica, sa creasca masa monetara în circulatie în mod corespunzator cu cresterea productiei si sa stimuleze cresterea cererii, în corespondenta cu pastrarea echilibrului.

În acest moment, principalele preocupari ale producatorilor – întreprinderi mici si mijlocii, vor fi urmatoarele:

-crearea pietei prin promovarea politicilor de: produs, mediatizare, concurentiale;
 -crearea unui sistem de lucru intern pentru înscrierea în conditiile minime de atragere a fondurilor necesare dezvoltarii, principalul aspect decurgând din aceasta directie de actiune fiind acela al cresterii gradului de disciplina pe piata.

6.CONCLUZII

În ceea ce priveste situatia celor mai noi state membre, pe termen scurt si mediu, la nivelul producatorilor de bunuri si servicii este putin probabil sa se petreaca schimbari majore fata de comportamentul producatorilor descris mai sus.

Pe termen lung, însa, cresterea, treptata, a nivelului de trai, împreuna cu o crestere semnificativa a puterii de cumparare si implicit a disponibilitatii pentru investitii, sustinuta si de completarea substantiala a nivelului cultural si de informatie, va conduce la continuarea procesului de comportament al consumatorilor, conform comportamentelor mentionate ale producatorilor,

aceasta derulare de evenimente fiind dublata de implementarea, la nivelul strategiei financiare personale, a urmatoarei scheme: apelarea la produse si servicii financiar-bancare, specifice activitatilor de economisire si investitii, respectiv aducatoare de profit, din care se va completa participarea la diverse variante de utilizare a fondurilor personale pentru achizitionarea de bunuri si servicii necesare traiului. Aceasta va conduce la o crestere suplimentara a puterii de cumparare, politicilor macroeconomice si celor microeconomice adaugându-se si politica personala de economisire si investitii, ceea ce va conduce la o crestere si diversificare a cererii de produse si servicii necesare traiului, impulsionând cresterea nivelului productiei si determinând, în mod corespunzator, interventia bancii centrale pe piata monetara. La un astfel de nivel de dezvoltare a fenomenului investitional, disponibilitatea populatiei pentru economisire si investitii (îndeosebi fiind vorba de investitiile financiare) va conduce la cresterea posibilitatii societatilor financiar bancare pentru plasamente în domeniul economic si în special pentru sustinerea productiei, conform

urmatorului model:

$$CE = CA + CP \quad (10)$$

în care:

CE = capitalul economic;

CA = capitalul adecvat;

CP = capitalul pentru plasamente.

Crescând capitalul economic al societatilor financiar-bancare, ca urmare a cresterii disponibilitatii populatiei pentru economisire si investitii, va creste, în mod corespunzator si capitalul pentru plasamente, respectiv disponibilitatea de impulsinare de dezvoltarii productiei.

Revenind la forma simplificata (5) a ecuatiei lui Fischer se constata o disponibilitate suplimentara pentru sustinerea si impulsinarea productiei, ceea ce va fi foarte eficace utilizat de mediul microeconomic pentru implementarea de noi strategii în directia impulsinarii cresterii si a diversificarii cererii. Având în vedere acest nivel de dezvoltare, s-a ajuns la demonstrarea si a unui alt raspuns, aferent potentialelor întrebări, decurgând din tematica studiului si anume factorul motor principal, al dezvoltarii economice, este actorul pietei care actioneaza pe fundamentul unor facilitate create de politicile macroeconomice.

De fapt, pe piata actioneaza urmatoarele tipuri de actori:

-consumatorii, emitenti ai cererii;

-producatorii de bunuri si servicii, emitenti ai ofertei;

-administratorii sistemului macroeconomic, gestionari ai echilibrului si ai pregatirii mediului facilitatilor pentru evidentiarea tendintelor.

În cadrul complex al prezentei pe piata, producatorii de bunuri si servicii, ca principal factor motor al evolutiei, vor avea un comportament îndreptat în urmatoarele directii:

-evaluarea perspectivelor de evolutie la nivel macroeconomic si microeconomic;

-elaborarea, într-o prima viziune, a strategiilor;

-încercarea de colaborare cu administratorii sistemului economic în vederea construirii, împreuna, a unui fundament pentru evolutia viitoare;

-crearea pietei;

-actualizarea strategiilor;

-implementarea strategiilor;

-reluarea procesului.

Cu alte cuvinte, producatorii vor încerca sa fructifice la maximum facilitatile oferite de mediul economic, vor încerca, de asemenea, sa contribuie la crearea de noi facilitati si sa raspunda cât mai fidel cererii, create prin comportamentul consumatorilor directionat de strategiile producatorilor.

Un posibil model de baza al comportamentului producatorilor, ar putea pleca de la prezentarea formulei de constituire a profitului net:

$$PN = V - C - I \quad (11)$$

unde:

PN = profitul net;

V = venitul;

C = cheltuielile;

I = impozitele.

De fapt, obiectivul fundamental, al activitatii microeconomice, caruia îi sunt subordonate toate celelalte obiective, este maximizarea profitului net. Primul pas, în direcția realizării acestui obiectiv, este maximizarea venitului, ceea ce este realizabil prin extinderea prezentei pe piață, principalele două tipuri de strategii, utilizate în direcția maximizării venitului, fiind: strategiile de dezvoltare și strategiile concurențiale.

În legătură cu termenii „cheltuieli” și „impozite”, politicile microeconomice vor urmări, întotdeauna, devansarea ritmului de creștere al cheltuielilor, respectiv impozitelor de către ritmul de creștere al veniturilor.

Ca o concluzie finală, comportamentul producătorilor va fi direcționat către maximizarea profitului net și va urmări, întotdeauna, identificarea de soluții pentru realizarea acestui obiectiv, luând în considerare toate efectele decurgând din complexitatea conjuncturii mediului de acțiune.

Bibliografie

1. Angelescu, C., Socol, C., Politici economice, Editura Economica, Bucuresti, 2005
2. Angelescu, C. (coordonator), Optiuni strategice de dezvoltare a economiei românești, Editura A.S.E., Bucuresti, 2004
3. Angelescu, C., Stănescu, I., Politica de creștere economică, Editura Economica, Bucuresti, 2004
4. Barbulescu C. Pentru creșterea competitivității întreprinderilor românești pe piața Uniunii Europene, Editura Economica, 2005
5. Bonciu, F., Dinu, M. Politici și instrumente de atragere a investițiilor străine directe, Editura Albatros, Bucuresti, 2003
6. Brezeanu P., Simon I., Celea S. Fiscalitate europeană, Editura Economica, 2005
7. Constantinescu, N.N.(acad.), Învățăminte ale tranziției în România, Editura Economica, Bucuresti, 1997
8. Dunning, J.H., Re-evaluating the benefits of foreign direct investments, Transnational Corporations, vol.3, no.1, February 1994
9. Manea, J., Pearce, R., Industrial restructuring în economii în tranziție și TNCs' investment motivations, Transnational Corporations vol.13, no.2, 2004
10. Mazilu, A., Transnationalele și competitivitatea. O perspectivă est-europeană, Editura Economica, Bucuresti, 1999
11. Munteanu, C., Atragerea investițiilor străine prin promovare direcționată, Revista «Microeconomie aplicată», nr.4(12)/1999
12. Munteanu, C., Horobet, A., Finanțe Transnationale, Editura All Beck, 2003
13. Nicolescu O., Chirovici E. O., Dumitrache B., coord., Isaic Maniu A., Isaic Maniu I., Nicolescu C., Anghel F. Carta albă a IMM-urilor din România 2006, Editura Olimp, 2006
14. Nicolescu O., Chirovici E. O., Dumitrache B., coord., Isaic Maniu A., Isaic Maniu I., Nicolescu C., Anghel F. Carta albă a IMM-urilor din România 2007, Editura Olimp, 2007
15. Popa A. F., Popa N., Radu G., Iordan B. C., Codul Fiscal în contextul integrării europene – ghid practic pentru înțelegere și aplicare, Editura Contraplus, 2007
16. Pournarakis, M., Varsakelis, N. Institutions, internalization and FDI: the case of economies în tranziție, Transnational Corporations vol.13, no.2, 2004
17. * * * An investment climate for European Union Membership, The Foreign Investors

Council Bucharest, may 2002

18. * * * Consulting Document for a Community Support Programme for Entrepreneurship and Enterprise Competitiveness (2006-2010)

19. * * * Creating and Entrepreneurial Europe, COM (2003), 26, Commission of the European Communities, Brussels, 2003

20. * * * Directiva 48/2006/EC

21. * * * Directiva 49/2006/EC

22. Entrepreneurship in Europe, Green paper, COM(2003), 27 final, Commission of the European Communities, Brussels, 2003

23. * * * Examining the impact of Basel II on the supply of credits to SME' s – Tresor Economics No. 13, April 2007

24. * * * Global Competitive Index - Report 2006, World Economic Forum, New York

25. * * * In Everybody's Interest, în Euroabstracts, nr.1,2004

26. * * * Legea Societ_ilor Comerciale 2005-2007 – text comparat, Editura Con-Fisc, 2006

27. * * * Thinking Small in an Enlarging Europe, COM (2003), 26 final, Commission of the European Communities, Brussels, 2003, pag.6

28. * * * World Investment Report 2003: FDI Policies for Development: National and International Perspectives, UNCTAD, New York and Geneva

29. * * * World Investment Report 2006: FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development, UNCTAD,

New York and Geneva

30. * * * www.animmc.ro

31. * * * www.banisiafaceri.ro

32. * * * www.bloombiz.ro

33. * * * www.cisco.ro

34. * * * www.cnipmmr.ro

35. * * * ww.infonews.ro

36. * * * www.immromania.ro

37. * * * www.presatv.ro

38. * * * www.postuniversitar.ro

GLOBAL EXPECTATIONS OF OUTSOURCING TRENDS

Radu Marcel JOIA*

Abstract

In time of economic crisis, companies that provide outsourcing services can help companies crossing financially difficult times, in order to provide safe passage over these uncertain times and to be better positioned to compete in future. Globalization has led to a continuous growth of this sector, outsourcing helping SMEs to become globally competitive. Outsourcing not only provides benefits to his users, being a dynamic sector, full of linguistic, cultural, even geographical challenges. These barriers can often affect the outsourced business efficiency.

In BPO (Business Process Outsourcing), changes occur from one year to another. The dynamics of outsourcing is evidenced by the continuous emergence of new suppliers of such services. There are many countries that are struggling to develop this sector. So far, India has proved to be the nation that dominates the industry.

Currently, in Romania, there are several multinational companies that are engaged in the business outsourcing site, respectively offshoring, opening its branches in our country. Thus, among these companies we can call: Genpact Romania, an Indian company, Accenture, American company, WNS, new entrant in the BPO, of German origins.

Key words: *Outsourcings, offshoring, efficiency, minimize costs, global competition, multi-sourcing, semi-sourcing.*

Introduction

Many times, the terms of outsourcing and offshoring are mixed; it is mandatory to explain that between these two economic terms there are some technical differences. Outsourcing is a process in which a company hires experts and specialized people to meet certain tasks. This is used when a company wants to minimize costs, to obtain a better productivity or to improve client services. Keeping a great connection with the outsourced services provider will help more to improve the client services.

In offshoring a company has the possibility to outsource its activity outside the country or anywhere else in the world. The Business Process Outsourcing is attractive thanks to the benefits that it provides, as low costs benefits and combining work with the space time in which this business is conducted.

In the last years, it shows a significant increase of offshoring contracts, which suppose the outsourcing of the production and other activities by third parties from outside the country; this third parties are companies from developing nations, in which the average labor costs is low.

The globalization has been a very important factor in developing the BPO (Business Process Outsourcing), but also in increasing the number of offshoring projects in entire world. The SMEs very often chose to outsource their production processes in order to become globally competitive, by reducing the costs. There are a lot of hidden costs, which suppose the relocation or the outsourcing of a process, costs that are generated by linguistically, culturally and even geographically barriers that sometimes can be an obstacle to successful project execution¹.

This paper objective is to evidence the outsourcing global evolution, to help better understand the main purpose of this sector. This objective is accomplished by BPO opportunities and threats, explained in following lines of the paper. Also through this study we tried to explain

* Assistant Ph.D., "Nicolae Titulescu" University, Bucharest, (radu.joia@univnt.ro)

¹ *International Trade and Investment – Foreign Direct Investment and Collaborative Strategies in Trade and Investment Policy. The Globalization of the World Economy*, Edited by Thomas Brewer, 1999.

the outsourcing trends for 2009 and to develop new trends to watch in 2010, having important sources of information.

1. Outsourced services sector – general aspects

Duke University Offshoring Research Network², one of the greatest authorities in analyzing and researching the offshoring trends, with PricewaterhouseCoopers, made a global study in which the two institutions explained that all the providers of outsourced services believe that during 2010 this sector will grow very quickly.

“Getting Serious about Offshoring in a Struggling Economy”³ is a research in which there are evidenced the trends of this type of sector, highlighting that 2010 will be a year of growth and development of outsourcing business. It also mentions, according to the fifth report of offshoring trends, published in collaboration with The Conference Board that the number of American companies that have a strategy of offshoring / outsourcing has doubled since 2005 to 2008 and that very few of them have had as main objective reinvesting in the creation of new offices in the United States of America.

The economic downturn of 2009 was one factor that influenced the company's strategy of outsourcing. This led to the adoption of new strategic reasons, such as reducing costs and improving efficiency. These two are the most important strategic reasons, but they can be achieved only if they are followed by access to skilled professionals.

The research made by Duke University Offshoring Research Network also highlights that the Business Process Outsourcing changes from year to year. Every year, new suppliers come into this sector, and companies are making considerable efforts to expand into new markets. If by 2008, outsourcing companies from North America and India were dominant in the BPO⁴ industry, now things have a slight change, because there are new exponents of Latin America, Eastern Europe and Asia that are invading this sector. The new exponents penetrate new areas of activity as contact centers, as business process outsourcing and IT outsourcing.

Last year, more than 60% of the companies from this industry have developed aggressive plans to expand its current activities. The study, now in its fifth year, examines all aspects of outsourcing - including operating mechanisms, risks, location and delivery models, performance results and future plans - for a wide range of companies and industries, particularly from U.S., including financial services, manufacturing, software companies, and technical / professional services.

Companies that have implemented an aggressive strategy, most often recorded significant positive results in terms of minimizing costs, achieving high performance indicators, improving relationships with suppliers, etc.

It was found that from all outsourcing projects, initiated in 2007, most were related to product and software development. What would be the key elements that would lead to obtain favorable results in this sector? According to the studies conducted by Duke University Offshoring Research Network, it seems that for being successful, companies must centralize attention to risk management, estimating hidden costs, but also on anticipation of saving resources.

² *The Offshoring Research Network* (ORN) project on offshoring of technical and administrative work was launched in 2004 at Duke University Center for International Business Education and Research (CIBER), The Fuqua School of Business. Since its launch, ORN has become one of the world's most respected authorities on research and analysis of offshoring trends. Offshoring refers to the process of sourcing any business functions supporting domestic and global operations abroad, in particular from lower-cost emerging economies (Manning et al., 2008).

³ Article written by Arie Y. Lewin, Professor of Strategy and International Business, Duke University The Fuqua School of Business. Director Center for International Business Education and Research (CIBER). Lead Principal Investigator, International Offshoring Research Network (ORN) Project.

⁴ Business Process Outsourcing

According to the study, a large part of outsourcing services providers is expected to obtain new contracts for system development and provision of other IT services in the next 18 to 36 months. Moreover, the study shows that the number of providers wishing to offer financial services and accounting, human resources and service innovation (R & D) has doubled over the previous year. In total, 62% of suppliers said they intend to expand their service offerings⁵.

As can be seen, outsourcing industry has become a global race for market share. This is determined by the competition within the industry, competition which is in a continuous growing. One of the countries that have a true success in outsourcing is undoubtedly India. India's global success has been a model for many developing countries, countries with an educated population, but with an employment rate decreased. We cannot say that other countries tried to emulate the Indian model, but it was a guideline that determined the development of this type of industry in other countries.

India will not be dethroned anytime soon from the position of leader in this sector, any effort other countries make in attracting foreign investment through such outsourcing services. There are emerging economies that are looking to expand in this area of activity, economies that are making considerable efforts to achieve it. Thus, we can mention the efforts of Chinese Government, which has designated 20 cities as centers of outsourcing services in an effort to attract foreign investment and also another example is the Tagalog government who declared outsourcing industry a priority. However, only 16% of Indian outsourcing service providers considers the competition from other emerging economies as a threat.

Regarding Romania, it can be said that this is a real potential⁶ for this area. Slower economic growth in developed countries is one factor that puts pressure on the large companies, because they want to reduce costs. These pressures lead companies to wish to identify areas to reduce these costs, such as salary, for example. Thus, the cost of salary in Romania can generate new opportunities for local suppliers of outsourcing services.

We should not ignore the fact that there is a global competition for attracting investments, and to this end, governments and local authorities give incentives, fiscal or other to the providers of outsourcing services. Thus, Romania will have to offer incentives, at least at a level similar to other countries in Central and Eastern Europe to increase their market share in this industry.

2. Outsourcing – advantages and disadvantages

In the United States, using outsourcing practices is not new, but on the contrary a fairly widespread. In the following, we attempt to make a presentation of the advantages and disadvantages of outsourcing, giving the example of financial accounting sector, one of the processes most often outsourced. What really stimulated the development of this sector was the adoption of Sarbanes-Oxley law, in 2002, which prohibited the payment of fee-based firms accounting experts in the exercise of tax consultancy services. At that time, the latter was acquired by a variety of independent companies that were not covered by this law.

Most times, accounting services, IT and call center are most often outsourced.

But what are the benefits of such business. What make it so attractive to adopt outsourcing as a business strategy, are the **benefits** listed below:

- *Reducing costs for providing services*⁷

Most companies that want to outsource certain departments, such as accounting, for example, come from low need of employees. Thus, the company that outsources only a particular

⁵ Arie Y. Lewin, Silvia Massini, Nidhida Perm-Ajchariyawong, Derek Sappenfield, Jeff Walker, *Getting Serious About Offshoring in a Struggling Economy*, PricewaterhouseCoopers LLP, 2008.

⁶ Joia, R., Andrei, M., *Competing in the global economy: the innovation and knowledge management challenge*, International Conference „Provocări într-o societate a cunoașterii”, București, Aprilie 2007.

⁷ Arie Y. Lewin, Silvia Massini, Nidhida Perm-Ajchariyawong, Derek Sappenfield, Jeff Walker, *Getting Serious About Offshoring in a Struggling Economy*, PricewaterhouseCoopers LLP, 2008.

department is no longer responsible for its human resources; those responsibilities are transferred to the company that provides outsourcing services. The provider is forced to compose a team of well trained people, able to take over all responsibilities and duties so that the production of the company that outsources its services is not affected at all. This is a beneficial method of cost reductions for the companies that outsource their own services because very often outsourcing firms have their branches in developing countries where the labor is very cheap. Of course, both companies are advantages, on the one hand the company that outsources its services because the cost of outsourcing is one less than the cost of salaries for their own employees and on the other outsourcing company, which has increased turnover.

- *Specialized solutions*

Most times, outsourced service provider staff is composed by specialists, dedicated professional in a specialized field that the company has no experts. These experts by studying deep the processes of the company that outsources its own business can provide solutions to improve production processes and increase efficiency. In addition, outsourcing companies have advanced technologies and software packages that are exclusives and can bring immediate improvements to old systems. This surplus and these improvements are called in the BPO (Business Process Outsourcing), Six Sigma.

- *Focus on priority business functions*

Focus on priority business functions is a great advantage of outsourcing. If we take the example of outsourcing accounting process we can say that the advantage of this action may be the release qualified labor from certain transactions (for example, primary accounts), repetitive work that is not the best use of skilled personnel. This will certainly help to increase efficiency and productivity. Repetitive accounting operations are handled by the outsourcing services provider and one part of the qualified staff of the company that outsources its own processes can be focused on functions and brings valuable profits, causing the largest proportion of success of a company (production, marketing, budget planning, etc...).

- *Provide temporary relief*

Regarding also the accounting activities in the periods in which certain financial activities are used intensively, outsourced service providers can meet the requests for substitution of personnel with appropriate solutions and specialized computer systems. Often, this strategy avoids the additional costs for training new employees and the risk of overwhelm their employees, thus avoiding the risk that they go in the future from the company.

Business process outsourcing can also provide some challenges, often seen as **disadvantages**. The most important identified threats are:

- *Privacy data issues*

Outsourced service providers must provide guarantees regarding the confidentiality of data and information about their customers. To prevent unwanted persons access to information strictly confidential, outsourcing companies develop specialized software, computer filters to secure customer data. Indian outsourcing companies have implemented the so-called "integrity strategy" in which all employees are trained to maintain confidentiality. There are also some controllership strategies, which are designed to monitor the current activity of each employee, thus combating the spread of intelligence. What if the provider discovers some irregularities in the company's business process? If this event will happen, there are some clauses in the negotiated contract between the two parts?

- *The outsourced service provider relationship with the contractor company's customers*

When the transition takes place from the company that outsources its services to the outsourced service provider, the team of specialists provided by the supplier takes part in a

continuous training process, accompanied also by practices that show the work with the company's customers. The problem arises when the provider has access to a customer data base with confidential information on them. An impediment may be also the inability of the provider staff to have a professional collaboration with the customers of the company that outsources her processes. In addition, the company's customers are they comfortable with the idea that some of their data are in possession of the outsourced service providers?

- *Additional costs*⁸

If we take as an example, the outsourcing of financial accounting process, we can say that in this situation may appear additional costs of digitization of accounting documents. The technical details of implementation of outsourcing can be a great hindrance and more, the cost of digital conversion (large scanner, software) may exceed that of the outsourcing service itself and can determine the review decision to contract with third firm. When there is a desire to outsource a process whatever nature, both companies are making feasibility studies, studies that done by the transition managers, those who are studying the process of Client Company and identify those components of the process that can be taken by the provided team. Indian outsourcing firms sell not only outsourced services, but also a commitment to improve current processes through Six Sigma.

3. Outsourcing trends in 2009

- *The "Outsourcing Life" is hip*⁹

There are a lot of people that are realizing that they can get their work done by someone else. If we make a study on the statistics published by US Small Business Administration in 2009, we can see that 56% of the US small businesses have fewer than 5 employees. If your business is one with no employees or a very small number of employees, you may find yourself over-stretched for time, and in need of outsourcing in both your personal and professional life. In this time of economic crisis there are more and more enterprises that are trying to reduce the costs, so more businesses will opt for contracting relationships and hire no new employees.

For reducing the costs a lot of small businesses are looking and studying on what can be outsourced. So if a company wants to take the decision of outsourcing some activities there is very important to study what the company through her employees can do, to identify which are those parts from the business that can be outsourced and also to be preparing to train the outsourced partner.

- *Trust your outsourced services provider*

When a company is decided to outsource some activities from the business or the entire business, the trust in the provider is very important. Trusting people you never meet face to face is gaining acceptance. There are some media that are helping companies to reach out and establish relationships. The main purpose of this media is to reach out with the outsourcing partner. Years ago, SME's may never have thought to outsource to someone outside the city or the region, but this sector had such an evolution that now it is commonplace to find providers and independent contractors across the world.

A decade ago you may never have thought of outsourcing to someone outside of your local city or region. Now it is commonplace to find vendors and independent contractors across the country or even across the world.

⁸ Michael McDermott, *Multinational: Foreign Divestment and Disclosum*, McGraw-Hill Book Company, London, 1989.

⁹ Stephanie Overby, *Outsourcing: How to Create a Transformation Roadmap*, July 23, 2009, (http://www.cio.com/article/497955/Outsourcing_How_to_Create_a_Transformation_Roadmap)

- *New ways to price services*

Nowadays, there are two types of payment methods; these are “Fixed Prices” and “Time and Materials”. “Fixed Prices” is the situation in which the vendor takes much of the risk. “Time and Materials” give the vendor flexibility in defining scope but is expensive and asks the buyer to micro-manage. The best situation is the combination of the two methods. This will determine a high productivity.

- *Location versus Communication*

The real estate business and the business process outsourcing there are two different processes. If in the real estate business the key element is “location”, in outsourcing the key element is “communication”. Operational structures that clearly define responsibilities and establishing ways of communicating play an ever more important role in successful outsourcing. Small businesses are realizing the importance of such rigor in defining operational structures. For instance, you might establish a regular review schedule to effectively manage a project and stay on top of progress. This is preferred over putting a project out for hire and then going weeks without any status update. This trend is a very useful one, because a company can have a lot of benefits. For example, when a project is outsourced is very important to establish a routine of daily or weekly status review calls based on project size.

- *Jigsaw Puzzle Outsourcing*

It is very important that when the decision of outsourcing a project is taken, that the company and the service provider to build the skills needed to successfully execute geographically distributed projects. As we said in outsourcing there are a lot of barriers, as culturally, linguistically and geographically. If other factors like location, cultural affinity, time difference etc. are concerning the contractor company, it is very important to share them with the outsourcing partner. Small businesses prefer to work with people who are specialized in this activity, irrespective of where they are located. This trend shows that the provider has to be able to break a company processes into different components, and also to be able to create specialists for each component. This will create a very high result and productivity level.

- *Pushing the frontiers of complexity*

It shows that nowadays very critical and complex services, as legal services, management accounting and employment training are most often outsourced globally. In outsourcing there are used the web interfaces. This trend requires providers, to become skilled and efficient in handling greater complexity. If a company wants to outsource some services but it doesn't know which of it owns services to outsource, there is very important to analyze the specialized services that are the most expensive in that business; these areas will have to be considered outsourcing.

- *Offshore or Home shore?*

Before taking the outsourcing decision it is very important to analyze the variety of factors. Tasks that require presence in the same time zone and a cultural awareness are being Home shored. Tasks that are not time sensitive or heavily influenced by culture are being offshore. The company has to evaluate if it outsourcing partners can train themselves on some of the cultural aspects if they belong to a different geography. It is important to offshore only those tasks that are well defined. For tasks that need an input several times a day, it will be better to choose a provider who can work in your own time zone.

- *End to end process*

All the contractors companies will appreciate the outsource service providers who support then through the project execution process. Small businesses are increasingly realizing that

bringing clarity to tasks, defining milestones and timelines, tracking progress play a pivotal role in project success. We can observe the emergence of more agencies and firms that place outsourced talent and handle all the overhead for the client. These services are increasingly sought and valued by small businesses. All the customers value most the service that a provider manages to outsource.

4.10 Outsourcing trends for 2010

The 2009 was a year of intense ups and downs, especially in the IT outsourcing industry. The economists specialized in outsourcing services consider that the IT outsourcing industry is expected to rebound very little in 2010. There are more than 75% of outsource services providers that had in 2009 growth in their deal. There will be a rebound but not a real robust revival. We have to say that the global crisis hasn't avoided this sector. There are outsourcing consultancy companies that predict that the suppliers will see resurgence in demand for IT and business process outsourcing services in 2009, growth rates are unlikely to return to pre-2008 levels.

Both suppliers and outsourcing customers predict that 2010 will be a year of growth in this sector. In the following lines there are presented 10 trends to look out for as the IT services industry and business find its feet in the new normal of the post-recession.

The 10 trends presented in the table are eligible only for the IT outsourcing industry.

Table 1: The 10 outsourcing trends for 2010¹⁰

	TREND	Presentation of the trend
1.	Transformers 2	Through this trend the outsourcing services has the obligation for having a continuous growth to revolutionize the IT services. But revolutionizing the IT outsourcing services is very expensive and difficult. We think that the new transformation will be represented by optimization, because the contractors companies will want to get standardized and optimized delivery models.
2.	If at First You Don't Succeed, Renegotiate	During 2009 there have been a very high number of renegotiated contracts. There a lot of voices those believe that this number will seriously increase in 2010.
3.	Multi-Sourcing Malaise	Multi-sourcing is an great idea, a great strategy, but only in theory, because it based on working with the best in class – IT services providers – and also keeping costs in check, thanks to the competition. In reality this option brought disaster for some companies but also success for others.
4.	Captive More? No	While certain companies will continue to set up fully-owned IT delivery centers abroad, look for more <u>captive center divestitures</u> in the new year and a "marginally lower" number of new captives being set up.
5.	The Urge to Merge	For 2010, there are predicted a lot of consolidations of outsourcing companies. This consolidation will most likely involve two and three providers, as they struggle to compete with the breadth and depth that their tier one competitors can offer. Most consolidation in 2010 will focus on acquisitions of "adjacent and complementary capabilities across functions, verticals and geographies," as opposed to mergers only to increase scale.

¹⁰ Source: Stephanie Overby, *10 Outsourcing Trends to Watch in 2010*, December 17, 2009, (http://www.cio.com/article/511237/10_Outsourcing_Trends_to_Watch_in_2010).

6.	Offshoring to...America?	With the continued decline in value of the dollar and sluggish employment, there would be expect to see more U.S.-based sourcing solutions evaluated by private and public sector clients across the globe.
7.	The Mega-Death of Mega-Deals	In 2010, we will see many contracts focused on core processes with shorter and less expensive transition periods and reduced return on investment timescales, because increased near-term cost pressures will drive a continued decline in mega-deals in 2010.
8.	The Public Interest	In 2010, the budgets of the outsourcing companies are tight, but demands for new technologies are strong, so the winners in this competition will be offering innovative financing and strong risk insurance.
9.	The (Slow) Return of the Discretionary Spend	Providers of outsourced services will develop innovative contract and pricing structures to win customers as the market rebounds in 2010. The pace of this change will be dictated entirely by the improvement in the global business environment.
10.	Semi-Sourcing	Conform to this trend modularity is the name of the key success. Suppliers desire to offer buyers more and more plug-and-play services coupled with pay-as-you-go pricing. We have observed a continuing move toward a more scalable and virtual infrastructure for many services, and more aggressive efforts to take advantage of outsourcing's ability to scale up or down with the size of the business.

Conclusions

Nowadays the outsourcing represents a solution taken by a lot of companies for getting better results in their economical activity. The development of this sector has been determined by a lot of factors, as globalization, which influenced the growing of outsourcing contracts.

The global crisis affected also the business process outsourcing sector too. This determined a lot of outsourcing providers to adopt new strategies, based on reduction of costs, improving the company efficiency and searching specialized personnel.

The BPO sector is in a continuous development, we can see year by year that the number of the outsourced services providers is growing. At the beginning the companies that got their revenues from outsourcing was very low, now we can see a great evolution. First the suppliers from North America and India were the leaders in this business. The global crisis has determined the desire of SME's to outsource their processes to, thanks to the benefits that this sector offers. If at the beginning only big companies had as strategy the outsourcing of their own processes to others national or foreign suppliers, now also SME's have this wish, in order to reduce their costs and to grow their productivity. As we can see the demand of this type of services is very high, element that determines the even bigger growth of this sector.

As we presented in this paper, the advantages of this business are really important, because we cannot overlook that through BPO we can reduce costs, we can get specialized solutions for our owns businesses, we can focus on the priorities of the business. Of course without taking a risk, you never win, so BPO has also some disadvantages. Those are privacy data issues, additional costs that can be generated and also the communication between the two partners.

2009 was a year marked by the global crisis, with ups and downs for the majority of the companies, doesn't matter their main activity purpose. Taking an overview on all the BPO suppliers we found some outsourcing trends, which help us to understand better how successful this business is. So as a conclusion we can say that the communication with the business partner, the location, the focus on the most critical components of the business are those which help a supplier to deliver standardized and optimized services, in two words Six Sigma. Everything

depends on the negotiation of the contract between the two partners, negotiation that will be presented in another study.

References

1. Dermott, Michael: *Multinationals: Foreign Divestment and Disclosure*, London, McGraw-Hill Book Company, 1989.
2. Dunning, John H.: *Globalization and the New Geography of Foreign Direct Investment*, published in *The Political Economy of Globalization*, edited by Ngaire Woods, MacMillan Press, 2000.
3. Dunning, John H.; Narula Rajneesh: *The investment development path revisited in Foreign Direct Investment and Technological Change*, vol. II, Edited by John Cantwell, United Kingdom, 1999.
4. *International Trade and Investment – Foreign Direct Investment and Collaborative Strategies in Trade and Investment Policy. The Globalization of the World Economy*, Edited by Thomas Brewer, 1999.
5. Joia, R.; Andrei, M., *Competing in the global economy: the innovation and knowledge management challenge*, International Conference „Provocări într-o societate a cunoașterii”, București, Aprilie 2007.
6. Lewin, Y. A.; Massini, S.; Perm-Ajcharyawong N.; Sappenfield D.; Walker Jeff, *Getting Serious About Offshoring in a Struggling Economy*, PricewaterhouseCoopers LLP, 2008.
7. Overby, S., *10 Outsourcing Trends to Watch in 2010*, December 17, 2009, http://www.cio.com/article/511237/10_Outourcing_Trends_to_Watch_in_2010
8. Overby, S., *Outsourcing: How to Create a Transformation Roadmap*, July 23, 2009, http://www.cio.com/article/497955/Outsourcing_How_to_Create_a_Transformation_Roadmap

CREATIVITY, INNOVATION AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN KNOWLEDGE - BASED SOCIETY

Vladimir-Codrin IONESCU*
Viorel CORNESCU**

Abstract

Creativity and innovation represent fundamental coordinates of knowledge-based society. One of the strategic objectives of the European Union is the awareness concerning the importance of creativity and innovation, considered as key-competences for personal, social and economic development. In this context, the paper proposes a correlative analysis of “creativity - innovation - sustainable development” trinomial, and also presents action directions for stimulating creative - innovating processes, as vectors of sustainable development and consolidating knowledge - based society.

Key words: *creativity, innovation, sustainable development, knowledge - based society.*

1. Introduction

Today, a new type of society is shaping globally, a society based on knowledge, where the production, accumulation and dissemination of knowledge by its members become vectors of sustainable development on an economic, technical, social, cultural level.

In this type of society, knowledge, as results of the knowledge processes, represent the main source of national, organizational and individual competitive advantage. Increasing complexity of activity, computerization of society and the accelerated pace of technical change and technology require new skills, resulted in the accumulation of knowledge that are acquired by members of society through a continuous process of learning. Therefore, within the knowledge-based society, human resources are constantly involved in learning processes at both institutional level (schools, high schools, colleges, universities, academies, etc.), as well as at organizational level (in private, non- profit and public organizations).

Knowledge-based society requires a sustainable development in all spheres of human activity, by exploiting at a higher level the knowledge capital, as the main component of the intellectual capital of a nation.

In our view, creativity and innovation are key coordinates of the knowledge-based society. The innovative potential of a nation is determined by the creative ability of its members and the design and implementation of strategies and policies to support the generation, testing and application of new ideas, namely their transformation into tangible goods (products and services) and intangible goods (knowledge).

In a series of studies and representative researches published in literature, the concept of knowledge-based society or knowledge society is used. Thus, the famous American professor Peter F. Drucker observed that “The knowledge society will inevitably become far more competitive than any society we have yet known for the simple reason that with knowledge being universally accessible there are no excuses for non-performance. There will be no poor countries. There will only be ignorant countries.. The same principle will apply to companies, industries and organizations of any kind. In fact, it will apply equally to persons too.”

* Associate Professor, PhD, University of Bucharest, Faculty of Business and Administration, Romania, e-mail: vladimir-codrin.ionescu@drept.unibuc.ro

** Professor, PhD, “Nicolae Titulescu” University and University of Bucharest, Faculty of Business and Administration, Romania, e-mail: viorel.cornescu@drept.unibuc.ro

Academician Mihai Draganescu believes that the knowledge society, as a new stage of the information era, namely the information society, provides an unprecedented dissemination of knowledge to all citizens through new means using mainly the Internet, the electronic book and methods of learning by using electronic processes (e-learning). The knowledge society seeks to extend and deepen the scientific knowledge and knowledge of the truth about existence, this being the only way that will ensure a sustainable ecological society. However, this type of society will be a new stage in culture, based on cultural knowledge, which is involving all forms of knowledge, including artistic, literary knowledge, etc. [1].

Within The World Science Forum* held in Budapest in November 2009, it is considered that the knowledge based society is a society founded on innovation and continuous training of its members, which is supported by a large community of researchers, academics, engineers, gathered together in a network of universities, research centres and innovative companies, providing high technology products and services that use and exploit the information [2].

2. Creativity and innovation in the European context

Creativity is the ability to see a challenge or problem in a new light and thus to find solutions that previously were not obvious. Creative people make a habit of thinking in a more open and flexible manner, they anticipate and also seek to invent things and new ways of thinking. Radical creativity can change the world. It can be as practical as the creativity applied to everyday issues, but it has long-term effects and does not give up when facing the most unreasonable and utopian hopes [3].

Creativity brings together an integrated package of objective and subjective factors that lead to achieving by individuals or groups of an original and valuable product (as a result of a process). [4].

Together with creativity, innovation has a key role in increasing the competitiveness of organizations and, implicitly, in the development of the economic, social and cultural life of a nation. In the context of the new society and, respectively, of the new economy that emerges, the role and significance of the scientific and technological knowledge for the economic activities has changed radically, more persistent and credible being the opinions that are supporting the need to redefine, in theory, the very concept of innovation and to place it into a systemic, more complex than traditional pattern that is fit to the contemporary realities, and on a practical level to make changes within the innovation policy in line with the new requirements [5].

The EU developed countries have adopted strategies and policies to stimulate innovation, to ensure the transition to new economic, social and institutional structures that are specific to the knowledge-based society.

An eloquent proof of the concerns expressed by the European Union in the sphere of creativity and innovation is the designation by the European Commission of the year 2009 as “The European Year of Creativity and Innovation”.

The campaign initiated by the European Commission, named “Imagine. Create. Innovate.” aimed mainly to promote some creative and innovative approaches in different sectors of human activity, as well as to make people aware about the importance of creativity and innovation to develop personally, socially and economically. A key factor for the future economic growth is the full development of the innovation and creativity potential of European citizens, which is based on the European culture and scientific excellence [6].

Thus, during 2009 there were conferences, events and exhibitions that have highlighted the important role held by creativity and innovation in personal, social and economic development. Also, there were conducted a series of projects designed to raise awareness about the need to find creative solutions to the challenges faced by the contemporary society.

In this respect, the EU launched a long-term strategy to promote a knowledge society based on learning throughout life to ensure sustainable prosperity and welfare of citizens.

Creative thinking represents the key to success in a global economy, a fact acknowledged long ago by the European Union. Innovation is integrant part of the European Commission interest regarding the climate changes, as well as of the plan to revive the European economy.

The world today is based on rapid innovation. As we move to a knowledge-based economy, the European Union needs to develop its creative potential through a greater openness and receptivity to change. Commissioner for Education, Training and Culture and Youth, Ján Figel, believed that teachers have the important and, at the same time, difficult mission to create and maintain a balance between traditional education and the need to encourage the development of some skills, such as the initiative spirit.

Projects undertaken by the European Commission within the campaign conducted during 2009 have aimed at the following major directions [7]:

- cooperation between state members in areas such as education, culture, enterprise and employment;
- creating better links between art, business, schools and universities;
- raising awareness among youth about entrepreneurship;
- the development of innovative behaviours in public and private organizations.

The Regional Policy Commissioner Danuta Hübner said that “based on a fierce competition and important global challenges, innovative practices and creative solutions represent a springboard to economic growth and prosperity of our countries and regions. Skills, ideas, processes, they all combine to help us gain a competitive advantage. Europe should not react to the crisis by cutting back on its investment in skills and innovation. We must have the confidence to rely on the quality of our ideas and our human capacity to adapt.”

Creativity can be considered the ultimate source of innovation, transforming creative ideas into products and services. Creativity and innovation can lead to sustainable economies without respect for cultural diversity, which is itself a source of creativity and innovation [8].

A number of prominent personalities - teachers, architects, scientists, general directors of large companies, art people - appointed ambassadors of the “European Year of Creativity and Innovation” have supported projects and works within six debates held in Brussels on the following thematic axes:

- Creativity and innovation and the knowledge economy;
- Education for creativity and innovation;
- Creativity and innovation in the public sector;
- Creativity and innovation and sustainable development;
- Cultural diversity as basis for creativity and innovation;
- Creative arts and industries.

Campaign results conducted by the European Commission in 2009 were summarized in the “Manifesto for creativity and innovation in Europe”, which includes seven priority directions of action and represents a support for substantiating the community strategy for creativity and innovation for the period 2010-2020.

Therefore, the European Union supports through active policies the creative innovative processes, as shown by the cohesion policy strategies and programmes for the programming period 2007-2013, in which creativity and innovation are seen as sources of sustainable development. Thus, over 86 billion, representing 25% of the total structural funds were allocated for Innovation Agenda, which includes research and innovation, exploitation of ICT (Information and Communication Technologies), measures for entrepreneurship and innovation at work.

3. Sustainable development in knowledge-based society

The concept of sustainable development brings together all forms and methods of socio-economic development, whose background is primarily to ensure a balance between the socio-economic systems and the elements of natural capital. Therefore, the main objective of the sustainable development is to identify an area of interaction between the economic, social, environmental and technology system within a dynamic and flexible working process.

The best known definition of the sustainable development is proposed by the World Commission on Environment and Development (WCED) in the “Our Common Future” report, also known as the Brundtland Report [9]. According to the WCED report, the sustainable development “is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.”

Currently, global debates related to sustainable development emphasizes three major issues, namely [10]:

- The fear that on the scale the economic activity takes place and its impact on the global ecosystem may be irreversible, having a potential disaster;
- The complexity of terrestrial ecosystems and increasing difficulties which one must face, regarding the environmental issues;
- Disparities of income and, especially between rich and poor nations, regarding the pressure on the environment.

In essence, sustainable development is defined by the following coordinates [11]: the permanent compatibility of the man-made environment with the natural environment; equal opportunities for the generations that coexist and are succeeding in time and space; perceiving the present from the future angle, by introducing as a purpose of the sustainable development of ecological security, instead of maximizing profit; moving the centre of gravity in ensuring the general welfare from the quantity and intensity of economic growth, to its quality; the organic integration of ecological capital with the human capital.

Knowledge based society can provide, through its technological and functional vectors, a human development in terms of creating and maintaining a balance between the economic, social and environmental dimension. These vectors are tools that transform information into knowledge, respectively the information society into a knowledge-based society. Knowledge-based society and, hence, the sustainable development, require a convergent action of these technological and functional vectors.

The most representative technological vectors of the knowledge-based society are the following [1]:

- Internet;
- electronic book (e-book);
- intelligent agents (artificial intelligence expert systems);
- intelligent environment (ambient intelligence);
- nanoelectronics and nanotechnology.

The functional vectors of the knowledge-based society include:

- Knowledge management for economic, non-profit and public organizations;
- biological, genomics knowledge, (the genome knowledge and the functions that determine the structure of genes);
- the social and individual health care system;
- environmental protection through a specific knowledge management;
- deepen knowledge about existence;
- production of technological knowledge through innovation;
- creating a culture of knowledge and innovation;
- Developing an education system based on methods of information society (e-learning).

Therefore, knowledge based society, the innovative and creative processes, namely the production of ideas and their transformation them into competitive products and services, are crucial, and the intangible resources become more important than the tangible ones.

5. Developing knowledge-based society through creativity and innovation - lines of action

In our opinion, the development of knowledge-based society, through creativity and innovation, requires several lines of action at communitarian and national level, among which we are mentioning the following:

- Substantiate and implement effective strategies and policies to support the small and medium enterprise sector;
- Operational policies and programs to develop human resources;
- Organization of several national and international grants and research and development projects;
- Creation and development of partnerships between universities, research institutes and private companies;
- Development programs for entrepreneur-management development, focusing on creativity and innovation.

The small and medium enterprises must be supported by appropriate policies and strategies because they constitute a key sector of the sustainable economic development, an important factor for absorbing the available labour force or laid off and also a flexible vector in adapting production of goods and services at the volume and demand structure manifested on the market.

Also, these organizations have a high innovative potential in relation to technical, technological and managerial. Linked and integrated within the social environment, the small and medium enterprises permanently create and innovate a variety of products and services, they are closer to the market and allow further adjustment through quantity, but mostly through qualitative differentiation of these quantities.

Paul Almeida [12], a professor at Georgetown University, believes that “The small and medium enterprises play a unique, active and critical role in the process of innovation through their ability of inventing in a new technological space and to improvement of information web of high level technology.” This assertion is supported by empirical research in progressive industries, the period under review being of 10 years (1994-2004). Specialists say that social networks, formal and informal, are vital to the process of innovation in the small and medium enterprises. The small firms’ creativity constitutes the fuel of the entrepreneurial spirit and of the sustainable economic growth.

Another priority line of action is regarding the human resources development, whose innovative and creative potential is inexhaustible. Human resources produce, accumulate, transfer and disseminate knowledge, which is the main source of competitive advantage in today's society. State members adopted operational programs that set the priority axes and the major areas of intervention in human resources, with the main purpose of implementing the financial assistance of the European Union through the European Social Fund within the Convergence Objective for the period 2007-2013.

We consider it necessary to substantiate and make operational of new human resources programs to mainly aim at promoting access to education and quality training, promoting entrepreneurial culture, increase participation in training programs, support organizations and employees to increase adaptability to new challenges specific to the knowledge-based society, etc.

It should also be developed the entrepreneurial dimension of university and postgraduate education, specifically to train skills focused on the entrepreneurial spirit, mainly on the individual's capacity to identify and exploit the potential business opportunities. Emphasizing the

entrepreneurial dimension of the license and Masters programs is imperative, given the fact that, on average, over two thirds of the employed population is working in small and medium enterprises.

Competitions for grants and research and development projects are, in our opinion, one of the most effective ways of enhancing the creative and innovative potential of a nation. Thus, the results obtained in the research activity carried out under grants and national and international projects contribute to the development of knowledge-based society through: increasing technological competence and promoting knowledge and technology transfer; creating new products, processes and clean technologies; the scientific substantiation and the development of technologies for the preserving, reconstruction and strengthening of the biological and ecological diversity; development of medical therapies and more efficient public health; promoting sustainable agriculture and increase food security; biotechnology development with impact on quality of life; development of new materials, products and processes with high added value; solving the main social problems; reducing social inequalities and regional disparities.

Concluding partnerships between universities, research institutes and private companies also represents an important vector of development of knowledge-based society, by encouraging creativity and innovation. In partnership, universities, research institutions and innovative companies are more likely to win grants and projects and thus to obtain funding from national and international forums. Also, these partnerships create the opportunity of doing some studies and interdisciplinary researches, with the participation, for example, of universities and institutes with technical, economic, medical profile. Involving private companies in these projects transmit studies and research from the beginning a strong practical dimension.

Disseminating the results of the scientific research activity, moreover stipulated in the grants and projects program, is done by organizing conferences and symposia, by publishing scientific bulletins, studies and articles in journals with high impact factor etc.

Knowledge transfer, which is essential in the current context, is achieved through scholarships, internships, doctoral post doctoral scholarships obtained by students, master and doctoral students, doctors, scientists, researchers, members of collective or research centres, etc.

Entrepreneurial-management development programs, focusing on creativity and innovation, have a major importance in the contemporary period. By participating in these programs, entrepreneurs and managers will know that the organizations they lead can become more competitive by an addition of creativity and innovation. In the context of the new society based on knowledge, they must act in a few main directions, such as: creating an organizational climate conducive to creativity and innovation, encouraging creative employees to implement their own ideas, supporting human resources participate in training programs and in conferences, fairs and thematic exhibitions, promoting employees whose knowledge and skills are valuable sources of competitive advantage for organizations, using methods and techniques to stimulate innovative creative processes within the organization.

5. Conclusions

Knowledge-based society requires a sustainable development in all spheres of human activity, by exploiting at a higher level the capital of knowledge, as the main component of the intellectual capital of a nation. In this type of society, knowledge is the main source of national, organizational and individual competitive advantage.

The World Scientific Forum held in Budapest in 2009, observed that knowledge-based society is a society based on innovation and continuous training of its members, backed by a large community of specialists joined together in a network of universities, research centres and innovative companies.

The year 2009 was designated by the European Commission as "European Year of Creativity and Innovation". The campaign initiated by the European Commission, named "Imagine. Create.

Innovate.” aimed mainly to promote some creative and innovative approaches in different sectors of human activity, as well as to make people aware about the importance of creativity and innovation to develop personally, socially and economically. A key factor for the future economic growth is the full development of the innovation and creativity potential of European citizens, which is based on the European culture and scientific excellence.

Campaign results conducted by the European Commission in 2009 were summarized in the “Manifesto for creativity and innovation in Europe”, which includes seven priority directions of action and represents a support for substantiating the community strategy for creativity and innovation for the period 2010-2020. The European Union supports through active policies the creative innovative processes, as shown by the cohesion policy strategies and programmes for the programming period 2007-2013, in which creativity and innovation are seen as sources of sustainable development.

Knowledge-based society can provide, through its technological and functional vectors, human development in terms of creating and maintaining a balance between the economic, social and environmental dimensions. Most representative technological vectors of the knowledge-based society are: the Internet, e-Book, expert systems with artificial intelligence, intelligent environment, nanoelectronics and nanotechnology. The functional vectors include: Knowledge management for economic, non-profit and public organizations, biological, genomics knowledge, the social and individual health care system, environmental protection through a specific knowledge management, deepen knowledge about existence; production of technological knowledge through innovation, creating a culture of knowledge and innovation, developing an education system based on methods of information society.

The development of the knowledge-based society, through creativity and innovation, requires several lines of action on the communitarian and national level, structured around the following major coordinates: the substantiation and implementation of some effective strategies and policies to support small and medium enterprise sector, operational policies and human resources development programs, the organization of several national and international grants and research and development projects, creating and developing partnerships between universities, research institutes and private companies; organizing some entrepreneurship and management programs focused on creativity and innovation.

6. References

1. Draganescu, M., *Societatea informatională și cunoașterii. Vectorii societății cunoașterii*, in Filip, F., Gh.(coord.), *Societatea informatională - Societatea cunoașterii. Concepte, soluții și strategii pentru România*, Academia Română, București, 2002.
2. World Science Forum, *Knowledge and Future*, Budapest, 5-7 November 2009.
3. Weston, A., *Creativitate în gândirea critică*, Editura ALL, București, 2008.
4. Bucurean, M., *Management și creativitate în micile afaceri*, Editura Tribuna Economică, București, 2001.
5. Iancu, A., *Cunoaștere și Inovare. O abordare economică*, Editura Academiei Române, București, 2006.
6. Council of the European Union, *Presidency Conclusions*, Brussels European Council, 13-14 March 2008.
7. European Commission, *Creativity and Innovation - Driving Competitiveness in the Regions*, Inforegio Panorama No. 29, Brussels, 2009.
8. European Commission, *Regions For Economic Change - Networking for Results*, Annual Conference, Brussels, 16-17 February 2009.
9. World Commission on Environment and Development, *Our Common Future. Brundtland Report*, Oxford University Press, 1987.

10. Suciu, M-Ch., Suciu, N. *Dezvoltarea sustenabila - problema cheie a secolului XXI* Buletinul AGIR nr. 1, Bucuresti, 2007.

11. Popescu, C., Ciucur, D., Popescu, I., *Tranzitia la economia umana*, Editura Economica, Bucuresti, 1996.

12. Almeida, P., *Small Firms and Innovation*, Entrepreneurship in the 21st Century. Conference Proceedings, U.S. Small Business Administration, Office of Advocacy and The Ewing Marion Kauffman Foundation, SUA, 2004.

A NEW PARADIGM IN ECONOMICS

Ion BUCUR*

Abstract

The debut of the new millennium is marked by the increased economic and social imbalances. An important task of economic science is to identify the causes and factors that contributed to the radical transformation of the unfolding conditions of economic activity. The existence of different perspectives to approach the new realities may offer greater opportunities for decrypting the conditions that generated so far unknown developments, as well as for shaping solutions to promote new paths of progress and civilization. The defining with profound implications on the economy and society is represented by the globalization. From this perspective, we have analysed the new dimensions of capital accumulation and economic growth in the context of deregulation and liberalization of the international capital movements. In this context, we have noticed the increasing influence of the financial markets on the economy, the tendency to remove the finances from the real economy requirements, the growing role of external financing using more volatile capital goods, increased competition regarding the access to financing, the significant increase of power of the international capital markets whose characteristic is represented by the increased instability, the implications of the investors' obsession with an excessive profitableness of their own funds and the expansion of using sophisticated financial products. Realities of today's financial markets, which are the subject of numerous studies and analysis, have contributed to the association of the arguments that are contesting the thesis on the virtues of self-regulation markets and promoting a new paradigm, within which finances should subordinate the requirements of a balanced and sustained economic growth.

Key words: *financial deregulation, financial innovation, standard economy, efficient markets hypothesis, neoclassic model.*

Context of Change

At the beginning of the third millennium, the neo-liberal ideology is highly contested, and proposals are made of giving up to the *unique thinking* and of using scientific methods in order to reflect reality. The main reproaches refer to the myth of pure and perfect market transparency, dominating ideas of the economists of neo-classical formation. More and more specialists considered that the entire theoretical apparatus had been created on false presumptions. Thus, markets are not perfect simply by deeming the state intervention as inefficient. Also, at the core of the de-regulation philosophy lays the self-regulation virtue. Nonetheless, self-regulation faces systemic risks.

By exacerbating the individualist ideology during the last three decays, the obsession for individual wealth and success to the damage of the common welfare, as well as the excesses of an *amoral* liberalism, concerned with the privatization of profits and socialization of losses, have called for the acknowledgement of the new paradigm, of an alternative that is more adapted to the current demands of mankind. Without speaking of an *ideological void* or of a *thinking blockage*, the concerns for recycling ill-fated, simplistic or simplifying ideas are increasingly manifested. In the same time, the analyses are noticed made in order to asses the current stage and the future of the capitalism.

Most researches are grounded on the width of the changes that have occurred during the past decays, the depth of which exceed the mainly technological mutations, invoked by the theoreticians of the *new economy*. The beginning of this millennium is characterized by the progressive occurrence of a new form of capitalism, marked by the domination of finances and knowledge. The new phase, financial capitalism, provides priority to the global market and the

* University Professor, PhD, University of Bucharest, ion.bucur@drept.unibuc.ro

financial profitability logic (L. Batsch, 2002, p. 5). This new regime is marked by economic and financial turbulences, which are the consequence of internal contradictions, mainly the capitalism's inability of self-regulation. Significantly different from the capitalism of the *30 years of glory*, the new phase troubles the social relations and introduces new forms of inequality.

Other debates refer to the legitimacy of dividing the wealth created by the capitalist societies, whereas the world economy faces a genuine deadlock. The conclusion of such analyses is that in the current phase in creating welfare the short-term and financial vision are dominating (Artus, Virard, 2007, p.6).

Under such circumstances, the obsession for short term profitability has ill-fated consequences over the economic and social system. The short term logic of high profitability implies the scarification of the future. In such an interpretation, the existence of capitalism without a project creates the risk of self-destruction. The fact that the current system is in danger is mainly a matter of its own excesses.

The current debates introduce some theses and ideas of questionable scientific nature. Thus, by invoking the tendency of the public power of withdrawing from the multi-polar society, in which the increasing role of the non-ethatic players is asserted, the politics lack of power is claimed and its tendency of disappearing from the Western democracies. Under such vision, the ideologies have become superannuated, leaving room for pragmatism. Re-discussing the role of public power in the Western world is supported by the width and deepness of the mutations that are specific to the global society. To declare the post-political nature of the 21st century is not equal to the disappearance of the politics. In this new framework, where the power positions have dissipated, the politics has lost significant portions of its prestige and influence, following the boost of globalization and disintegration of budgetary movement margins.

More than ever, the size of the effects of the economic and financial crises and the creation of the conditions for economic re-launch call for the identification of new regulation forms, founded on freedom and responsibility, and not for the failures of the market economy to be exacerbated or for the *state bankruptcy* to be proclaimed (M. Laine, 2009, p. 19).

The understanding the post-politics as an essential mutation should be grounded on ascertaining obvious realities. On one hand, the model of market economy, grounded on exchange, freedom and responsibility, generates many positive externalities, which justify its being contested. On the other hand, the crisis of the welfare state, to which the transfer of a part of national suzerainty towards supra-state institutions enhances the weakness and relative recoil of the politics compared to other powers.

The predictions regarding the future of capitalism are various. A trenchant opinion is that of those claiming that we will not face the end of history, but the dawns of a new history. Although it has succeeded in providing a tremendous progress and to impose its individualist representation and behavior model, capitalism has also become inefficient in allocating resources, and has been eroded by its own contradictions. It faces a long-lasting planetary environmental crisis, as well as a profound economic and financial crisis. Throughout the past decays, the inequalities have amplified, the economy has become highly criminalized, the finances have become increasingly independent from material production and so on, imposing the need for giving up to capitalism, however not to market economy, with the environmental emergency and social justice placed at the very core of the political project. In the opinion of some, capitalism reached its peak and is about to end (H. Kempf, 2009, p.12).

The Economy and Economics Crisis

The profound economic and financial transformations have been accompanied by the occurrence of devastating crisis that have manifested alarmingly regulated between 1970 and 2007.

Nowadays, more than ever, the financial system and its institutions have changed profoundly (Kaufman, 2009, pp. 86-88). A new financial world has been built, in which financial markets

continue to be highly volatile. All forces having generated the growth of such markets' anxiety remain operational: financial deregulation, the tendency to a financial globalization, innovation and securitization revolution, saving institutionalization etc. The innovative nature of the financial markets, in which the increased use of derivatives has proved to be a real elixir, has not always led to a direction that would ensure a more stable economy. The wide promotion of a genuine financial alchemy has represented the beginning of a new era in finance. Financial intermediation seems to become more important than the activities in the real economy.

The multitude of challenges faced by the society and economy have contributed to the amplification of theoretical debates regarding the understanding of quantitative and qualitative transformations, as well as the identification of new capitalism horizons. The reflections over the mutations caused by the current economic and financial crisis have emphasized on one hand the tendency of discharging the capitalist economic system of any responsibility for generating the crisis; on the other hand, it becomes increasingly important to admit certain structural inconsistencies in the functioning of the capitalism following the beginning of its neo-liberal phase. Therefore, the global capitalism is facing a severe structural crisis, whereas the capitalist system seems to have come to an end when it comes to its limits (Harribey, Plihon, 2009, p.72).

The current developments in the economic and financial area reflect to a significant extent the opinions of the dominating schools of thinking. The confrontation between liberal prophecies and the current realities call for previous theses and ideas to be reconsidered, for false assertions to be eliminated and for the standard economy paradigm to be reassessed. In this context, the thesis regarding markets efficacy and the virtues of international risk diversification should be revised, the crisis cyclic nature theory should be renewed, the monetary theory which mechanically connects inflation with monetary offer should be reconsidered, a *laissez-faire* alternative should be identified, much more adapted to the current needs of the economy, etc. Different interpretations exist of the causes, manifestation modalities and remedies suggested for the phenomena that generate economic instability. The source of theoretical disputes lays in the existence of inconsistent beliefs in respect with the functioning of the society and economy. Such a priori beliefs of the economists play an important role and, along with the undertaken ideology, can represent sources of delirious theories.

In order to emphasize the role of economic ideas in triggering the current crisis, the natural tendency of the neoclassic theory should be mentioned of building models based on absurd ideas (Guerrien, 2007, p.155).

In the second half of the 20th century, a new generation of economists appeared, who were referred to as *neoclassic*. Their undertaking was deemed as the only scientific measure, as it systematically called for mathematical formalization.

The modern economic science, with its faith in the virtues of the free market, promised general prosperity and thus managed to gather numerous supporters. Moreover, in the conditions of the New Economy, some rushed into proclaiming the end of the business cycle, considering that the era of severe recessions was long gone.

However, the realities have proven that fluctuations have not been removed from the economy. The Great Recession broke such illusions and imposed the need for reconsidering the free market doctrines that had dominated the past decays and had represented the inspiration source for inadequate economic policies. Such policies were supported by political and economic "forces" and proved an insufficient understanding over the modern macro-economy fundamentals.

The Failure of the Neoclassical Model

Credit crunches, associated with the boom of the financial markets tend to become a feature of the capitalist economy. The common perception is that their frequency has intensified, which has determined an increase in the concerns for decrypting the causes generating the financial instability to boost.

It is becoming increasingly obvious that the financial system does not work according to the orthodox economic theory principles based on the efficient financial market hypothesis. According to the laissez-faire school logics, the markets tend to an optimal price level, ensuring the most efficient resources allocation and configuring a stable equilibrium situation. For the adepts of the efficient markets theory, markets naturally reach an optimal equilibrium and therefore it is necessary for any form of interference with the market mechanisms to be minimized, eliminated even. The conclusion is that only external shocks can divert markets from their natural optimal state. As an additional argument in supporting such theory, we refer to Samuelson's opinion according to which what is adequate for the goods market is also proper for the production factors' markets. It is however, at least risky to consider that all markets are inherently stable.

Accentuated financial instability urgently calls for alternative theories on the functioning of financial markets, which would provide adequate explanations on their irregular behavior. This refers to the financial instability hypothesis drawn up by the American economist Hyman P. Minsky, who rejected the idea of efficient markets. He argued that financial markets could generate their own internal forces that would include credit expansion and an increase in the price of assets, followed by credit contractions and assets deflation (Cooper, 2008, p.13).

According to Minsky's theory, financial markets are not stable and do not naturally lead to an optimal resources allocation. These arguments undermine the theoretical laissez-faire fundamentals, which failed to explain the emergence of financial crises, the capital markets behavior, or inflation. It is from such perspective that the economic orthodoxy cannot be described as a science.

Macro-economic management calls for the financial system functioning to be understood by using theories that would reflect the economic realities and that would represent the grounds for adequate economic policies.

In a complex economic environment, important consequences describe the interaction between capital markets, economy and monetary policy. This relation, as well as the attitude of central banks towards the boom or downturn of the financial markets receives various interpretations. Fed chairman Ben Bernanke is the adept of the financial accelerator model, according to which financial and economic conditions can stimulate each other (Bernanke, 2008, p.21).

Nobel winners G. Akerlof and J. Stiglitz have shown that credit market frictions are important in understanding the connections between financial markets and the real economy.

As regards the central banks' attitude towards the explosion of the financial titles price, the controversies are generated by two rationales. On one hand, if Fed focuses on the bonds market, other objectives can be compromised. Thus, Fed has only one major economic policy tool, which is the modification of the funds rate, as well as other less efficient secondary tools. On the other hand, when the promoters of economic policy try to manage the markets, they risk altering the investors' behavior. The most important distort is represented by the moral hazard.

Capital market liberalization (CML) is yet another controversy generating major subject. The main objective of the disputes is represented by identifying the most adequate economic policies answers to the systematical shocks generated by the international financial markets. The expansion of the emerging economies has revealed the importance of external financial factors. The deterioration of the international financial conditions and turbulences in the capital flows in various countries have been sudden, synchronized and wide spread. A good explanation for such phenomenon would represent a productive project (Serena, Stiglitz, 2008, p.120). The starting point was to identify alternatives to the provisions of the Washington Consensus. J. Stiglitz and P. Krugman objected to the obligations imposed to developing countries (high levels of the interest rate, low governmental deficits and so on) and emphasized the role of CML, which represented an integrant part in the 90s reforms in generating the global financial crises. The evolution of the economic situation in numerous countries has proven that the stabilization policies have significant

consequences such as long term economic growth. Moreover, structural policies such as CML considerably influence the economic stability.

Undeniably, CML is an essential aspect in the financial globalization and has contributed to eliminating restrictions in the way of the financial capitalism's free circulation.

The different positioning compared to the role of CML starts from assessing the consequences over the emerging economies. Nowadays, the idea that CML generally has not contributed to the intensification of economic growth in developing countries, while exposing them to some major risks, is more and more accepted. The debates in which CML pros and cons are being expressed (Stiglitz et. al., 2006. pp. 169-172), refer to a few major themes: the conditions in which a country is sufficiently prepared to adopt CML, capital market intervention possibilities, the opportunity of such long term objective for all countries etc.

The main argument against CML is represented by its contribution to increasing economical and financial instability. The sources of instability associated with CML are represented by portfolio investments and the increasing use of derivative products. Other additional instability sources also exist, by which capital flows validity leads to macro-economical instability. It needs to be mentioned that not all forms of capital flows equally lead to the occurrence and increase of instability.

The CML adepts assert that free capital markets stimulate growth due to improved economic efficiency and increased investments. However, last decays' realities emphasize that CML generates enormous risks.

Arguments in favor of CML are based on a model implying that economy is perfectly competitive and fully efficient. Practice nonetheless has proven that capital markets are imperfect, especially in developing countries. In the current conditions, sound theoretical and practical arguments explain the design of intervention policies on the financial markets. The main issue is to promote efficient intervention modalities, the benefits of which would exceed involved costs.

Although CML has not generated the envisaged benefits, one should not overlook that its promoters have been significantly influenced of an economic doctrine and that the promotion of economic policies often pays more attention to ideologies and certain interests than to the economics.

Conclusions

The frequency and virulence of the financial crises have emphasized the failure of the neo-classic model and of the market fundamentalism ideology, as well as the urgent need for an active debate that would lead to prefiguring the economic system which might characterize the post-crisis phase, as well as a vision on the economy and financial markets type which are to be created.

Financial crises have proven that the self-regulation promoted by the financial system does not work and that we assist to a new age, that of the decline economy (Krugman, 2009, p.207).

Reviving the financial system and reforming financial regulation calls for designing a new theory that would reject the idea of market efficiency, the need of redesigning a society that is better balanced in terms of the relation between the state and the market roles. One of the lessons learned from the current crisis is the need for a collective action, which implies a clear vision over the role of the state in the present conditions.

Preparing for a new capitalist order and ensuring the conditions for a better understanding of the economy functioning mechanisms call not only for the reformation of the economy, but also of economics. In this wide and complex process, a particularly important role is played by the renunciation to old doctrines, which no longer can explain the phenomena specific to the new economy.

REFERENCES

1. Artus, P., Virard, M.P. (2007). *Le capitalisme est en train de s'autodétruire*, Le Découverte, Paris.
2. Batsch, L.(2002). *Le capitalisme financier*, Repères, La Découverte, Paris.
3. Cooper, G. (2008). *The Origin of Financial Crises*. Vintage Books, New York.
4. Guerrien, B. (2007). *L'illusion économique*, Omniscience, Paris.
5. Harribey, J. M., Plihon, D. (2009). *Sortir de la crise globale*, La Découverte, Paris.
6. Harris, E.(2008). *Ben Bernanke's Fed*, Harvard Business Press, Boston.
7. Kaufman, H. (2009). *The Road to Financial Reformation*, Wiley, New Jersey.
8. Kempf, H. (2009). *Pour sauver la planète, sortez du capitalisme*, Édition du Seuil, Paris.
9. Krugman, P. (2009). *Întoarcerea economiei declinului si criza din 2008*, Publica.
10. Laine, M. (2009). *Post-politique*, Édition Jean-Claude Lattès, Paris.
11. Serra, N., Stiglitz, J. (2008). *The Washinton Consensus Reconsidered*, Oxford University Press, New York.
12. Stiglitz, J. et al. (2006). *Stability with Growth*, Oxford University Press, New York.
13. Stiglitz, J. (2010). *Freefall. Free Markets and the Sinking of the Global Economy*, Penguin Books, London.

O NOUĂ PARADIGMĂ ÎN ȘTIINȚA ECONOMICĂ

ION BUCUR*

Abstract

Debutul noului mileniu este marcat de accentuarea dezechilibrelor economice și sociale. O misiune importantă a științei economice constă în identificarea cauzelor și factorilor care au contribuit la transformarea radicală a condițiilor de desfășurare a activității economice. Existența unor perspective diferite de abordare a noilor realități poate oferi șanse sporite pentru decriptarea condițiilor care au generat evoluții necunoscute până în prezent, precum și pentru conturarea soluțiilor care să favorizeze noi traiectorii de progres și civilizație.

Procesul definițiv, cu implicații profunde asupra economiei și societății îl constituie globalizarea. Din această perspectivă, am analizat noile dimensiuni ale acumulării capitalului și ale creșterii economice în contextul dereglementării și liberalizării circulației internaționale a capitalului. În acest cadru, am remarcat sporirea influenței piețelor financiare asupra economiei, tendința de îndepărtare a finanțelor de cerințele economiei reale, rolul crescând al finanțării externe cu ajutorul unor capitaluri tot mai volatile, accentuarea concurenței în privința accesului la finanțare, creșterea semnificativă a puterii piețelor internaționale de capital a căror caracteristică o constituie accentuarea instabilității, implicațiile obsesiei investitorilor pentru o rentabilitate excesivă a fondurilor proprii și ale extinderii utilizării produselor financiare sofisticate. Realitățile actuale ale piețelor financiare, care fac obiectul a numeroase studii și analize, au contribuit la coagularea opiniilor care contestă teza privind virtuțile autoreglării piețelor și care promovează o nouă paradigmă, în cadrul căreia finanțele să se subordoneze cerințelor unei creșteri economice echilibrate și susținute.

Cuvinte cheie: dereglementare financiară, inovații financiare, economie standard, ipoteza piețelor eficiente, model neoclasic.

Contextul schimbării

La începutul mileniului trei, ideologia neoliberală este puternic contestată, sugerându-se renunțarea la „gândirea unică” și utilizarea de metode științifice pentru reflectarea realității. Reproșurile esențiale au vizat mitul transparenței pure și perfecte a pieței, incapacitatea acesteia de a se autoregla, precum și iluzia informației perfecte, idei dominante la economiștii formați în tradiția neoclasică. Tot mai mulți specialiști consideră că întregul edificiu teoretic s-a fundamentat pe premise false. Astfel, a considera intervenția statului ineficientă, nu califică piețele ca perfecte. De asemenea, în centrul filosofiei dereglementării a fost plasată virtutea autoreglării. Or, autoreglarea se identifică cu riscuri sistemice.

Exacerbarea ideologiei individualiste în ultimele decenii, obsesia pentru îmbogățirea și reușita individuală în detrimentul binelui comun, precum și excesele unui liberalism „amoral”, preocupat de privatizarea profiturilor și socializarea pierderilor, au impus conștientizarea nevoii unei noi paradigme, a unei alternative mult mai adaptate la cerințele actuale ale omenirii. Fără a putea vorbi de un „vid ideologic” sau de un „blocaj la gândirii”, devin tot mai manifeste preocupările pentru reciclarea ideilor și tezelor nefaste, simpliste sau simplificatoare. Totodată, se remarcă analizele întreprinse pentru evaluarea stadiului actual și a destinului capitalismului.

Majoritatea cercetărilor întreprinse au ca punct de pornire amploarea schimbărilor intervenite în ultimele decenii și a căror profunzime depășesc mutațiile de natură esențialmente tehnologică, invocate de teoreticienii „noii economii”. Începutul de mileniu este caracterizat prin apariția progresivă a unei noi forme de capitalism, marcată de dominația finanțelor și a cunoașterii. Noua etapă, capitalismul financiar, oferă prioritate pieței mondializate și logicii rentabilității financiare

* Profesor universitar doctor la Universitatea din București

(L. Batsch, 2002, p.5). Acest nou regim este marcat de turbulențe economice și financiare, care sunt consecința contradicțiilor interne, în special a incapacității capitalismului de a se autoregla. Deosebindu-se profund de capitalismul celor „30 de ani glorioși”, noua etapă bulversează relațiile sociale și introduce noi forme de inegalitate.

Alte dezbateri sunt consacrate legitimității „partajului” bogăției create în societățile capitaliste, în condițiile în care economia mondială se confruntă cu un veritabil impas. Concluzia acestor analize este că, în etapa actuală, dominantă este viziunea pe termen scurt și de natură financiară în „crearea bogăției” (Artus, Virard, 2007, p.6).

În aceste condiții, obsesia rentabilității pe termen scurt are consecințe nefaste asupra sistemului economic și social. Logica pe termen scurt a rentabilității ridicate presupune sacrificarea viitorului. În această interpretare, existența unui capitalism fără proiect, creează riscul autodistrugerii. Dacă actualul sistem se află în pericol, această situație se datorează, în primul rând, propriilor excese.

În dezbaterile actuale sunt avansate unele teze și idei al căror caracter științific este cel puțin îndoielnic. Astfel, invocându-se tendința de retragere a puterii publice într-o societate multipolară, în care se afirmă rolul sporit al actorilor nonetatici, se afirmă neputința politicului și tendința sa de dispariție în democrațiile occidentale. În această viziune, ideologiile s-au perimat, lăsând locul pragmatismului. Readucerea în discuție a rolului puterii publice în lumea occidentală se justifică prin amploarea și profunzimea mutațiilor specifice unei societăți globalizate. A declara caracterul post-politic al secolului al XXI-lea, nu presupune și dispariția politicului. În noul context, în care locurile puterii s-au disipat, politicul și-a pierdut considerabil prestigiul și influența, ca urmare a avântului globalizării și al dezintegrării marjelor de manevră bugetară.

Într-o măsură mai mare ca oricând, dimensiunea efectelor crizelor economice și financiare și crearea condițiilor pentru relansare economică reclamă identificarea unei noi forme de reglare, fondată pe libertate și responsabilitate și, nicidecum, exacerbarea eșecurilor economiei de piață sau proclamarea „falimentului statului” (M. Laine, 2009, p.19).

Înțelegerea post-politicului, ca mutație esențială, trebuie să pornească de la constatarea unor realități evidente. Pe de o parte, modelul economiei de piață, fondat pe schimb, libertate și responsabilitate, generează multe externalități pozitive, ceea ce nu justifică contestarea sa. Pe de alta parte, criza statului –bunăstării, la care se adaugă transferul unei părți a suveranității naționale către instanțe supranaționale, accentuează slăbirea și reculul relativ al politicului în raport cu alte puteri.

Predicțiile privind perspectivele capitalismului sunt diferite. O opinie tranșantă aparține celor care susțin că nu vom asista la sfârșitul istoriei, ci la debutul unei noi istorii. Deși a reușit să asigure un progres extraordinar și să impună modelul său individualist de reprezentare și de comportament, capitalismul și-a dobândit ineficacitatea în alocarea resurselor, fiind erodat de propriile contradicții. El se confruntă cu o criză ecologică durabilă și planetară și cu o profundă criză economică și financiară. Pe parcursul ultimelor decenii, s-a constatat amplificarea inegalităților, criminalizarea economiei, autonomizarea finanțelor de producția materială, ș.a., ceea ce impune necesitatea de a ieși din capitalism, dar nu din economia de piață, plasând urgența ecologică și justiția socială în centrul proiectului politic. Capitalismul, în opinia unora, a atins apogeul și este pe punctul de a-și sfârși existența (H. Kempf, 2009, p.12).

Criza economiei și a științei economice

Profundele transformări economice și financiare au fost însoțite de apariția unor crize devastatoare care s-au manifestat cu o regularitate alarmantă între anii 1970 și 2007.

Astăzi, mai mult ca oricând, sistemul financiar și instituțiile sale s-au transformat profund (Kaufman, 2009, pp. 86-88). A fost edificată o nouă lume financiară în care piețele financiare continuă să fie volatile într-un grad sporit. Toate forțele care au generat creșterea anxietății acestor piețe rămân operative: dereglementarea financiară, tendința către globalizare financiară, inovarea

și revoluția securitizării (securitization revolution), instituționalizarea economisirii, ș.a. Caracterul inovativ al piețelor financiare, în care utilizarea sporită a derivatelor s-a dovedit a fi un adevărat elixir, nu a condus întotdeauna într-o direcție care să asigure o economie mai stabilă. Promovarea pe scară largă a unei adevărate alchimii financiare (financial alchemy) a constituit începutul unei noi ere în domeniul finanțelor. Intermedierea financiară (financial intermediation) pare a deveni mai importantă decât activitățile desfășurate în economia reală.

Multitudinea de provocări cu care se confruntă societatea și economia a contribuit la intensificarea dezbaterilor teoretice referitoare la înțelegerea semnificațiilor transformărilor cantitative și calitative, precum și la identificarea noilor orizonturi ale capitalismului. Reflecțiile asupra mutațiilor determinate de actuala criză economică și financiară au evidențiat, pe de o parte, o tendință de a disculpa sistemul economic capitalist de orice responsabilitate în declanșarea crizei; pe de altă parte, devine tot mai pregnantă recunoașterea unor contradicții structurale ale modului de funcționare a capitalismului după intrarea sa în faza neoliberală. Ca urmare, capitalismul mondializat traversează o gravă criză structurală, iar sistemul capitalist pare a-și fi epuizat limitele (Harribey, Plihon, 2009, p.72).

Evoluțiile actuale din domeniul economic și financiar reflectă, într-o măsură considerabilă, concepțiile școlilor de gândire dominante. Confruntarea profetiilor liberale cu realitățile actuale reclamă reconsiderarea tezelor și ideilor anterioare, eliminarea premiselor false și repunerea în discuție a paradigmei economiei standard. În acest context, sunt necesare revizuii ale tezei privind eficacitatea piețelor și virtuților diversificării internaționale a riscului, renovarea teoriei ciclicității și a crizelor, reexaminarea teoriei monetariste, care leagă în mod mecanic inflația de oferta monetară, identificarea unei alternative a laissez-faire, mult mai adaptată la nevoile actuale ale economiei ș.a. Există interpretări diferite în legătură cu cauzele, formele de manifestare și remediile propuse pentru fenomenele generatoare de instabilitate economică. Sursa disputelor teoretice se află în existența unor convingeri diferite în ceea ce privește funcționarea societății și a economiei. Aceste credințe a priori ale economiștilor exercită un rol important și, împreună cu ideologia asumată, pot constitui surse ale unor teorii delirante.

Pentru a putea evidenția rolul ideilor economice în declanșarea actualei crize trebuie evocată propensiunea teoriei neoclasice de a construi modele pe baza unor idei absurde (Guerrien, 2007, p.155).

În a doua jumătate a secolului al –XX-lea, a apărut o nouă generație de economiști, care au fost denumiți „neoclasici”. Demersul lor era considerat ca fiind singurul științific deoarece făcea apel în mod sistematic la formalizare matematică.

Știința economică modernă, cu a sa credință în virtuțile piețelor libere, a promis prosperitate generală și a reușit să capteze numeroși aderenți. Mai mult, în condițiile Noului Economii, unii s-au grăbit să proclame sfârșitul ciclului de afaceri, considerând că epoca recesiunilor severe a apus deja.

Realitățile însă au demonstrat că nu au fost eliminate fluctuațiile în economie. Marea Recesiune a spulberat aceste iluzii și a impus nevoia de a regândi doctrinele pieței libere, care au dominat ultimele decenii și care au constituit sursa de inspirație a unor politici economice inadecvate. Aceste politici au fost susținute de „forțe” politice și economice și au demonstrat o insuficientă înțelegere a fundamentelor macroeconomiei moderne.

Eseul modelului neoclasic (The Failure of the Neoclassical Model)

Crizele creditului asociate cu boom-ul piețelor financiare tind să devină o caracteristică a economiei capitaliste. Percepția comună este că frecvența acestora s-a intensificat, ceea ce a determinat intensificarea preocupărilor pentru a decodifica cauzele care determină accentuarea instabilității financiare.

Devine tot mai evident faptul că sistemul financiar nu funcționează conform principiilor teoriei economice ortodoxe, bazate pe ipostaza piețelor financiare eficiente. (Efficient Market

Hypothesis). După logica școlii laissez-faire, piețele tind către un nivel optimal al prețurilor, asigurând cea mai eficientă alocare a resurselor și configurând o situație de echilibru stabil. Pentru adepții teoriei piețelor eficiente, piețele ating un echilibru optim în mod natural și, prin urmare, se impune minimizarea, chiar eliminarea, oricărei forme de interferență cu mecanismele pieței. Concluzia este că numai șocurile externe pot abate piețele de la starea lor optimă naturală. Ca un argument suplimentar în susținerea validității acestei teorii este invocată aprecierea lui Samuelson, conform căreia ceea ce este adecvat pieței bunurilor este valabil și pentru piețele factorilor de producție. Este, însă, cel puțin riscant să considerăm că toate piețele sunt inerent stabile.

Instabilitatea financiară accentuată reclamă urgentă unei teorii alternative privitoare la funcționarea piețelor financiare, care să ofere explicații adecvate despre comportamentul neregulat al acestora. Este vorba de teoria instabilității financiare (Financial Instability Hypothesis) formulată de economistul american Hyman P. Minsky, care respinge ideea piețelor eficiente. El argumentează că piețele financiare pot genera propriile forțe interne care să includă expansiunea creditului și creșterea prețului activelor, urmate de valuri de contracții ale creditului și deflație a activelor (Cooper, 2008, p.13).

Conform teoriei lui Minsky, piețele financiare nu sunt stabile și nu conduc la o alocare optimă a resurselor în mod natural. Aceste argumente subminează fundamentele teoretice ale laissez-faire, care nu reușeau să explice emergența crizelor financiare, comportamentul piețelor de capital și prezența inflației. Din această perspectivă, ortodoxia economică nu poate fi calificată ca știință.

Managementul macroeconomic impune înțelegerea funcționării sistemului financiar prin utilizarea unor teorii care să reflecte realitățile economiei și care să fundamenteze politici economice adecvate.

Într-un mediu economic complex, consecințe importante prezintă interacțiunea dintre piețele de credit, economie și politica monetară. Această relație, precum și atitudinea băncilor centrale față de boom-ul sau căderea piețelor financiare sunt interpretate diferit. Ben Bernanke, președintele Fed, este adeptul modelului acceleratorului financiar (Financial Accelerator Model) conform căruia condițiile financiare și economice se pot stimula reciproc (Bernanke, 2008, p.21).

G. Akerlof și J. Stiglitz, laureați ai Premiului Nobel, au arătat că fricțiunile pe piața creditului sunt importante pentru înțelegerea conexiunilor piețelor financiare cu economia reală.

În ceea ce privește atitudinea băncilor centrale față de explozia prețurilor titlurilor financiare, controversele sunt generate de două rațiuni. Pe de o parte, dacă Fed se concentrează pe managementul pieței titlurilor, pot fi compromise alte obiective. Astfel, Fed dispune de un singur instrument major de politică economică, respectiv modificarea „funds rate”, precum și de alte instrumente secundare mai puțin eficiente. Pe de altă parte, atunci când promotorii politicii economice încearcă să gestioneze piețele, riscă să denatureze comportamentul investitorilor. Cea mai importantă distorsiune o reprezintă hazardul moral (moral hazard).

Liberalizarea piețelor de capital (capital market liberalization-CML) constituie o altă temă majoră generatoare de controverse. Obiectivul principal al disputelor l-a constituit identificarea celor mai adecvate răspunsuri de politici economice la șocurile sistematice generate de piețele financiare internaționale. Expansiunea economiilor emergente a relevat importanța factorilor financiari externi. Deteriorarea condițiilor financiare internaționale și turbulențele circuitului de capital în diverse țări au fost bruște, sincronizate și au avut o arie largă de răspândire. O explicație adecvată a acestor fenomene constituie un proiect productiv (Serena, Stiglitz, 2008, p.120).. Punctul de plecare l-a reprezentat identificarea unor alternative la prevederile cuprinse în Consensul de la Washington (Washington Consensus). J. Stiglitz și P. Krugman au contestat condițiile impuse țărilor mai puțin dezvoltate (nivelul ridicat al ratelor dobânzii, deficite guvernamentale reduse ș.a.) și au evidențiat rolul CML, care a constituit o parte integrantă a reformelor din anii '90 în declanșarea crizelor financiare globale. Evoluția situației economice din

numeroase țări a demonstrat că politicile de stabilizare are consecințe importante pentru creșterea economică pe termen lung. Mai mult, politicile structurale, precum CML, exercită o influență considerabilă asupra stabilității economiei.

Incontestabil, CML reprezintă un aspect esențial al globalizării financiare și a contribuit la eliminarea restricțiilor în calea liberei circulații a capitalismului financiar.

Poziționarea diferită în raport cu rolul CML pornește de la aprecierea consecințelor asupra economiilor emergente. Astăzi, este tot mai mult acceptată ideea că CML, în general, nu a contribuit la intensificarea creșterii economice în țările mai puțin dezvoltate (developing countries) în timp ce le-a expus unor riscuri majore. Dezbaterile, în cadrul cărora sunt exprimate argumente pro și contra CML (Stiglitz et. al., 2006. pp. 169-172), se referă la câteva teme majore : circumstanțele în care o țară este suficient de pregătită pentru a trece la CML, posibilitățile de intervenție pe piețele de capital, oportunitatea unui asemenea obiectiv pe termen lung pentru toate țările, ș.a.

Principalul argument împotriva CML îl constituie contribuția sa la accentuarea instabilității economice și financiare. Sursele de instabilitate asociate cu CML sunt reprezentate de investițiile de portofoliu și utilizarea crescândă a produselor derivate (derivative products). Există și alte surse adiționale de instabilitate prin care valabilitatea fluxurilor de capital conduce la instabilitate macroeconomică. Trebuie precizat că nu toate formele de fluxuri de capital conduc, în egală măsură, la apariția și accentuarea instabilității.

Adepții CML susțin că piețele de capital libere stimulează creșterea ca urmare a îmbunătățirii eficienței economice și a sporirii investițiilor. Însă, realitățile ultimelor decenii evidențiază că CML determină riscuri enorme.

Argumentele în favoarea CML s-au bazat pe un model care presupune că economia este perfect competitivă (perfectly competitive) și cu eficiență deplină. În practică, s-a dovedit că piețele de capital sunt imperfecte, în special în țările mai puțin dezvoltate. În condițiile actuale, argumente teoretice și practice solide justifică elaborarea de politici de intervenție pe piețele financiare. Problema esențială o reprezintă promovarea unor forme de intervenție eficiente, ale căror beneficii să devanseze costurile antrenate.

Deși CML nu a antrenat beneficiile scontate, nu trebuie omis nici faptul că promotorii săi s-au aflat sub influența semnificativă a unei doctrine economice și că promovarea politicilor economice adesea acordă mai multă atenție ideologiilor și anumitor interese decât științei economiei.

Concluzii

Frecvența și virulența crizelor financiare au pus în evidență eșecul modelului neoclasic și al ideologiei fundamentalismului de piață, cât și urgența unei dezbateri active care să conducă la prefigurarea sistemului economic ce va caracteriza epoca postcriză și a unei viziuni despre tipurile de economie și piețe financiare care urmează a se construi.

Crizele financiare au demonstrat că autoreglarea (self-regulation) promovată de sistemul financiar nu funcționează și că asistăm la o nouă eră a economiei declinului (Krugman, 2009, p.207).

Resuscitarea sistemului financiar și reformarea reglării financiare reclamă edificarea unei noi teorii care să respingă ideea eficienței pieței, necesitatea de a reconstrui o societate cu un mai bun echilibru între rolul statului și rolul pieței. Una dintre lecțiile desprinse din actuala criză o constituie nevoia pentru o acțiune colectivă, ceea ce presupune o viziune clară asupra rolului statului în condițiile actuale.

Pregătirea pentru o nouă ordine capitalistă și asigurarea premiselor pentru o mai bună înțelegere a mecanismelor de funcționare a economiei reclamă nu numai reformarea economiei, cât și a științei economice. În cadrul acestui proces amplu și complex, un rol important îl are renunțarea la doctrinele perimate, care nu mai pot explica fenomene specifice acutalei economii.

Bibliografie

1. Artus, P., Virard, M.P. (2007). *Le capitalisme est en train de s'autodétruire*, Le Découverte, Paris.
2. Batsch, L. (2002). *Le capitalisme financier*, Repères, La Découverte, Paris.
3. Cooper, G. (2008). *The Origin of Financial Crises*. Vintage Books, New York.
4. Guerrien, B. (2007). *L'illusion économique*, Omniscience, Paris.
5. Harribey, J. M., Plihon, D. (2009). *Sortir de la crise globale*, La Découverte, Paris.
6. Harris, E. (2008). *Ben Bernanke's Fed*, Harvard Business Press, Boston.
7. Kaufman, H. (2009). *The Road to Financial Reformation*, Wiley, New Jersey.
8. Kempf, H. (2009). *Pour sauver la planète, sortez du capitalisme*, Édition du Seuil, Paris.
9. Krugman, P. (2009). *Întoarcerea economiei declinului și criza din 2008*, Publica.
10. Laine, M. (2009). *Post-politique*, Édition Jean-Claude Lattès, Paris.
11. Serra, N., Stiglitz, J. (2008). *The Washinton Consensus Reconsidered*, Oxford University Press, New York.
12. Stiglitz, J. et al. (2006). *Stability with Growth*, Oxford University Press, New York.
13. Stiglitz, J. (2010). *Freefall. Free Markets and the Sinking of the Global Economy*, Penguin Books, London.

POLICIES FOR ECONOMIC STABILITY AND GROWTH

OANA CHINDRIȘ-VĂSIOIU*

ABSTRACT:

One of the main economic goals is to maintain or increase the growth rate and raise living standards of nations. On a closer inspection, the growth path of an economy is not a smooth, rising trend, but, instead, a series of steps, stumbles and setbacks. Even in normal times there are ups and downs – fluctuations – in the economic activity. They affect jobs, prices, economic growth, international trade and financial balances.

The fluctuations in economy expressed in business cycles are unavoidable, but macro theory can identify their major causes. On the other hand, macro policies are unlikely to stem the tides of the business cycle, but they can provide some clues that might work at various times. Therefore, there is an obvious link between macro theory and macro policy: macroeconomic theories try to explain the business cycles, while macroeconomic policies try to control them.

There are two fundamental policies for managing the fluctuations of an economy in order to provide for stability and growth:

- (1) Fiscal policy – involving taxation and government spending.*
- (2) Monetary policy – involving interest rates and the control of the money supply.*

Both policies try to give an answer to the following questions:

- What can governments do about unemployment and inflation?*
- How can fiscal and monetary policies help stabilize economy?*
- How can economic growth be increased?*

KEY WORDS: *economic growth, economic stability, business cycles, fiscal policy, monetary policy.*

1. Fiscal Policy

The Keynesian theory of macro instability leads directly to a mandate for government intervention. From a Keynesian perspective:

- too little aggregate demand causes unemployment,
- too much aggregate demand causes inflation.

Since the market itself cannot correct these imbalances, the governments must intervene to manage the level of aggregate demand.

Supply-side economists, in their turn, do not ignore the role of the government, but, in their view, it should be rather limited and should focus different targets in comparison with the Keynesian theory.

No matter what economic reasoning is applied, fiscal policy is an instrument by which the government adapts its spending and taxing activities by increasing aggregate demand when there is unemployment and decreasing aggregate demand when there is inflation.

In both approaches, the government may alter the aggregate demand by:

- changing government spending programme,
- raising or lowering tax rates,
- changing the level of income transfers (social security for retired workers, welfare, unemployment benefits),
- managing debt to influence the general economic activity.

* Lecturer Ph.d., Faculty of Economic Science, Ecological University of Bucharest (e-mail: oana_vasioiu@yahoo.com)

1.1. Fiscal Policy Options – Discretionary Fiscal Policy

Fiscal measures activated by open decisions taken by governments are referred to as discretionary fiscal policy, while the fiscal effects produced automatically as a result of changes in government spending and tax collection are referred to as automatic stabilisation.

Discretionary fiscal policy is reflected in changes in government spending and changes in tax level. These changes may focus either unemployment or inflation.

In case of a recession, when the level of unemployment is too high, governments have to step up the purchase of airplanes, highways, schools and other goods, so that the increased G spending would add directly to aggregate demand. That creates also additional income for market participants. The recipients of this income will, in their turn, spend it. Hence, each dollar gets spent and re-spent many times. As a result of this process, every dollar of new government spending has a multiplied effect on the aggregate demand. In this way, government spending proves to be a powerful tool to implement fiscal policy even if it's less popular than tax cuts.

Tax cuts, in their turn, are an important component of fiscal policy for several reasons:

- A tax cut is extremely popular and, generally, less controversial than an increase in government spending. That is due to scepticism over the government's ability to spend money wisely and the fear that the government will grow bigger and bigger.
- Tax changes can be put into effect more quickly than changes in government spending: an increase in government spending for highways, government buildings, dams or other public works requires considerable planning which takes time.

The objective of fiscal policy is not always to increase aggregate D. There are times when the economy is already expanding too fast. This time, policymakers focus upon inflation, not on employment. Their objective is to reduce aggregate demand, not to stimulate it. The means available to governments emerge again from both sides of the budget: G spending and taxes. The difference here is that we use the budget tools in reverse: reduce government spending, increase taxes, decrease transfer payments.

In other words,

(1) When the aggregate demand is low and the rate of unemployment is high, fiscal policy should be expansionary; that is the government should cut tax rates (T-) or / and increase government spending (G+). (Government spending, however, should not be higher than 20% - 30% of the GDP.) These are both steps to increase the government's deficit or to reduce its surplus. A rising government deficit acts as a stimulus to aggregate demand.

(2) When aggregate demand is high, causing inflation, fiscal policy should be restrictive; that is, government should increase tax rates (T+) or / and cut spending (G-). These steps move the government's budget towards surplus. A reduction in government's deficit or an increase in its surplus acts as a drag to the aggregate demand.

1.2. Automatic Stabilisation – The Budget

Macroeconomic theory highlights the potential of fiscal policy to solve the nation's macro problems. The guidelines are simple: use fiscal stimulus – stepped-up government spending, tax cuts, increased transfers – to eliminate unemployment, or use fiscal restraint – less spending, tax hikes, reduced transfers – to keep inflation under control. From this perspective, the budget is an important key policy lever to control the economy.

The use of budget to stabilise the economy implies that government expenditure and receipts are not equal. In a recession, the governments have sound reasons to cut taxes and increase its own spending. By reducing tax revenues and increasing expenditures automatically, the government will throw its budget out of balance. But the government can spend more than it has in revenue if it borrows money to cover the difference, generating thus the national debt or public debt. This is called deficit spending, a situation in which the government borrows funds for purchases that exceed tax revenues. It is the case of a budget deficit when expenditures are higher than receipts.

In every day economic practice, budget deficits are unavoidable. In theory, however, budget deficits are not unavoidable: governments can spend less than their tax revenues, creating a budget

surplus. Such a surplus may arise simply because the economy expands rapidly, swelling tax receipts while reducing claims for unemployment and welfare benefits. It may also arise from fiscal restraint: a package of tax increases, spending cutbacks and benefit reductions. It is to be emphasized that the practice of fiscal policy has rarely produced such budget surpluses. As a rule, governments incur large budget deficits and figures confirm that deficit spending continues every year for decades, creating a string of deficits that always raise protests about the practice and principle of fiscal policy.

To understand how deficits arise, it is necessary to take a closer look at the details of the budget.

The Budget is the government's formal plan, also called Finance Bill, for future national revenue and expenditure. It is put before the Parliament by the Finance Minister usually, once a year. The budget makes proposals for changes in taxation and governmental spending. After being voted, it becomes a law called the yearly Finance Act and it gives the government power to obtain money by taxation and to spend money in an approved way.

Experience showed that most budget lines reflect commitments made in earlier years. That is why the budget has many "uncontrollable" areas. Normally, the uncontrollable areas account for roughly 80 percent of the budget. This leaves only 20 percent for discretionary fiscal spending – that is spending decisions not "locked in" by previous legislative commitments. Most of the uncontrollable line items of the budget have their origin in the automatic stabilisers.

The automatic stabilisers are built in the tax level and transfers. They represent the government expenditure or revenue items that automatically respond counter cyclically to changes in national income.

Automatic stabilisers exist both on the revenue and on the spending side of the budget.

On the spending side, the fluctuations in spending occur automatically in response to economic conditions. Each year's expenditure depends on how many workers lose their jobs and qualify for benefits. The law establishes the entitlement to unemployment benefits but not the amount to be spent in any year: e.g. outlays for unemployment compensations, aid for dependent children and welfare benefits increase when an economy is in a recession. The spending increase occurs automatically in response to changing economic conditions. It is not discretionary.

It is obvious that an increase in income transfers help offset the income losses due to recessions. These increased transfers act, therefore, as automatic stabilizers – injecting new spending into the circular flow during economic contractions. Conversely, transfer payments decline when the economy is expanding and fewer people qualify for unemployment and welfare benefits. This is exactly the kind of fiscal policy that Keynes advocated, but no one has to pull the fiscal-policy lever to inject more or less entitlement spending into the circular flow; it happens automatically.

Automatic stabilizers exist also on the revenue side of the budget. Income taxes constitute an important stabilizer because they move up and down with the value of spending and output. When incomes rise, income taxes siphon off some of the increased purchasing power. This helps contract inflationary pressures that might emerge. Progressive income taxes are particularly effective stabilizers, as they siphon off increasing proportions of purchasing power when incomes are raising and decreasing proportions of purchasing power when aggregate demand and output are falling.

In other words, taxes act just like spending and imports lower the size of the multiplier, making thus the economy more stable. In a booming economy, the amount of taxes is higher the size of the multiplier is reduced. In a recessionary economy, the amount of taxes is lower, so the multiplier is automatically increased. The income tax acts as a shock absorber and it makes disposable income less sensitive to fluctuations in the GDP. When the GDP rises, disposable income rises also, but less than the rises in the GDP, because part of the income is siphoned off by government taxes. So, consumption does not fluctuate as much as the GDP does.

The basic principle to be remembered is the following:

- Automatic stabilisers on both sides, the revenue side and the spending side, serve as shock absorbers, thereby adjusting the value of the multiplier.

By themselves, automatic stabilisers are not strong enough to reverse a trend but they can cushion the economic shock until discretionary fiscal policy can be implemented. At the same time, automatic stabilisers underline the idea that policymakers do not have total control of each year's budget and the budget deficit. On the contrary, the size of the deficit is sensitive to expansion and contraction of the macro economy.

It was traditionally held that the government should have an annually balanced budget. Such an attempt proved to be destabilising because the government budget tends to move automatically into deficit during the recession and surplus during an expansion, that is, it responds to changes in national product. If the governments attempt to balance the actual budget every year, it will fall into a policy trap and take destabilizing actions: e.g. during a downturn in economic activity, when the budget automatically falls into deficit (during recessions, tax collection automatically declines causing deficits), the government, in an effort to balance the budget, may rise taxes and cut the expenditures. In fact, it will make the downturn worse.

The American as well as the European administrations fell into this policy trap in 1932. The fiscal policies promoted at that time were precisely the opposite of what was needed. Ironically, they did not succeed in their goal to promote recovery or to balance the budget. In fact, they added to the fiscal restraint resulting in the economy collapse. As the economy collapsed, the revenues fell and the deficit persisted. The stage was set for the collapse in the deepest point of the depression in 1933.

Instead of an annually balanced budget, a cyclically balanced budget would allow fiscal policy to stabilise the economy. It is a budgetary principle calling for the balancing of the budget over the course of a complete business cycle, rather than in a particular fiscal year. Over the course of a cycle, tax receipts and expenditures should balance. There are, however, problems with this approach. Financially, recessions and booms may not cancel each other out and the budget may not balance over the long-run.

A third budget philosophy, called functional finance, sees non-inflationary full-employment as the most important economic goal: balancing the budget becomes a secondary objective. Under this philosophy, taxes and spending should be administered at whatever level is necessary to promote full employment without increasing prices. This policy leaves the budget permanently out of balance.

If the budget is permanently left out of balance and actual deficits do not reflect fiscal policy decisions, how are we to know whether fiscal policy to be further applied should be restrictive or stimulative? Clearly, some other indicator is needed. Economists tended to isolate the effects of fiscal policy by breaking down the actual deficit into a cyclical and a structural component because, part of the deficit arises from cyclical changes that reflect the automatic stabilisation in the economy and the rest is the result of discretionary fiscal policy.

- Total Budget Deficit = Cyclical Deficit + Structural Deficit.
- That part of the deficit attributable to cyclical disturbances (unemployment and inflation) is referred to as cyclical deficit. It reflects the impact of the business cycle on taxes and spending.

The structural portion of the deficit, called structural deficit, reflects fiscal policy decisions. Rather than comparing actual outlays to actual receipts, the structural deficit compares the outlays and receipts that would occur if the economy were at full employment. This technique eliminates budget distortions caused by cyclical conditions. Any remaining changes in spending or outlays must be due to policy decisions.

By distinguishing between the actual budget and the structural budget, we can evaluate fiscal policy more accurately because only changes in the structural deficit are relevant. In fact, only changes in the structural deficit measure the thrust of fiscal policy. By this measure, we categorize

fiscal policy in the following ways:

- Discretionary fiscal policy is stimulative if the structural deficit is increasing (or the surplus shrinking).
- Discretionary fiscal policy is restrictive if the structural deficit is shrinking (or the surplus growing.)

This philosophy of the total budget deficit eliminates budget distortions caused by cyclical conditions. Any remaining changes in spending or outlays must be due to policy decisions. That is why, the structural deficit is a measure of the fiscal policy in operation, but also a guide for future fiscal policy.

1.3. The National Debt (The Public Debt)

Most of the country's national debts are internal – that is, credited by households, institutions and government agencies. The Treasury is the fiscal agent of the government that can, when necessary, borrow funds to cover budget deficits. When the Treasury borrows funds, it issues Treasury bonds or bills. People buy these securities – that is, lend money to government – because they pay interest and are very safe.

The total stock of outstanding securities represents the national debt. It is equal to the sum of accumulated deficits, less repayments in years when a budget surplus existed. In other words, the national debt is a stock of IOUs created by annual deficit flows.

There is one thing to note about the national debt: it represents not only a liability, but an asset as well. When the government borrows money, it issues e.g. bonds. These bonds are liabilities for the government, since it has a later obligation to repay. But these bonds are assets to people who hold them. Bondholders have a future claim to future repayment and can even convert that claim into cash by selling their asset in the bond market. Therefore, national debt creates as much wealth (for bondholders) as liabilities (for the treasury). On a global scale, neither money nor other form of wealth disappears when governments borrow money.

2. Monetary Policy

2.1. Money

It is hard to imagine today an economy working without money. Money affects morals and ideas, but also the way in which an economy works. Money provides a tool to stabilize the economy, but it also represents a source of problems. Money disturbances have been associated with some of the most spectacularly unstable episodes in economic history: the hyperinflation in Germany after World War I, the collapse into the great Depression accompanied by money disturbances in the 1930s, a.s.o..

2.1.1. What Is “Money”

Money is any article or commodity that is generally acceptable by law and custom as a means of payment, as a measure of value and as a store of wealth. In a word, money is what it does.

Various forms of money have developed, from the commodity money, cattle or shells that replaced the barter system to hard money made of precious metals, especially gold and silver bars and finally token money, made of other metals. Later in the history, paper money, also called soft money was introduced, followed by the great development of representative money, consisting of bank deposits transferable by cheques, bills of exchange and T-bills and plastic money in form of debit cards. At present, the last two types make up the most important form of money in most countries.

2.1.2. The Function Of Money

Money acts as: a medium of exchange, a unit of account or standard value, a store of value, or a convenient way to hold wealth.

- Money as a medium of exchange

Any commodity, accepted by common consent may be used to make payments for goods and services and to settle debts and contracts. As a medium of exchange, money should be universally recognized, should have an adequate, but limited supply, it should not be easily reproduced (forged), it should be easily portable and durable.

- Money as a unit of measurement (as a standard value or unit of account)

Money is a common denominator of value in which prices are stated and accounts are recorded. As a common denominator, it can specify the value of something else. Normally the unit of measurement is the same as the medium of exchange. In international transactions, however, countries may use different mediums of exchange as units of measurement.

- Money as a store of value

Any form of wealth may be used as a store for future purchases, but money has the advantage of being more liquid than other forms of wealth.

It is, however, an imperfect instrument as it cannot preserve the same purchasing power over time. As the money supply increases, the amount each dollar would buy decreases. As a result, money does not serve very well as a store of value. Inflation diminishes this function of money.

2.1.3. Monetary Aggregates

The indicators or measures of money supply are called monetary aggregates.

The narrowest definition of the money supply is designated as M_1 and includes: currency in circulation, transactions-account balances expressed by notes and coins held by the public in the private sector accounts and travellers' cheques. Money under this denomination represents non-interest bearing assets.

Currency in circulation also denominated as M_0 (M – nought), is that part of the money supply consisting of coins and paper bills held by the public. M_0 's amount varies each year according to what individuals or businesses desire, but, generally, it is about 21 – 28% of the total money supply and represents the hard core of M_1 . The currency held by governments or by banks is not considered part of money supply.

Notes and coins held by the people in private sector accounts. They belong to the basic money supply, M_1 , just as currency in circulation. Inside this area, which is broader than M_0 , transfer by cheque is possible. This area does not include foreign currency or public sector accounts or deposits and is represented by transactions-account balances.

It includes demand deposits is money placed with a bank on a current account on which cheques can be drawn. It is on this current account that the customer cashes and draws cheques. A demand deposit can be withdrawn on demand without notice given by the depositor to the bank. As a rule, the money paid in or deposited by a customer with a bank, earns interest at a rate that varies with the bank's base rate. In case of demand deposits the rate is low or may be no interest at all. In the USA, a current account that earns interest is called a NOW account (Negotiable Order of Withdrawal).

These deposits are not currency; they are liabilities of depository institutions to their customers, who stand ready to pay whenever a depositor writes a cheque.

2.2. The new view on the specification of monetary policy instruments

The new view considers a certain specification of monetary policy instruments as appropriate. Consider the instruments one by one.

Standing facilities should be provided with unlimited access and have fully transparent prices. Disincentives against their use should not be provided by non-price elements, although credit risk control measures are needed and thus adequate collateral has to be posted. The type of collateral has no monetary policy relevance, and therefore the aim in the definition of the list of eligible collateral should be (a) sufficient availability of collateral for monetary policy operations;

(b) efficiency; (c) allowance for sufficient credit risk control. A borrowing facility should take the form of advances (Lombard credit) and not of discount. There should be no structural use of standing facilities, as this tends to reduce liquidity in the short-term inter-bank market. Thus, there should be most of the time a positive spread between market rates and standing facility rates. This is achieved through steering the likelihood of the recourse to the facilities appropriately through open market operations and by setting a sufficient distance between the target rate and the standing facilities rates. The maturity of the standing facilities should correspond to the maturity of the target rate, that is, normally overnight.

- Open market operations.

Reverse open market operations are preferable to pure outright operations as an instrument of day-to-day liquidity management, since they avoid the underlying paper having any effects on the market and thus do not oblige the central bank to think constantly about which paper to buy or sell. Open market operations should be conducted via tender, using competitive allotment methods. Outright operations should be used only for structural liquidity provision. If reverse operations are not conducted as pure variable-rate tenders, but with some restriction in the bidding rates (for example, fixed-rate tenders), these restrictions need to be consistent with the target interest rate to avoid inefficiencies such as over-bidding and under-bidding. In the event of averaging, this includes consistency with the expected interest rate target until the end of the reserve maintenance period. A fixed tender rate should normally be in a stable relationship with the rate of standing facilities. Allotment decisions in open market operations should not be used to signal the current or future monetary policy stance. The drafting of the list of eligible collateral in reverse open market operations should a priori respect the same principles as the list for standing facilities, and an identical list for both may therefore be advantageous.

- Reserve requirements.

Reserve requirements can play a role as a monetary policy instrument mainly to allow for better control of short-term interest rates through an averaging facility and/or through the stabilization of the demand for reserves. They thereby prevent transitory shocks affecting supply or demand in the reserve market from having an impact on short-term interest rates. In addition, reserve requirements may be justified as a way to enlarge the liquidity needs of the banking system vis-à-vis the central bank. This limitation of the functions of required reserves implies that the reserve ratio should be changed only rarely, that required reserves should be remunerated, and that reserve requirements should be calculated with a sufficient time lag such that they are known at the beginning of the reserve maintenance period. Generally, reserve requirement systems should not be more complex than what is clearly justified by the functions assigned to them.

2.2.1. The implementation of the interest rate target according to the new view

The simplest system for controlling short-term interest rates is that with a symmetric standing facilities corridor around the target rate. In such a framework, changes to the monetary policy stance, that is, of the target short-term interest rate may be made without any change in reserve market conditions by simply moving the standing facilities corridor in parallel with the target rate. The average recourse to standing facilities and the outstanding open market operations remain *ceteris paribus* unchanged. In an asymmetric system with only a borrowing facility, the spread between the borrowing facility and the target rate should remain constant at, for example, 100 basis points when the target rate is changed, so as to keep signals parsimonious. This implies for the central bank a need to adjust reserve market conditions in the sense of a change of the expected and average recourse to the standing facility through open market operations. However, this change of reserve market conditions has no other significance than to compensate for the increased or decreased asymmetry of the corridor between the zero lower bound and the borrowing facility rate.

3. Conclusions

The question remains whether what is summarized above as the 'new view' is just the right view, or whether the characteristics of the economy and of financial markets, or our analysis of these, will change such that in a few years or decades another new view will emerge. The analysis in this book suggests that one can be relatively confident that the new view is indeed relatively universal and will thus prevail in the foreseeable future. The danger that quantitative operational targets will return seems limited. The memory of their unsatisfactory performance is fresh, and the focus on interest rates in the new macroeconomic literature gives more backing to a central role of interest rates than the nineteenth-century literature could. The fact that the Bank of England and the Reich bank, as well as many other central banks, operated around 1900, and thus under rather different circumstances, according to the broad principles of the new view suggests that, indeed, financial market features were never, and are unlikely to be, a good reason for deviating substantially from it. Furthermore, according to Woodford, a standing facility-based approach will be robust in the face of various monetary innovations relating to the 'information economy' that may possibly become relevant in the course of the twenty-first century.

In only one detail may one wonder whether the new view does not reflect simply an inherited doctrine, namely, the fact that the recourse to standing facilities should not be structural in order to preserve an active short-term inter-bank money market. Preserving a market should not be an aim per se, since market transactions cause transaction costs and any change that can eliminate these costs without changing anything else could be beneficial. Indeed, as long as changes in central bank rates cannot take place within one reserve maintenance period (as it has always been the case for the Bank of England and has been the case for the Euro system since March 2004), it seems to make only limited, if any, difference from the monetary policy perspective whether banks refinance mainly through reverse open market operations, or whether they cover directly a larger part of their liquidity needs through a standing facility at the target rate. The difference is especially limited if broadly the same set of counterparts accesses both types of operations and if the same collateral can be used for both (as in the case of the Euro system and the Bank of England). For instance, the Deutsche Reich bank, among other continental central banks, seems to have operated successfully with a pure borrowing facility approach between 1876 and 1914, and so did the Oesterreichische National bank even until 1995. Such an approach might have the advantage not only of saving some transactions costs in the money market, but also of further simplifying slightly the operational framework of the central bank by eliminating the need for *two* standing facilities. The drawback of this solution – that it will dry up the inter – bank market at least at the maturity of the standing facility – would, however, need to be studied further. In any case, the benefits of moving to such an approach would not be overwhelming, since the symmetric corridor system has proven its simplicity and effectiveness. On the assumption that the corridor approach eventually prevails, it seems that central banks will have to choose mainly among three interrelated dimensions: whether or not they want a reserve requirement system with averaging, how often they are willing to conduct open market operations, and whether they want a broad or narrow corridor set by standing facilities. The Bank of England has a 200 basis points corridor, no averaging, and daily open market operations. The Euro system has the same corridor, but reserve requirements with averaging, and weekly open market operations. Australia, Canada, and New Zealand have a 50 basis points corridor, no averaging, and daily open market operations. While these three were not analyzed in detail here, Woodford provides evidence that their approach makes it possible to achieve a very precise control of short-term interest rates. For those central banks wishing to move to a corridor system, the main consideration for choosing between the two models would probably be whether they dislike a reserve requirement system with averaging more than daily open market operations (neither of which actually causes problems in practice). With regard to the width of the corridor, it seems that averaging implies a wider corridor (to avoid extreme recourse to facilities in the event of rate change expectations), while a one-day

maintenance period seems to be compatible with a narrower one. Whichever variant of the corridor approach, or of an approach with structural recourse to a standing facility, is chosen, what matters most by far is that the central bank recognizes a short-term interest rate as its operational target and-that it uses monetary policy instruments to achieve this target in an unpretentious and effective way. Today, this appears to be the common approach of central banks, and the academic community too seems once again to lean more and more towards this view.

Bibliography

1. Eijffinger Sylvester, Haan Jakob de, European monetary and fiscal policy, Oxford University Press, 2000
2. Fisher Douglas, Monetary and fiscal policy, New York University Press, 1988
3. Mishkin Frederic, Monetary policy strategy, The MIT Press, 2007
4. Woodford Michael, Interests and prices: foundation of a theory of monetary policy, Princeton University Press, 2003

DEVELOPING COUNTRIES: GROWTH, CRISIS AND REFORM

Radu Marcel JOIA*
Alina Mihaela BABONEA**

Abstract

Until present, the specialists have only studied the economic situation in developed countries which are gifted with a large capital and qualified personnel. The economy in these countries usually engenders a high level of the gross domestic product. The USA and the Western Europe were among the most studied regions in the entire world.

The global economic stability has determined an elaborate study of macroeconomic issues that developing countries deal with. The main problem the countries face is the poverty and the way out is the principal purpose established in political and economic circles. The developing countries do not have or have few inputs and, as a result, this situation keeps an invariable low level for the gross domestic product.

In this way, the developing countries cannot achieve the scale economy which describes the situation in the rich states. The problems that developing countries deal with have discouraged the foreign direct investment and have reduced the economic efficiency.

As a conclusion, the growth process in economy remains incomplete and vague for the developing countries although a lot of measures have been taken for improving the system.

Key-words: *developing countries, global economy, growth, crisis, reform, GDP/capita*

Introduction in global economies

The worldwide economies can be divided in four main categories depending on the level of the Gross Domestic Product per capita, which is the most important macroeconomic aggregate:

- Economies with low Gross Domestic Product (among which we can name India, Pakistan along with most of the neighboring countries, and the majority of countries in Saharan Africa);
- Economies with a medium-low level of the Gross Domestic Product (the vast majority of countries in the Middle East, many Latin-American and Caribbean countries, many former communist countries);
- Economies with an average-increased level of this indicator (in this category, we can name Saudi Arabia, Malaysia , South Africa, etc);
- Economies with a high level of the Gross Domestic Product (including industrialized market economies and some developing countries exceptionally fortunate like: South Korea, Israel, Kuwait, and Singapore).

The first three groups of the economies mentioned above can be defined according to the industrialized economies because there have been large differences between international levels of the Gross Domestic Product at the beginning of the 20th century. This is explained by the fact that the average Gross Domestic Product per capita of the richest countries is sixty times higher than the average Gross Domestic Product per capita in the poorest developing countries. Even the countries with a high average level of Gross Domestic Product have 1/6 of the level of Gross Domestic Product per capita in industrialized countries. Primarily, the life expectancy reflects the international differences between the levels of the Gross Domestic Product. The average life expectancy decreases with increasing relative poverty.

Explaining these differences between GDP levels worldwide is one of the key goals in economy. Even the classic Adam Smith named his reference book “*An Inquiry into the Nature and*

* Assistant Ph.D., “Nicolae Titulescu” University, Bucharest, (radu.joia@univnt.ro)

** Assistant Ph.D., “Nicolae Titulescu” University, Bucharest, (alinababonea@univnt.ro)

*Causes of the Wealth of Nations*¹ using a symbol that became the origin of economy. Even during the mercantilist period, the economists have tried not only to explain why the GDP in some countries fluctuates in a given time, but also to rekindle the mystery that forms the basis of countries becoming richer, while others stagnate economically. Thus, the debates regarding the beneficial economic policies to promote economic growth were “quite fierce”, and they became a topic that made much ink to flow. Currently, a World Bank study on economic developments in 2009 explained the conclusions regarding the economic growth, all set in World Development Report².

The GDP/Capita and GDP real growth rate analysis

World Development Report 2009 concludes that the transformations in economy take place along three dimensions: density, distance, and division³. These points are essential for development and should be encouraged.

The conclusion is controversial. Slum-dwellers now number a billion, but the rush to cities continues. A billion people live in lagging areas of developing nations, remote from globalization's many benefits. And poverty and high mortality persist among the world's "bottom billion", trapped without access to global markets, even as others grow more prosperous and live ever longer lives. Concern for these three intersecting billions often comes with the prescription that growth must be spatially balanced.

This report has a different message: economic growth will be unbalanced. To try to spread it out is to discourage it, to fight prosperity, not poverty. But development can still be inclusive, even for people who start their lives distant from dense economic activity. For growth to be rapid and shared, governments must promote economic integration, the pivotal concept, as this report argues, in the policy debates on urbanization, territorial development, and regional integration. Instead, all three debates overemphasize place-based interventions.

Reshaping Economic Geography reframes these debates to include all the instruments of integration--spatially blind institutions, spatially connective infrastructure, and spatially targeted interventions. By calibrating the blend of these instruments, today's developers can reshape their economic geography. If they do this well, their growth will still be unbalanced, but their development will be inclusive.⁴

In the following, there has been made an analysis regarding the evolution of the GDP/capita from 2007 to 2009, analysis that will point the importance of adopting and promoting better policies of economic growth. This analysis does nothing more than to highlight the real economic growth rate for industrialized and developing countries.

¹ Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, published by Edwin Cannan, London: Methuen & Co., Ltd., 1904, fifth edition.

² WDR 2009 team and World Bank Development Research Group based on sub national GDP estimates for 2009 (http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2009/Resources/42310061225840759068/WDR09_00_FMGIM0web.pdf).

³ World Bank, World development report, *The Report at a Glance—Density, Distance, and Division*, World Bank Development Research Group, (http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2009/Resources/42310061225840759068/WDR09_00_FMGIM0web.pdf).

⁴ Source: World Bank: World Development Indicators (<http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTRESEARCH/EXTWDRS/EXTWDR2009/0,,menuPK:4231145~pagePK:64167702~piPK:64167676~theSitePK:4231059,00.html>)

TABEL 1⁵: GDP/capita in certain countries, 2007-2009 (\$)

Country	GDP/capita			GDP-real growth rate		
	2007	2008	2009	2007	2008	2009
<i>Developed countries</i>						
Canada	39900	39700	38400	2,5%	0,4%	-2,4%
France	33800	33700	32800	2,3%	0,3%	-2,1%
Germany	35500	35900	34200	2,5%	1,3%	-5%
Ireland	48000	46000	42200	6%	-3%	-7,5%
Italy	32100	31800	30200	1,5%	-1%	-5%
Japan	34700	34500	32600	2,3%	-0,7%	-5,7%
Spain	34800	35000	33700	3,6%	0,9%	-3,6%
Sweden	38800	38600	36800	2,7%	-0,4%	-4,6%
Switzerland	41900	42500	41600	3,6%	1,8%	-1,8%
United Kingdom	37000	37100	35400	2,6%	0,7%	-4,3%
USA	48300	48100	46400	2,1%	0,4%	-2,4%
<i>Africa</i>						
Ghana	1400	1500	1500	6,3%	7,3%	4,7%
Kenya	1700	1600	1600	7%	1,7%	1,8%
Nigeria	2300	2300	2400	6,4%	5,3%	3,8%
Senegal	1700	1700	1700	4,8%	2,5%	5,1%
<i>Latin America</i>						
Argentina	13600	14400	13800	7,5%	5%	-2,5%
Brazil	9900	10300	10200	6,1%	5,1%	0,1%
Chile	14700	15100	14700	4,7%	3,2%	-1,5%
Mexico	14400	14400	13200	3,3%	1,3%	-7,1%
Paraguay	4200	4300	4100	6,8%	5,8%	-3,5%
Peru	7900	8600	8600	8,9%	9,8%	1%
Venezuela	13200	13700	13200	8,2%	4,8%	-1,5%
<i>Asia</i>						
China	5600	6100	6500	13%	9%	8,7%
Hong Kong	43500	44300	42700	6,4%	2,4%	-3,1%
India	2800	2900	3100	9%	7,4%	6,5%
Korea, South	27500	28000	27700	5,1%	2,2%	-0,8%
Malaysia	15000	15400	14700	6,2%	4,6%	-2,8%
Singapore	52300	52200	50300	7,8%	1,1%	-2,1%
Taiwan	31600	31500	30200	5,7%	0,1%	-4%
Thailand	8300	8500	8100	4,9%	2,6%	-2,8%

Note: The data refer to the GDP/capita in \$, for the following period: 2007-2009, and the GDP- real growth rate.⁶

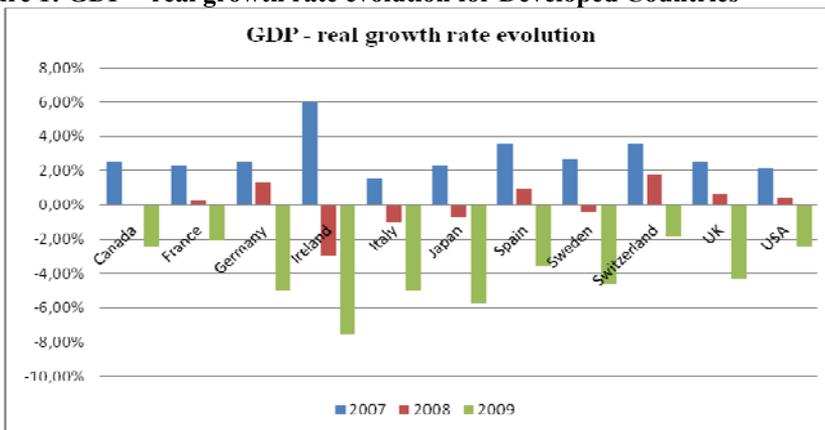
In the following, the analysis was realized for the capitalist countries and for the developing countries block, just to watch the difference between the evolution of the real growth rate and the level of the GDP/capita between 2007 and 2009. From the statistics presented in the table above,

⁵ Source: all the indicators were taken from the site of Central Intelligence Agency (www.cia.gov/library).

⁶ Source: Central Intelligence Agency (www.cia.gov/library)

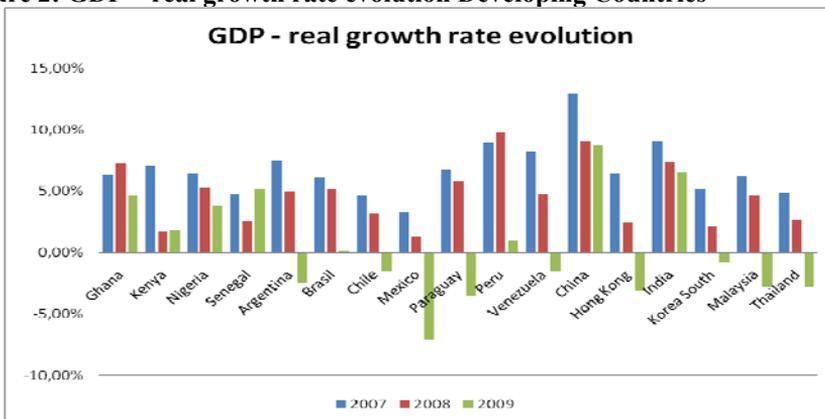
we can notice that 2007 and 2008 have been years of economic growth with a high level of GDP/capita. For instance, among capitalist countries, the largest increase in 2007 is registered in Ireland, followed by Switzerland and Spain. In this period, US have maintained the economic growth they registered between 1960 and 2004, when the GDP-real growth rate was 2,3 at 2,1 in 2007. This shows that the country is characterized by an economic stability. One can see a pronounced drop of all the above-mentioned countries, which shows a first result of global economic crisis. All the capitalist countries studied in Table 1 have experienced drastic drops of GDP real growth rate, the most prominent being in Ireland, Japan and Germany, as can be seen in **Picture 1**:

Picture 1: GDP – real growth rate evolution for Developed Countries⁷



For the developing countries from Africa, Latin America and Asia, we present the following evolution:

Picture 2: GDP – real growth rate evolution Developing Countries⁸



According to the analysis presented above, we chose to present some examples for pointing out the current situation of these developing countries in order to emphasize the global effects of

⁷ Source: Table 1 - GDP/capita in certain countries, 2007-2009 (\$)

⁸ Source: Table 1 - GDP/capita in certain countries, 2007-2009 (\$)

economic crisis:

1. **Ghana** – this is a country with natural resources, achieving twice the per capita output of the poorest countries in West Africa. Ghana is dependent on international financial and technical assistance. The major sources of foreign exchange are gold and cocoa production. The government expects that the oil production will expand in late 2010 or early 2011. The domestic economy continues to revolve around agriculture, which accounts for about 35% of GDP and employs about 55% of the work force, mainly small landholders. Ghana has strategy of growth and poverty reduction, based on macroeconomic stability, private sector competitiveness, human resource development, and good governance and civic responsibility.

2. **Kenya** – this country represents a connection for trade and finance in East Africa, and because of some political issues has kept some goods at low prices. Another issue this country confronted was the drought from 1999 to 2000 causing water and energy rationing and reducing agriculture output. As a result, GDP contracted by 0.2% in 2000. There have been many political changes that influenced the evolution of the economy. The World Bank and IMF gave financial support during the economic crisis, but this help couldn't prevent from reducing the GDP.

3. **Nigeria** – this area is featured by political instability, corruption, inadequate infrastructure, and poor macroeconomic management. The past decade has been marked by reforms in the all major domains: economic, military, political, technological and financial. The oil sector is a primary provider of capital. It provides 95% of foreign exchange earnings and 80% of budgetary revenues. IMF also gave its support to this country with a loan of 1 billion dollars. This loan has had the following purposes: to modernize the banking system, to curb inflation by blocking excessive wage demands, and to resolve regional disputes over the distribution of earnings from the oil industry. Another goal for the Nigerian government was the privatization of the country's four oil refineries and this submitted different monetary reform. The GDP rose in 2008 and 2009 as a result of the economic reforms and the infrastructure improvements. For the future the government is focusing on obtaining public-private partnerships.

4. **Senegal** –The economic reform program has began with a 50% devaluation of Senegal's currency, the CFA franc, which was linked at a fixed rate to the French franc. The government has included as measures the price controls and subsidies. This reform program, with real growth in GDP averaging over 5% annually during 1995-2008 has been the result to the government's actions. The inflation has been reduced and there have been promoted solutions for creating job opportunities. The phosphate industry has struggled for two years to secure capital, and reduced output has directly impacted GDP. Senegal signed agreements for major mining concessions for iron, zircon, and gold with foreign companies. Another issue of the government was the infrastructure and due to it, Senegal signed a Compact with the U.S. Millennium Challenge Corporation, which will provide \$540 million in infrastructure development, primarily in road construction along the borders, along with adjacent irrigation and agriculture projects.

5. **Argentina** – this country is endowed with rich natural resources, a high population, an export-oriented to the agricultural sector, and a diverse industry. The history of this country shows that it was one of the world's wealthiest countries 100 years ago, but it became a developing area because of the economic crises, the fiscal and current account deficits, high inflation, external debt, and capital flight. After a decade of financial instability and a hyperinflation, Argentina has succeeded in reforming the public and private institutions. The imports and the public expenses have been reduced drastically, the main state enterprises (including The National Airlines) have become private companies and a huge number of fiscal reforms have taken place. This economic plan has worked for a decade, being based on its own economical and political changes. This program has had a dramatical effect upon inflation, that has mentained at a 5% level after being at a 800% value. Along with these issues, there were different problems in the political system, in the labor and the industrial sector. The exports were held back by political measures that generated severe depression, growing public and external indebtedness, and a bank run culminated in

economic, social, and political crisis in the country's turbulent history. The political changes have created slow economic growth that determined the economic recession. For instance the GDP growth dropped to 0,5% in 2009.

6. **Mexico** - this region is characterized by a free market economy, that includes a mixture of agriculture and industry, existing in the private sector. The recent government has encouraged competition in seaports, railroads, telecommunications, electricity generation, natural gas distribution, and airports. The GDP per capita income is one-third of the US value; Mexico has also 12 free trade agreements with over 40 countries including, Guatemala, Honduras, El Salvador, the European Free Trade Area, and Japan, putting more than 90% of trade under these agreements. The political and the economic measures also included fiscal and monetary reforms and different solutions for the energetic area. These all measures will generate poverty reduction and job creation.

7. **China** – In this country the economy during the last years changed from a centrally planned economy to a market economy which promoted the private property. There were many reforms in several major domains, such as: agriculture, industry, banking system, stock markets, investment sector. The foreign direct investment has risen to nearly 108\$ billion in the year 2008. China was placed as the second-largest economy in the world after the US on purchasing power basis, although the country is featured by low middle-income. The government faces various economic development issues, including: reducing its high domestic savings rate and correspondingly low domestic demand through increased corporate transfers and a high social safety net; sustaining adequate job growth for tens of millions of migrants and new entrants to the work force; reducing corruption and other economic crimes; and containing environmental damage and social disagreement related to the economy's rapid reform. Economic development has been faster implemented in coastal provinces than in the interior, and many rural laborers and their dependents have moved to urban areas to find work. Another policy called „one child” had different consequences in demography, in the aging system. The causes in the environment like the pollution of the air, water and ground have created obstacles in the economic growth on long-term. In 2006, China announced that by 2010 it would decrease energy intensity 20% from 2005 levels. In 2009, China announced that by 2020 it would reduce carbon intensity 40% from 2005 levels. The Chinese government seeks to add energy production capacity from sources other than coal and oil, and is focusing on nuclear and other alternative energy development. The global economic downturn reduced foreign demand for Chinese exports for the first time in a long time in the year 2009. The administration intends to continue the reforms in economy by achieving the goal of increasing domestic.

8. **India** – This area is developing into an open-market economy, characterized by economic liberalization, reducing the government's control, using the basic principle: laissez-faire. Along the primary activities that take place in this country there can be mentioned: the traditional village farming, modern agriculture, handicrafts such as embroidery and pottery, a range of modern industries, and a variety of services. The labor force is focused in agriculture, but the economic growth happens in services. India occupies the first place in outsourced services and this activity brings a big contribution in creating the GDP per capita. Most of the inhabitants speak English and its population has become a major exporter of information technology services and software workers. An industrial slowdown early in 2008, followed by the global financial crisis, led annual GDP growth to slow to 6.1% in 2009, still second highest growth in the world among major economies. India escaped the consequences of the global financial crisis because of cautious banking policies and a low dependence on exports for realizing economic growth. The global success of this country has been a model for many developing countries which have had the same problems in labor area. India is a leader in the outsourcing BPO and it will remain in this position for long term even if a lot of countries are trying to take its place. There are developing economies that are looking forward to copy the Indian success. For example, the Chinese government has

named twenty cities as BPO centers in order to win foreign investment. In conclusion, this country tries to reduce the poverty, to invest in infrastructure, to develop more the education and to solve the issues in social, economic and environmental sectors.

East and Southeast Asia between success and crisis

Countries in East and Southeast Asia were envied worldwide especially by the developing countries. Growth economic rates of Asian countries used to place them at a high scale level, surprisingly reducing the distance between them and the developing countries. Then they were struck by a terrible financial crisis with long-term repercussions. The rapid speed that has turned the economic success of the Asian countries into a big chaos has been a shock for many observers and these events have generated a much larger crisis than those in Russia and Brazil.

South Korea was a really poor country with a modest domestic national industry and few economic prospects. Its activity was based on many economic reforms supporting the imports and promoting the exports. In this way, this country began its economic rise. From 1960 until 2003, the country increased its GDP/capita ten times more than the one in US. This fact remained the same in the period 2007-2009, until in 2009, when an economic decline of 0,8% was registered, while the US's decline was of 2,4%. What was truly surprising is that this country was not the only one in this position. Its economic growth was accompanied by many other economies in Oriental Asia, such as Hong-Kong, Taiwan and Singapore.

The economic growth in this emerging countries included schemes where the government had an active role in the allocation of capital in industry (specifically South Korea), but also included schemes as the ones in Hong-Kong and Taiwan, where industrial policies were at a high level. The economies in Taiwan and Singapore based their economic activity on foreign direct investments, on labor training and on opening to international markets.

Conclusions

There are great differences between the GDP/capita of the countries, but also between the levels of economic growth, and these lead to a personal classification of countries with the above-mentioned criteria. Among other things, the developing countries haven't shown an uniform trend of convergence to a certain GDP level in capitalist countries. Some developing countries, especially the ones in East and Southeast Asia have experienced extraordinary increases in the life general level. This explains why some countries remain poor and which the policies that can promote a sustained economic growth are.

Developing countries form a heterogeneous group, especially since, in recent years, most of them have undertaken different economic reforms. The vast majority of these countries has the following characteristics: strong state involvement in the economy, a large share of government expenditure in Gross National Product, a past with a high inflation, weak financial institutions and less developed capital markets. Corruption is another factor that led to an increase in relative poverty in these countries.

Many of these developing countries offer potential investment opportunities, and this is why it is normal that they have deficiencies in the current account which leads to an increase in external debt.

According to our own research regarding these developing countries, we have concluded that the most important factors, that can influence in a good way the emergent countries, are the geographical issues-problems like the environment, the public protection of property rights and the availability of the human capital. Capital flows from rich to poor countries also depends on these factors. They are extremely important and we believe that the economic policies should be focused primarily on eliminating the poverty. For instance, institutional reforms are the first step in human capital accumulation, along with the protection of property rights and individual safety. On the other hand, it is pointless to create an institutional environment if one misses the adapted human

capital trained in implementing public policies. In this case, one should focus on initializing this training.

References

1. Dermott, Michael: *Multinationals: Foreign Divestment and Disclosure*, London, McGraw-Hill Book Company, 1989.
2. Dunning, John H: *Globalization and the New Geography of Foreign Direct Investment*, published in *The Political Economy of Globalization*, edited by Ngaire Woods, MacMillan Press, 2000.
3. Dunning, John H.; Narula Rajneesh: *The investment development path revisited in Foreign Direct Investment and Technological Change*, vol. II, Edited by John Cantwell, United Kingdom, 1999.
4. Grant, R. M., *Contemporary Strategy Analysis*, Oxford, Blackwell, 2005.
5. *International Trade and Investment – Foreign Direct Investment and Collaborative Strategies in Trade and Investment Policy. The Globalization of the World Economy*, Edited by Thomas Brewer, 1999.
6. Joia, R.; Andrei, M., *Competing in the global economy: the innovation and knowledge management challenge*, International Conference „Provocări într-o societate a cunoașterii”, București, Aprilie 2007.
7. Smith, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, published by Edwin Cannan, London: Methuen & Co., Ltd., 1904, fifth edition.
8. World Development Report 2009, World Bank Development Research Group (http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2009/Resources/42310061225840759068/WDR09_0_0_FMGIM0web.pdf).
9. World Bank, World development report, *The Report at a Glance—Density, Distance, and Division*, World Bank Development Research Group, (http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2009/Resources/42310061225840759068/WDR09_00_FMGIM0web.pdf).
10. World Bank: World Development Indicators (<http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTRESEARCH/EXTWDRS/EXTWDR2009/0,,menuPK:4231145~pagePK:64167702~piPK:64167676~theSitePK:4231059,00.html>)
11. Central Intelligence Agency (www.cia.gov/library)

THE EUROSISTEM VERSUS THE US FEDERAL RESERVE SYSTEM

Cristian PANĂ*

Abstract

The paper analyses the main elements of the independence of the national central banks within the Eurosystem, having as starting point their role in the system and their organizational structure. It does so by taken into consideration the regime shift to the European economic and monetary union that occurred on January 1, 1999. The paper also provides a comparison of the Eurosystem and the US Federal Reserve. Although these central banking systems reflect different historical and national characteristics, the analysis will show that there are fewer differences as regards their institutional structures, monetary policy frameworks and in the use of policy instruments.

Keywords: Eurosystem, Federal Reserve System, independence, accountability, transparency

Introduction

As from 1st of January 1999, the European Central Bank (ECB) is responsible for developing and applying the single monetary policy in the euro area - the largest economy in the world after the United States.

The euro area was established when the responsibility for monetary policy was transferred from the National Central Banks (NCBs) of the 11 Member States to the European Central Bank (ECB), in January 1999. Subsequently, Greece joined the euro area in 2001, Slovenia in 2007, Cyprus and Malta in 2008, and Slovakia in 2009. Creating the euro area and a new supranational institution, namely the ECB, represented an important step in the complex and lengthy process of the European integration.

The legal basis for the single monetary policy is the Treaty establishing the European Community and the Statute of the European System of Central Banks and European Central Bank.

The documents underpinning the establishment of the European System of Central Banks (ESCB) had as starting point the assumption that all EU Member States shall adopt the euro and, thus, the ESCB will perform all tasks related to the single currency. However, until the euro will be introduced in all EU countries, the key role is held by the Eurosystem.

As central banking system of the euro area, the Eurosystem consists of the European Central Bank and the National Central Banks of the 16 EU member states whose common currency is the euro. Therefore, the Eurosystem is a subset of the ESCB. Although the ECB decisions, such as monetary policy, are applying only to the euro area countries, the Eurosystem is actually fulfilling the functions of the central bank for the euro area. Therefore, the ECB and the NCBs contribute together to the achievement of the common objectives of the Eurosystem.

The Federal Reserve System (also known as the Fed) is the central banking system of the United States. This system was established in 1910 at the initiative of several important bankers and was endorsed by the adoption in 1913 of the Federal Reserve Act. The passing of this Act was primarily a response to the crises in the banking system, the largest being the one in the year 1907. Over time, the role and responsibilities of the Federal Reserve System have expanded and its structure has evolved due to several major economic events, such as Great Depression.

The Federal Reserve System consists in 12 regional Federal Reserve Banks and a Federal Reserve Board in Washington. In 1935 the Federal Reserve Board was renamed the Board of Governors of the Federal Reserve System.

* Lecturer, Ph.D. candidate Faculty of Economic Sciences, Ecological University of Bucharest (e-mail: cristi.pana@gmail.com).

The main aim of this paper is to analyze the similarities and the differences among the Eurosystem and the Federal Reserve System taking into consideration their tasks and their legal statuses, their institutional structures, as well as the use of monetary policy instruments. It shall also examine the central banking practices showing that they have also evolved in the direction of greater independence, accountability and transparency.

Institutional and organizational framework

The institutional design of the European System of Central Banks complies with the subsidiarity principle, which is central to European unification. The structure of the decision making system and of the allocation of tasks to different levels of this supranational monetary authority complies with the following principle: The Governing Council of the European System of Central Banks is the supreme decision-making body within the Eurosystem, consisting of the Executive Council and the Governors of the 16 National Central Banks in the euro area; the Executive Council, which consists of a president, a vice president and 4 members, has the task of implementing the Governing Council decisions; the European Central Bank is the core of the system, while the National Central Banks of countries that have adopted the euro are "peripheral elements".

As regards the process of appointing the members of the Executive Council, all EU governments must agree on nominations. Thus, the recommendations are made by the Council of Ministries of Economy and Finance (ECOFIN), recommendations that will reflect the consensus of the member states' governments. Based on these recommendations, the European Parliament and the ECB's Governing Council are consulted; the appointment is confirmed by the presidents or by the governments of the Member States of the eurozone.

According to the Treaty of Maastricht, the members of the Executive Council must be citizens of the Member States, with significant professional experience in monetary or banking fields, but there is no reference to the fact that the national diversity has to be ensured. However, taking into consideration that the number of seats in the Council is only half of the number of eurozone members states and that this ratio will decrease with the adoption of the euro by more countries, to date the appointments have secured the national diversity.

As regards the Federal Reserve System, the members of the Board of Governors are nominated by the President of the United States and must be confirmed by the Senate. The President and the Vice President of the Board of Governors are appointed among the members of the Board also by the President of the country and confirmed by the Senate, although their appointment can be done simultaneously with the appointment of the Board.

The Federal Reserve Act stipulates that each region should have no more than one representative. In making the appointments, the President shall also have regard to a correct representation of the financial, agricultural, industrial and commercial interests, and as well of geographical division of the country. In practice, the geographical criterion is applied with leniency, and in recent years the members of the Board were mainly economists or bankers.

Having in regard the above, one can say that in some respects the institutional framework of the Eurosystem resembles that of the Federal Reserve System. First, both are federal systems, the European Central Bank having a role similar to that of the Board of Governors of the Fed, and the 16 National Central Banks corresponding to the 12 regional Federal Reserve Banks. Also, the European Central Bank's President shall preside over the meetings of the Governing Council as the Board of Governors' Chairman is leading the meetings of the Federal Open Market Committee (FOMC). The FOMC is responsible for formulating the monetary policy in the U.S.

However, there are some important differences. One of these is the right to vote. In the case of Eurosystem all the governors of the National Central Banks have equal voting rights in all policy decisions taken in the Governing Council. As regards the Federal Reserve System, the vote participation in the Federal Open Market Committee is much more restrictive. Thus, permanent

voting rights have only the 7 members of the Board of Governors and the chairman of the Federal Bank of New York, while the presidents of Chicago and Cleveland Federal Banks vote on alternating annual basis, while the other 9 bank presidents are sharing 4 votes, by rotation. All members attend all the FOMC meetings and debates, although they do not have vote rights.

Another major difference between the Eurosystem and the Federal Reserve System is in the way the monetary policy is applied. Although the monetary policy decisions are taken centrally, the implementation is carried out decentralized by the National Central Banks, following the European Central Bank instructions.

Setting the monetary policy objectives

The Maastricht Treaty stipulates that the main objective of the European System of Central Banks¹ will be to maintain the price stability while supporting the general economic policy so that the European Union objectives shall be achieved, without prejudice the main objective. These objectives also include ensuring a high employment rate, a non-inflationary sustainable economic growth, a high degree of competitiveness and convergence of economic performance.

Furthermore, the Treaty establishes a clear hierarchy of the European Central Bank objectives, giving an utmost importance to price stability. The ECB also gives a precise quantitative definition for this objective.

Unlike the Eurosystem, the Federal Reserve System has multiple objectives, namely: maintaining long-term growth of monetary and credit aggregates corresponding to the long-term potential for increasing production in order to ensure increased employment, price stability and moderate interest rates on long term. Although there is no hierarchy of these objectives, the Fed has allocated over time more importance to ensuring price stability.

Instruments of the monetary policy

The monetary policy instruments available to the Eurosystem are open market operations, standing facilities, reserve requirements, and in the case of the Federal Reserve System the open market operations, the discount window and the reserve requirements.

In terms of open market operations, the Federal Reserve System buys U.S. government securities with a commitment to repurchase them at a later date, not more than 7 days (repurchase agreements). The operations most frequently performed by the European Central Bank are refinancing operations, respectively repurchase agreements older than 2 weeks.

Having in regard the above, it can be said that the difference between the two systems is the frequency of these operations, in the case of the European Central Bank the refinancing operations being carried out weekly, and for the Federal Reserve System daily. Also, another difference is that the ECB accepts a wide range of liabilities, not just government bonds issued by member states' governments, while the Federal Reserve System deals only with government securities issued by U.S. government. And not least, the Eurosystem open market operations are decentralized, each national central bank executing transactions with different financial institutions, although under the supervision of the European Central Bank.

The second instrument of monetary policy is the overnight loans granted to the financial institutions. Within the Federal Reserve System they are called the discount window and are fixed as follows: the Board of directors of each regional Federal Reserve Bank sets the discount rate - the interest rate on overnight loans granted to financial institutions - to be then approved by the Board of Governors. Although this rate is set below the federal funds rate target, there are recorded very few applications because the Fed discourages this type of loan.

¹ The Treaty makes reference to the ESCB and not to the Eurosystem as it was elaborated from the presumption that all EU Member States shall eventually adopt the Euro

The overnight loans granted to financial institutions by the European Central Bank are called marginal lending facility and they represent the rate at which the financial institutions can borrow from the national central banks. It is always set by the Governing Council over the main refinancing rate, the banks being free to borrow from this facility.

Another standing facility used by the European Central Bank is the deposit facility which allows banks to open overnight deposits at the National Central Banks and earn the related interest. The interest rate for these deposits is set below the marginal refinancing rate. These deposits are different from those created to meet the minimum reserve requirement. The Federal Reserve System also allows banks to deposit reserves, but no interest is paid.

The third instrument is the minimum reserve requirement for the financial institutions. Currently this is not used as an active tool as adjustments are rare. Under the Maastricht Treaty, the Governing Council may set minimum reserve requirements, but it is not mandatory to do so. On the other hand, the Federal Reserve System has the obligation to impose on all depository institutions minimum reserve requirements, also setting the margins of these deposits. However, the Fed can temporarily suspend this requirement.

Elements of central bank independence

In order to analyze the degree of independence of the central banks it is important to take into account the difference between formal and real independence, which can be substantial and varied depending on social movements, economic developments and people involved². The following classification represents a synthesis of different approaches on identifying the key components of central bank independence:

(1) The objectives of the Central Bank

As regards the objectives of the central bank, it has to be taken into consideration two aspects: first, the national bank sets its objectives or these can be determined by another player or factor, such as legislator or the "inflationary" objectives set by the government. Second, the central bank can pursue a single goal or a combination of different objectives (domestic price stability, exchange rate stability, economic growth, employment, etc.). The overall objective has to be correctly defined and, in the case there are several objectives to be achieved, there has to be a clear hierarchy of objectives. Also, the objective of price stability has to be clearly defined so that it does not leave room for interpretation.

Taking into consideration these aspects, the central banks should not set monetary policy objectives themselves, but rather they should be independent agents that pursue on a goal that was set by a "principal".

(2) Functional independence

This area includes those issues that determine whether the central bank can pursue its objectives without interference. First, the question is whether the central bank is authorized to make decisions independently on its monetary policy strategy and has the necessary tools to pursue this strategy. In general, most industrialized countries today fulfill this criterion. A central bank that uses the monetary policy in order to achieve an inflation target set by the government does not have the freedom to define autonomously its monetary policy strategy.

Second, an important criterion is how much the exchange rate policy restricts the central bank's monetary policy. In most countries, the exchange rate policy is for the Government. An external exchange rate anchor can considerably restrict the actual operating space of the central bank, depending on the rigidity of exchange rate target or of the intermediate target. Small open economy can deliberately use this instrument of self-engagement within a comprehensive political

² European Commission - *Euro 1999. Report on progress towards convergence and recommendation with a view to the transition to the third stage of economic and monetary union*, part 2: Report, Brussels, 1998; European Monetary Institute (EMI) - *Convergence Report. Report required by Article 109j of the Treaty establishing the European Community*, Frankfurt, 1998

stability. This does not apply to large open economies like the euro area.

Third, an essential criterion of functional independence is whether the central bank may be required to credit the government.

(3) Personal independence

The aspects that should be considered when the personal independence is measured in a central bank are: who appoints the Governing Council of the central bank and what are the criteria for the appointment; whether the Governing Council members must fulfill their function as main occupation; what is the mandate period for the central bank Governing Council members and whether they are protected from early termination of their term of office; who defines the terms of employment contracts for the Governing Council members; whether the Governing Council members are explicitly protected by the obligation to take instructions and attempts to exercise influence over them.

(4) Institutional independence

This criterion refers mainly to the legal situation of a central bank status. The more difficult to change the status, the better protected is the central bank independence.

(5) Budgetary independence

The central bank must have the financial resources necessary for carrying out its tasks. By international standards, the Treaty grants the Eurosystem a very high degree of formal independence, respectively both to European Central Bank and National Central Banks. Therefore, the Eurosystem can be based on an almost optimal legal framework for building credibility in policy-oriented stability.

In light of the long process of preparation and convergence to the monetary union, it can be said that policy makers generally subscribe to the concept of central bank independence and of delegation of monetary policy making at European level.

Independence of the Eurosystem and the Federal Reserve System

One motive for granting independence to central banks is to ensure the conduct of monetary policy without political interference, particularly if the intervention is determined by the pressure of elections to provide short-term gains without taking into account the long-term costs.³

The European System of Central Banks has a high degree of independence from member states' governments and the European Union. The Governing Council has control over monetary policy instruments and it is forbidden to receive instructions from the governments of the euro area countries.

Also, the provision regarding the impossibility of renewing the term of office for the Executive Council's members was introduced to prevent political interference. The Maastricht Treaty, in addition to guaranteeing the independence of the European Central Bank, also stipulates, as a condition of joining the Eurosystem, the independence of the National Central Bank.

Studies in the field have stressed the importance of independence, demonstrating the existence of a negative correlation between a country's inflation rate and the degree of independence of the central bank, and also the fact that the economic growth should not be sacrificed in order to achieve a lower inflation rate. All these results have helped to change the legal status of several national banks in the sense of reducing the government control and of increasing the importance of price stability.

Concerning the Federal Reserve System, at the time of adoption of the Federal Reserve Act, the independence was not a priority. In time, the Fed independence increased. Thus, the term of office for the members of Board of Governors has increased from 10 to 12 years, in 1935 being set at 14 years. A key moment for the monetary policy independence was the passing in 1951 of the

³ "The Politics of Monetary Policy: Balancing Independence and Accountability", remarks at the University of Wisconsin, LaCrosse, Wisconsin, 2000.

Agreement between the Federal Reserve System and the Treasury. The Fed was no longer required to maintain the rate of inflation at the level of the government securities.

The independence does not have only advantages. The decisions taken by central banks affect the economy and hence the population. As the central banks are independent, the decisions are not being taken anymore by elected officials and the government's capacity to remove officials from the central bank is restricted.

Given the above, in democratic societies, in order to ensure the independence, accountability and transparency are considered to be absolutely necessary. Thus, the accountability represents the principle according to which the central bank should be responsible for its actions, and the transparency is the ease with which these actions can be observed and understood.

In terms of *accountability*, one of the things that a central bank should be responsible for is the legislative mandate, respectively the objectives set by the government.

As already mentioned, the European Central Bank's objective, set by the Governing Council, is price stability, respectively an inflation rate on medium term below 2%. On the other hand, the objectives of the Federal Reserve System are maximum employment, price stability and moderate inflation rates. The accountability is easier to follow in the case of a single goal or, in the case of multiple objectives, if they are ranked in order of importance.

The central bank should also be responsible for its actions to the public. This control is made through the elected representatives of the people who are required to pursue the achievement by the central bank of the mandate it was invested with. Thus, the U.S. Federal Reserve answers to the Congress, which is composed by representatives of the people, but it also has the ability to change the mandate of the Federal Reserve System by amending the Federal Reserve Act.

After several amendments of the Federal Reserve Act, the revision of the Act in the year 2000 stipulated the obligation for the Board of Governors to submit a written report to the Congress, report that will be presented by the President of the Board twice a year.

As regards the euro area, it is more difficult to establish to whom the European Central Bank should answer to. Although the European Parliament is the institution representing the European public, it does not have the same authority over the European Central Bank that the U.S. Congress has over the Federal Reserve System. The Parliament may request to the members of the Executive Council to appear before its committees, but not to the other members of the Governing Council, namely to the national banks' governors. Unlike the U.S. Senate, the European Parliament has no veto power in appointing the members of the Executive Council, having only an advisory role. Furthermore, to change the mandate of the European Central Bank or the majority of regulations on its operations, it is necessary to amend the Treaty, which requires its ratification by all EU Member States. In addition, the European Central Bank must be consulted before making any changes.

Under the Treaty, the European Central Bank has to report annually to the Parliament, ECOFIN, the European Commission and the European Council on developments in monetary policy for the current and the previous years. The requirement for reporting to several institutions reflects the lack of existence of a single institution to control the central bank mandate and to represent the European population.

When considering the *transparency* of monetary policy we have to analyse the transparency of objectives, of policy decisions and the outlook. The objectives of the central bank must be both clearly defined and easily to understand⁴.

For the euro area, the Maastricht Treaty clearly identifies the objective of the European Central Bank, namely price stability, and the Governing Council gives a quantitative definition of this objective. Also, the European Central Bank sets a monetary aggregate target to determine

⁴ Alan S. Blinder - *The Quiet Revolution: Central Banking Goes Modern*, New Haven, Yale University Press, 2004

whether its policies are successful or not.

As already stated, the Federal Reserve System has three objectives, but they are neither defined nor classified in order of importance. According to the Federal Reserve Act, until year 1999 the Federal Open Market Committee should set monetary aggregates' targets, but currently this requirement was abandoned.

Another feature of transparency is the requirement that the public policy decisions to be clearly communicated, while providing the rationale for these decisions. Thus, the Fed issues a press release following each meeting of the Federal Open Market Committee, which is more detailed as in the case of the Governing Council. Also, before each meeting, the FOMC makes public the previous meetings' minutes.

The European Central Bank, after the Governing Council's meetings that have as subject the monetary policy, issues a press release that presents all changes in terms of refinancing, marginal credit and interest rates on deposits. The President also holds a press conference presenting the economic conditions and forecasts in order to provide a picture of the situation that led to policy decisions. In addition, the European Central Bank publishes a Monthly Bulletin which presents any changes in policy and economic conditions in the euro area. Unlike the Federal Reserve System, the European Central Bank does not publish minutes of its meetings⁵.

When considering policy transparency it is also necessary to consider the economic forecasts that may provide indications regarding future policy decisions. The Federal Reserve System unveils two types of information on its economic development forecasts. Thus, its reports to Congress includes individual forecasts of the Governing Council's members and of the regional banks' presidents in terms of results, inflation and unemployment for the current year and the next. Since year 2000, the press release of the Federal Open Market Committee also includes a statement of the risks where it is presented the way the Committee shall evaluate the risks of high inflation or economic weaknesses in the near future. This statement of risk is seen as an indicator of future policy⁶.

Initially, the European Central Bank did not publish estimates, but from 2000 onwards began to include them in the Monthly Bulletin.

Conclusions

This paper presented the similarities and differences between the Eurosystem and the U.S. Federal Reserve System. From the institutional framework point of view, both the Eurosystem and the Federal Reserve System are federal systems. The European Central Bank has a role similar to that of the Board of Governors of the Federal Reserve and the 16 national central banks correspond to the 12 regional Federal Reserve Banks. Also, the Governing Council meetings are chaired by the European Central Bank President and the Chairman of the Board of Governors leads the meetings of the Federal Open Market Committee. The monetary policy decisions are adopted on the principle of majority vote, both in the case of Governing Council and Board of Governors.

The Board of Governors has more control on the appointment of the regional Federal Reserve Bank's presidents than has the Executive Council in appointing the presidents of the National Central Banks. In the U.S., the presidents of the Federal Banks have to be confirmed in the office by the Board of Governors, while in the Eurosystem the governments appoint independently the presidents of the National Central Banks.

Regarding the monetary policy objectives, the Federal Reserve System has a set of objectives, including price stability, growth and employment. Under this system, the central bank

⁵ Sirikka Hämäläinen - "*The Single Monetary Policy—Formulation, Implementation and Communication*", the 32nd Annual Conference of the Money, Macro and Finance Research Group, South Bank University, London, 2000

⁶ Federal Reserve Press Release, January 2000

is free to set its own goals in detail. It is only required to report to Congress at regular intervals. In the Eurosystem, the objectives are established by the Treaty and the Statute of the European System of Central Banks and of the European Central Bank. There is a clear hierarchy between the primary objective of price stability and the secondary to support general economic policies in the Community.

The open market operations in the United States are made exclusively by the Federal Reserve Bank of New York, the refinancing operations being carried out daily and being traded only government securities issued by the U.S. government. In Eurosystem, the open market operations are decentralized, each National Central Bank executing transactions with different financial institutions, although under the coordination of the European Central Bank. The ECB accepts a wide range of liabilities, not just government bonds issued by member governments; the refinancing operations are conducted weekly.

There are also some differences in terms of communication strategies. The European Central Bank does not make public the minutes of the Governing Council's meetings, unlike the Federal Reserve System. It has to be said that the ECB must provide detailed information after the decisions on interest rate were taken.

Taken into consideration the above, it can be concluded that although the structures of the two systems are similar, there are differences in how they operate, the Eurosystem being more decentralized, the national central banks having many tasks.

References

1. Alan S. Blinder, *The Quiet Revolution: Central Banking Goes Modern* (New Haven, Yale University Press, 2004)
2. Nicolae Dardac and Teodora Barbu, *Monedă, bănci și politici monetare* (Editura Didactică și Pedagogică, București, 2006)
3. European Central Bank, *The European Central Bank, the Eurosystem, the European System of Central Banks* (3rd edition, April 2009)
4. European Central Bank, *The Monetary Policy of the ECB* (2nd edition, 2004)
5. European Central Bank, *10th Anniversary of the ECB* (Special Edition of the ECB Monthly Bulletin, June 2008)
6. European Commission, *Euro 1999. Report on progress towards convergence and recommendation with a view to the transition to the third stage of economic and monetary union* (part 2: Report, Brussels, 1998);
7. European Monetary Institute, *Convergence Report. Report required by Article 109j of the Treaty establishing the European Community* (Frankfurt, 1998)
8. Federal Reserve Press Release (January 2000)
9. Carmen A. Gheorghe, *Drept bancar comunitar* (Editura C. H. Beck, București, 2008)
10. Sirkka Hämäläinen, *The Single Monetary Policy - Formulation, Implementation and Communication* (the 32nd Annual Conference of the Money, Macro and Finance Research Group, South Bank University, London, 2000)
11. John P. Judd and Glenn D. Rudebusch, *The Goals of U.S. Monetary Policy* (Federal Reserve Bank of San Francisco Economic Letter, 1999)
12. Patricia S. Pollard, *Central Bank Independence and Economic Performance* (Federal Reserve Bank of St. Louis Review 75 (4), 1993)
13. Adam S. Posen, *Central Bank Independence and Disinflationary Credibility: a Missing Link* (Brookings Discussion Papers in International Economics 109, 1994)
14. *** *The Politics of Monetary Policy: Balancing Independence and Accountability*

(remarks at the University of Wisconsin, 2000)

15. European Central Bank – www.ecb.int

16. European Union website – www.europa.eu

THE MONETARY NEUTRALITY AND ITS IMPLICATIONS UPON THE REAL ECONOMY

Alexandra ADAM*
Ioana MOLDOVAN**
Simona HUDEA***

Abstract

The monetary neutrality considers the way the monetary decisions affect the real variables and implicitly the real economy both on short term and long run. Although early study of this problem is rooted in the '70s, the issue is studied also nowadays, as many works aim to test whether the long-term monetary neutrality occurs indeed at any time, in any circumstances and regardless of the area. This paper aims to analyse the answer to the following question: How do monetary changes affect the main macroeconomic variables, such as output, real wages and real interest rates?

Keywords: money, real interest rate, monetary policy, real wages, real variables

Introduction

In this article we consider particularly the discussion of some key issues regarding money, the effects on real variables in short term and long run due to its changes. To reflect this interaction between money and real economy, we considered it necessary to display different ideas acquired by Keynesians and Monetarists. While the debate of these economists' opinions pertaining to these two trends seem to be of the past, from our point of view in order to develop new theories and ideas is absolutely necessary to study the past.

Moreover, in order to highlight the importance of interaction between money and real economy we could not neglect monetary neutrality, which is referring to how the monetary decisions affect real variables (and implicitly the real economy) on short term and long run. Although early study of this problem is rooted in the '70s, the issue is studied also nowadays, as many works aim to test whether the long-term monetary neutrality occurs indeed at any time, in any circumstances and regardless of the area.

This paper aims to analyse the answer to the following question: How do monetary changes affect the main macroeconomic variables, such as output, real wages and real interest rates?

The answer to the question was obtained by analyzing several reference works on the topic, one of them being Robert Lucas' lecture, Nobel Laureate on monetary neutrality.

The need to capture the monetary implications on socio-economic and political space from nowadays leads us to do, above all, a periplus in the literature, covering the history and evolution of money because the latter is, rightly so, "the central axis" of the modern society.

In the everyday language and literature, it is used not only the term "money", but also the term "currency".

Money is "anything that is generally accepted as payment for goods and services and replicas of debt" (Mishkin 2004, 8). Money is, also, considered "a set of assets in an economy that people regularly use to buy goods and services from other people" (Mankiw 2007, 320). In the explanatory dictionary of Romanian language, the money means "general equivalent value of the goods, metal or paper currency recognized as a medium of exchange and payment.

* Lecturer Assistant, Academy of Economic Studies, Bucharest (e-mail: ale_adam2007@yahoo.com).

** Lecturer Assistant, Academy of Economic Studies, Bucharest (e-mail: ioana.moldovan@economie.ase.ro).

*** Lecturer Assistant, Faculty of Economic Sciences, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest (e-mail: caraman_simmy2005@yahoo.com).

The term of currency means "notes and coins" in Miskin's opinion and according to Larousse dictionary it means "a piece of metal issued by the sovereign authority to serve as a medium of exchange".

The definitions above allow us to observe differences between the two concepts:

- the concept of money includes all means of exchange;
- the concept of currency is the generic name for banknotes and metal parts.

Nowadays, the term of currency is broadly used, which means consideration of coins, banknotes and scriptural money. From this point of view, it is considered that the two terms are similar, leading to the similarity of currency and monetary circulation (Vasilescu 1980, 15).

As the economy takes place in time and a considerable number of decisions are made in situations of uncertainty, currency plays a vital role by creating a link between present and future. Therefore, it is imperative to study it in light of two trends: Keynesism and Monetarism, which led to the shaping of ideas on its role in the economy.

Monetarism vs. Keynesism – confrontation of ideas

To reveal the importance of money we have to discuss the divergent views of Keynesians and Monetarists from the 1950s until the 1970s (Bradford de Long, 2000, 83-94).

Europe has experienced for the first time what much later was to call monetarism in the XVI century, under the influence of mercantilist doctrine, which saw the accumulation of precious as a source of wealth nations. Unfortunately very few endowed with gold and silver, Europe was obliged to seek different solutions to get rich with these metals. English people, due to a system of contracts, forced every importer to buy with gold English products before leaving England. The French people made low-priced manufactured goods guaranteed by the State in order to be more competitive abroad. Payable in gold, these assets contributed to increasing the nation's stock of precious metals. Spanish and Portuguese conquistadors went to South America to bring precious metals and so to enrich considerably Spain and Portugal. Gold brought in Spain caused a real economic crisis. Economic growth slowed and inflation appeared. Taking advantage of its reserves, Spain multiplied minting gold coins, thus contributing to the devaluation of reference monetary material and to further increases of the price.

The first relationship between real property and monetary system has been identified as a result of the above events, opening the way for theoretical debates during the following centuries.

The increase of prices led to a famous controversy between Malestroit (Adviser to the Court of Auditors) and Jean Bodin (French economist and philosopher). According to the first, the price increase is only apparent because it is due to the currency's wear, these do not contain enough gold. Jean Bodin considers the price increase as being real and takes account of the gold stock's growth. His paper, *Responses à monsieur de Malestroit*, announces the quantitative theory of money.

These theories are then studied by David Hume in *Of Interest*, David Ricardo in the *Des principes de l'economie politique et de l'impôt* which defines the first principles of the Cambridge equation, resumed by Latane in *Cash, Balances and the Interest Rate: A Pragmatic Approach* and known as a "quantity theory of money" by Fisher, the representative of early monetarism.

Monetarism is divided into four parts: First Monetarism, Old Chicago Monetarism, Classic Monetarism and Political Monetarism.

First Monetarism belongs, among others, to Irving Fischer (*Appreciation and Interest, The Rate of Interest and The Purchasing Power of Money*). In its work, the author stresses that to understand the determination of prices, interest rates and the business cycle it should be seen first the stock of money. Also, Fisher is the one who developed "quantitative theory of money". It is true that this theory goes back to David Hume, or even earlier, but Fisher is the one who turned the theory into a tool to achieve the quantitative analysis and for producing forecasts on prices, inflation and interest rates.

The theory is mathematically represented as: $MV = PQ$, where M = money, V = velocity of movement, PQ = total transactions. This simple equation allows a greater understanding of the monetarist critics. Nobody disputes the form of the equation, but having it as a base the economists may collide with each other endlessly in the variables behaviour.

The Monetarists' critics say that the standard analysis of the quantity theory of money is completely useless: " Now "on long run" this thing (drawing the quantity theory: a doubling of money doubles price level) is probably true ... But this term is a cheating guide to current affairs. In the long run we are all dead. "(Keynes 1923)

Furthermore, Milton Friedman agrees with the assessment made by Keynes. He stated that one of the main aims is to save Monetarism from being a "rigid and atrophied caricature" of the economic theory that has become in the period between the two wars (Friedman 1956, 3-21). Meanwhile, economists such as Robbins (*The Great Depression*) and Joseph Schumpeter (*Depressions*) shared the view that monetary and fiscal policies were ineffective in fighting recession as they could not create real wealth, but only one false that contains the seeds of a future longer or deeper depression.

The Old Chicago Monetarism is represented by Viner, Simons and Knight. This school emphasized the variability of velocity and its potential correlation with inflation. They accused the monetary forces that have caused deflation as a source of depression. Viner said that due to monetary and fiscal policies ... banks failed and the amount of deposits dropped "along the Great Depression. Their solution is a stimulating monetary expansion and large government deficits (Viner 1933).

Among those who do not recognize this school include Don Patinkin and Harry Johnson. In their work *The Chicago Tradition, The Quantity Theory, and Friedman and The Keynesian Revolution and the Monetarist Counterrevolution* they argue that Old Chicago Monetarism is too amorphous and vague to be called a theory or a school. On the other hand, there are supporters as Friedman or Tavlas (*Retrospectives: Was the Monetarist Tradition Invented?*) who agree that it is a theory, even if only a default theory, a theory that was not ever written, an "oral theory ". Friedman in *Comments on the Critics* (1972) believes that this oral tradition made possible macroeconomic analysis considered by Viner: a "subtle and relevant version of the quantitative theory a flexible and sensitive tool for the interpretation of aggregate economic activity movements and for the development of relevant policy recommendations.

Whether it is considered a theory or not, it is important to note that those who belonged to the Old Chicago Monetarism did not believe that the velocity is stable and the money supply can be controlled directly and easily. They didn't believe that the velocity is stable as traders act differently in the period of boom, inflation, recession and deflation. Or just because of such differences, there are amplified the effects of monetary shocks on nominal total expenditure with effect on the real economy.

The Classic Monetarism is represented mainly by Milton Friedman with the following works: *Essays in Positive Economics, Studies in the Quantity Theory of Money, A Program for Monetary Stability and The Role of Monetary Policy*. Other representatives are: Karl Brunner with *The Role of Money and Monetary Policy*, and Alan Meltzer with *Friedman's Monetary Theory*.

This school includes empirical demonstrations for several problems, namely:

- if money demand functions may be stable under extreme conditions of hyperinflation;
- how close is the natural rate of unemployment the unemployment rate;
- what is the potential of monetary policy over time;
- demonstrations of short-term effects of monetary policy.

So, the monetarists argue that on short-term, money can influence both prices and economic activity, but on long run, changing the money supply leads only to price changes. Keynes advocated state intervention in economy and thought that a government that leads well

and prudently can bring economic growth and stable prices. In contrast, the monetarists considered the non-influence of government expenditures on prices or production, if money supply does not change. In other words, money is the only that counts.

We believe that this vision is an extreme approach, because in reality, there is a need of both a monetary and fiscal policy. For an economy to achieve the optimal level, these policies should be intertwined, coordinate, in order to achieve a policy mix.

Monetarists argue that velocity is stable because if the Central Bank increases money supply by buying securities, the producers have more money. People, believes them, have money in particular for daily transactions. If they have more money, then people will buy more goods and services, so GDP increases. Otherwise, if people have less money (Central Bank has reduced money supply), they will spend less, so GDP will decline. Therefore, monetary policy affects the liquidity of the population.

If velocity is stable, and the central bank can control the money supply, then there is an effective tool (money supply) which can speed up or slow down economic activity. However, when the velocity is not stable, and people oscillate between keeping a greater or lesser part of their current funds and current accounts, controlling money supply is no longer of much use, and the acceleration stops working well.

Keynes's criticism aimed precisely the following: why the velocity must be stable? Why do people have to spend all that have more? Why cannot be save that money? Keynes introduced another reason, the speculative one, in which economic agents can use extra cash to speculate on market shares and bonds.

The Keynesians appreciated, also, another transmission mechanism of money, the interest rate. They considered two important steps must be fulfilled. The first phase refers to the fact that if the Central Bank increases the money supply, people should not collect money. However, if this is not done, they can buy stocks and bonds, meaning financial assets rather than real assets. This will result in lower interest rates. The second stage involves credits from banks to households and firms, but, also, the purchase of goods and services, so as to increase the GDP.

Conversely, if money supply is reduced, people might not care about having less money saved. Even if they could sell their financial assets, leading to increased interest rates, those who want loans might not be discouraged by this (if they have to continue some projects necessarily), so that GDP will fluctuate.

In this criticism, as that money would not count too much, Friedman published a series of essays by which he improves the quantity theory. He says that demand for money is stable because it depends on factors with long-term action, such as health, education and income level which one expects to obtain throughout life. As these factors do not change randomly, the velocity does not fluctuate (Friedman 1956, 3-21). (Keynes did not take into account long-term factors)

Moreover, Friedman turned his attention to consumption. If Keynes believed that people change their consumption based on current income changes, Friedman says that people consume steadily as they have certain expectations in the long term income. Thus, the permanent income hypothesis is born. Consumers will not allow a low week, month or year to change their lifestyle. They simply will use the savings. But if they see a major shift, they will change their way of acting.

The conclusion of Friedman's remarks is represented by the stability of consumption.

Friedman believes, also, that the Great Depression is a proof of monetary policy and not of her inability - as Keynes believed. It argues, moreover, the idea that misuse of monetary policy accompanies each strong recession and each period with emphasized inflation (Friedman and Schwatz 1963). The authors have not agreed with the Federal Reserve, which during the crisis did not give cash to banks in order to give customers money back. They argue that a little help from the Federal Reserve would have instilled more confidence to the customers.

After the power of money has been proven, Monetarists wanted to contradict Keynesians' statement that government spending would stimulate the economy. They obtained the demonstration by answering the following question: where comes the money that the government spends from? If money supply is constant, while the state spends money means that someone should spend less. If you increase taxes to finance various programs, consumers no longer have as much cash available for purchases. If the State borrows by selling bonds, companies can not borrow as much to invest. Interest rates increase and decrease investments. It is clear that increasing government spending lower the private sector spending.

Keynesians can not deny this, but they claim that the reduction in private spending is not perfectly equal to the growth of government, especially during recessions. So what is important is the extent of reduction.

Even if Monetarists are right and the velocity is stable on long run, it certainly varies in the short term. If the velocity drops for a few months, while the money supply continues to grow at a steady pace, the economy will collapse. Maybe not for long, but in such circumstances the number of jobs depend on what the Central Bank does. Some hard questions about the central bank remain unanswered: How long it needs to detect a change in velocity? How much time must pass so that the measures taken by it to influence the economy?

Moreover, the behaviour of a central bank depends heavily on the information available. The dynamic behaviour of the monetary policymaker varies because it reacts differently when there is complete or incomplete information. (Dotsey and Hornstein 2002)

It is said that "early Keynesianism received a "rediscovery of money ". Money matters without and can only. In their enthusiasm about the role of fiscal policy many Keynesians unduly underestimated the role of money. "(Samuelson and Nordhaus 1985, 331)

Currently, it takes a mix of policies, both monetary and the fiscal one.

Political Monetarism was something different from the Classic Monetarism. The idea of this theory is that the velocity can be made stable if monetary shocks are avoided, but that the velocity is stable. It supports the idea that there is no need for institutional reforms as the central bank to have easy control over money supply because central bank already controls the money supply changes. The Central Bank is the source of all monetary forces. Everything goes wrong in the economy has a single, simple cause: central bank failed to increase the money supply with an adequate rate.

Those who belong to this school claim that the major effect of fiscal stimulus is to increase interest rates more than you should and not to increase the nominal demand. Only if the fiscal stimulus is financed by issuing money has a positive effect. They also are sceptical regarding velocity's dependence of interest rates. Their conclusion is that any policy that does not affect the amount of money and its growth rate simply can not have a major impact on the economy.

The Political Monetarists have not enjoyed the same success as the Classics.

The research that we undertook in this area show that, currently, there are ideas kept from both Monetarists and Keynesians. From Monetarists the ideas preserved are in particular those relating to the fact that for realizing a macroeconomic policy analyse should be considered long-run implications, that monetary policy is a powerful tool for achieving macroeconomic stability and from Keynesians the one relating to the fact that for an economy to function optimally the state intervention is, also, necessary.

But, the assumption that it is easy for a central bank to find and control the relevance of money supply has proved to be false. (Goodhart 1970)

It is therefore necessary to observe short term and long run implications of monetary changes needed to study monetary neutrality, meaning how these changes affect real macroeconomic variables.

Monetary neutrality and its implications

How monetary changes affect important macroeconomic variables, such as production, real wages and real interest rates?

This question has intrigued many economists. David Hume, the great philosopher, suggests that all economic variables should be divided into two groups: nominal variables - measured in monetary units and real variables - measured in physical units (Hume 1970). Currently, this separation of economic variables is called the classical dichotomy.

Applying classical dichotomy on price is a little more complicated. Prices from an economy are usually noted in terms of money and therefore are nominal variables. Regarding the relative price - the price of an object compared with one another - it is a real variable because the measure in monetary units disappeared and appears the one in physical units.

Separation of variables is necessary. According to Hume, certain factors affect nominal variables and other real variables. He supports the idea that nominal variables are affected by developments in monetary economic system, while this monetary system is irrelevant in terms of understanding the determinants of real variables.

Changes in money supply affect nominal variables but not real ones. When the central bank doubles the money supply, the price is doubled, the salary is doubled. Real variables such as production, real wages and real interest rates do not change. The irrelevance of monetary changes for real variables is called monetary neutrality.

Hume highlights the neutrality of money: "It is indeed obvious that money is not anything but a representation of labour and goods and serves only as a method of rating or estimation. When the currency is in full so that a larger amount is necessary to represent the same quantity of goods, it can't have any effect, either good or bad."

Also, Hume writes: "When a quantity of money is imported into a country, it is not initially dispersed in many hands, but it is kept in the locker of a few people that will use it in order to obtain an advantage. Here we may find a set of producers and traders who have received, for example, gold or silver for some goods sent to Cadiz. Thus, they can hire more workers than before, who do not dream to ask for higher wages, but they are happy for the job obtained from these good employers. [Crafts] ... carries his money to the market, where he finds all at the same price as formerly, but returns with a larger quantity of goods and of better quality for the benefit of the family. Farmer and gardener, finding that all their assets were sold promptly increase production ... It is easy to find money through the entire state, where we first find that each individual's diligence should be accelerated before increasing the work price." (Hume 1970)

Is this monetary neutrality conclusion a real description of our world? The answer is: not really. A change in monetary decisions has short-term effect on real variables. Hume himself was not sure whether monetary neutrality applies to short-term. Most economists accept Hume's long-term conclusions.

Robert E. Lucas, Nobel Prize in 1995 for monetary neutrality, demonstrates in one of his works of 1972 *Expectations and the Neutrality of Money* that money is not neutral in the short term.

To do this, he uses a model taken from Samuelson's working paper *An Exact Consumption-Loan Model of Interest with or without the Contrivance of Money*.

Samuelson introduced a simple example of an economy in which cash does not have a direct use in consumption or production, but plays an essential role in economic life.

In Samuelson's model, each individual lives two periods: one of activity and another one of retirement; so, two generations coexist in each period, one of active youth and the other one of old pensioners. There is no family structure in this economy: no inheritance or financial support made by one individual to another. The youth work and produce goods, while the elderly consume goods, but they are not able to produce.

One of the problems is providing sufficient resources to the second generation. Those who wish to consume, the elderly, have nothing to offer in exchange for goods produced by the young. If it is assumed that there is some money in circulation, initially in the hands of the elderly, then they will give young people in exchange for goods, establishing a market price.

The cash introduction remedies this deficiency. The presence of currency enables young people to sell their production against the money, currency that they will use in old age to purchase goods. Will accept young people these symbols- with no intrinsic value (Wallace 1980) - and to retain symbols value as goods at any level greater than zero? Perhaps not: this possibility can not be stated definitely. Young people can accept to produce in exchange for fiduciary currency because they hope that in the future when they become older to be able to pay for goods produced in that period.

The difficulty arises from non-contractual nature of money: nothing can guarantee to the current youth that, when they are old, the future young people will accept as payment the money.

It is possible that money runs endlessly, being continually changed on goods. If the exchange takes place in a single competitive spot market and the price p is established, then a young person who starts without money and produces n pieces will receive pn cash units. If that person spends all the goods in the next period, it will be achieved $(pn) / p = n$ units of consumption. If money supply is constant and distributed to each elderly person in the value of m , then the equilibrium price will also be constant: $p = m / n^*$, where n^* is the units consumed in equilibrium conditions, meaning when the consumer utility is maximized.

Obviously, in this case, Hume's theory is true: if m increases, the equilibrium price level increases in the same proportion and the amount of work and production will not be affected at all.

If the stock of money is changed, the issue of neutrality is complicated. The hypothesis of a constant money supply is replaced with the one in which the amount of money increases at a constant percentage rate. It is assumed that each young receives an equal share of the money newly created, when the transition is made from active to the retirement period. This amount is independent of the money he earns by working.

It is considered that the supply of money increases by x times in each period. Price level will rise between periods with exactly the same rate of growth of money supply, but according to the model, the balance of work is affected.

As the currency increases further, the more important is the overnight transfer, relative to the cash accumulated through work. Money transfer diminishing income from employment. Production of goods decreases as inflation rate increases, so things get worse.

This is, in fact, money non-neutrality, a real effect of currency changes; this effect is not the incentive of a monetary expansion, but rather reduces the real value of income derived from employment.

Regarding long term neutrality, it is said that this "is considered as given almost an axiom" (Bullard 1999, 57-77). When referring to long-term monetary neutrality, economists refer to a hypothetical experiment which normally is not directly observed in actual economies. The experiment involves a sudden and permanent change of the stock of money. If, for example, the stock of money is 5 billion dollars a day and this value is kept for a long time, which would be the effect of unexpected changes in the 6 billion money stock and of keeping it for a long time? Pursuant to the quantity theory of money, prices will probably increase in the same proportion to the money stock and the real variables after a certain period of time, will probably return to baseline until another disturbing factor intervenes. This is neutrality in the long run.

Lucas on Nobel Prize lecture sustained (*Monetary Neutrality*) mentions some evidence of long-term monetary neutrality. Between them, Friedman and Schwartz are quoted with *A Monetary History of the United States, 1867-1960* in which the authors have argued that the major recessions in the United States between 1867 and 1960 were preceded by substantial contraction of money supply, suggesting that monetary policy errors were the main cause. Lucas, also, supports

the idea that severe monetary contraction has played an important role along the Great Depression of the 1929-1933 periods.

It also cites the work of Thomas J. Sargent *The End of Four Big Inflations* making the idea that large reductions in the rate of monetary expansion - sales more than what was experienced during the post Civil War period from USA – did not lead to an unusual massive reduction in real GDP in the hyperinflationary period after First World War in the European economies. These reductions were achieved with a monetary reform. Hyperinflation has been ended abruptly when it was announced a credible reform.

Citations made by Lucas are additional to its view for which the long term monetary neutrality is preserved.

As is shown in the rows above, long-term monetary neutrality implies a permanent and unexpected change in the stock of money from a country and the impact of this change. To study this directly, we need time series on inflation and monetary growth for individual countries. The difficulty that arises is: can be isolated the permanent changes of the money stock, which are correlated with persistent changes in price level while they are not related to permanent change of real variables?

The idea of a permanent change of economic variables is modelled from econometric point of view with a unit root in a time series autoregressive representation, a time series with unit root has several different properties different from a stationary series. An autoregressive process is a model where the current value of the dependent variable y depends only on its values from previous periods plus an error term. It considers the simple case of an autoregressive process: $y_t = a y_{t-1} + u_t$. (1)

Coefficient 'a' takes any value. The process is rewritten using firstly a lag time between periods and then two lags between periods:

$$y_{t-1} = a y_{t-2} + u_{t-1} \quad (2)$$

$$y_{t-2} = a y_{t-3} + u_{t-2} \quad (3)$$

Substituting equation (2) in (1) is obtained:

$$y_t = a (a y_{t-2} + u_{t-1}) + u_t \quad (4)$$

$$y_t = a^2 y_{t-2} + a u_{t-1} + u_t \quad (5)$$

Replacing equation (3) to (5) is obtained:

$$y_t = a^2 (a y_{t-3} + u_{t-2}) + a u_{t-1} + u_t$$

$$y_t = a^3 y_{t-3} + a^2 u_{t-2} + a u_{t-1} + u_t$$

If are made T successive replacements it comes to the following equation:

$$y_t = a^T y_{t-T} + a^{T-1} u_{t-1} + a^{T-2} u_{t-2} + \dots + a^1 u_{t-1} + u_t$$

Three possible cases arise:

1. $a < 1 \Rightarrow a^T \rightarrow 0$ on the measure $T \rightarrow \infty$

In this case, system's shocks will gradually disappear, so the series is stationary. A stationary series can strongly influence its behaviour and properties. Also, this type of series is characterized by constant mean, constant variance and constant autocovariance for each lag. "Shock" is a term used to indicate a change or an unexpected change of a variable or even simple, the error's value over a particular period of time. In a stationary series, shocks gradually disappear, meaning that the effect of a shock in period t will have a smaller effect during $t+1$ and smaller in $t+2$ and so on.

2. $a = 1 \Rightarrow a^T = 1$, whatever T

Shocks persist in the system and do not disappear ever. Thus, you get:

$$y_t = y_0 + \sum u_t \text{ as } T \rightarrow \infty, t \text{ evolves from } 0 \text{ to } \infty$$

Thus, the current value of y is an infinite sum of past shocks plus baseline y_0 . This case is known as unit root because the root of the characteristic equation is 1.

3. $a > 1$

Here, shocks become more influential as time passes, since if $a > 1$, $a^3 > a^2 > a$. It is an explosive event and therefore it is not considered a plausible description of the data.

In the early '70s, Lucas in *Econometric Testing of the Natural Rate Hypothesis* writes for the first time about permanent changes modelled as unit root in an autoregressive time series. Only then, the implications of unit root in an economic time series began to be recognized. Charles Nelson and Charles Plosser argued in their *Trends and Random Walks in Macroeconomic Time Series: Some Evidence and Implications* that many macroeconomic time series of the United States were best characterized by unit root in univariate autoregressive representations.

The nonstationary of economic variables has been a headache for most macroeconomists. But as a happy change of events, it is an advantage in terms of neutrality test. As noted Lucas, to test long-term neutrality requires permanent changes in the stock of money as part of a historical record. But macroeconomic time series dispose of permanent shocks.

Lucas's ideas are used by other authors to improve long-term test of neutrality. Thus, Mark E. Fisher and John J. Seater in *Long-Run Neutrality and Superneutrality in an ARIMA Framework* used a bivariate model in which a dependent variable is the nominal money supply M (the model used the natural logarithm of money supply) and the second dependent variable is real GDP Y (the model used the natural logarithm of Y). They use all unit root process. In the hypothetical experiments, it is very important for the change to be unexpected because if traders know that money supply will increase and thus the price level, they could begin to change their present behaviour. For example, they can now buy goods before the price rises. Thus, prices should begin to increase before the money supply to grow and things get more complicated.

Conclusions

In this paper, we analyzed the following key issues regarding money. Firstly, we focused on the difference between money and currency. These terms are similar from one point of view: when the term of currency means consideration of coins, banknotes and scriptural money as it is broadly used.

Secondly, as currency plays a vital role by creating a link between present and future, we emphasized it through Keynesism and Monetarism. Thus, we revealed the confrontation of ideas between these two trends making a review of the four parts of Monetarism: First Monetarism, Old Chicago Monetarism, Classic Monetarism and Political Monetarism. The research that we undertook in this area show that, currently, there are ideas kept from both Monetarists and Keynesians. From Monetarists the ideas preserved are in particular those relating to the fact that for realizing a macroeconomic policy analyse should be considered long-run implications, that monetary policy is a powerful tool for achieving macroeconomic stability and from Keynesians the one relating to the fact that for an economy to function optimally the state intervention is, also, necessary.

Thirdly, we highlighted the implications of monetary neutrality on short term and long run upon real variables. Even if it is known that money is neutral on long run, there are still researchers who try to improve this idea using different models. As a future research, we recommend to deepen the implications of monetary neutrality in the conduct of monetary policy.

References

1. Bodin, Jean. 1932. *Responses à monsieur de Malestroit*. Colin Publishing.
2. Bullard, J. 1999. *Testing Long-Run Monetary Neutrality Propositions: Lessons from the Recent Research*. Federal Reserve Bank of St. Louis, 81, 57-77.
3. Brunner, Karl. 1968. *The Role of Money and Monetary Policy*. Federal Reserve Bank of St. Louis Monthly Review. July, 8-24
4. Brunner, Karl and Alan Meltzer. 1972. *Friedman's Monetary Theory*. Journal of Political Economy reedited by Gordon Robert J. in *Milton Friedman's Monetary Framework: A Debate with His Critics*. University of Chicago Press, 1974

5. De Long, J. Bradford. 2000. *The Triumph of Monetarism*. The Journal of Economic Perspectives. Vol. 14, Nr. 1, 83-94
6. Dotsey, Michael and Andreas Hornstein. 2002. *Should a Monetary Policemaker Look at the Money?* Journal of Monetary Economics
7. Fisher, Irving. 1896. *Appreciation and Interest*. Macmillan
8. Fisher, Irving. 1907. *The Rate of Interest*. Macmillan
9. Fisher, Irving. 1911. *The Purchasing Power of Money*. Macmillan
10. Fisher, Mark E. and John J. Seater. 1993. *Long-Run Neutrality and Superneutrality in an ARIMA Framework*. American Economic Review, June, 402-405, www.jstor.org
11. Friedman, Milton. 1956. *The Quantity Theory of Money- A Restatement*. In *Studies in the Quantity Theory of Money*. University of Chicago Press. 3-21
12. Friedman, Milton. 1972 *Comments on the Critics*. Journal of Political Economy reedited by Gordon Robert J. in *Milton Friedman's Monetary Framework: A Debate with His Critics*. University of Chicago Press, 1974
13. Friedman, Milton and Anna J. Schwartz. 1963. *A Monetary History of the United States, 1867-1960*. Princeton University Press.
14. Goodhart, Charles. 1970. *The Importance of Money*. Quarterly Bulletin of the Bank of England. June, 159-198
15. Hume, David. 1970. *Writings on Economics*. University of Wisconsin Press.
16. Johnson, Harry. 1971. *The Keynesian Revolution and the Monetarist Counterrevolution*. American Economic Review, May nr. 61, 1-14, www.jstor.org
17. Keynes, John Maynard. 1923. *A Tract on Monetary Reform*. Macmillan.
18. Latane, H. A. 1960. *Cash, Balances and the Interest Rate: A Pragmatic Approach*. Review of Economics and Statistics, vol. 42, 445-449, www.jstor.org
19. Lucas, Robert E. Jr. 1972. *Expectations and the Neutrality of Money*. Journal of Economic Theory, nr.4, 103-124, www.jstor.org
20. Lucas, Robert E. Jr. 1995. *Monetary Neutrality*. Prize Lecture, www.nobelprize.org
21. Lucas, Robert E. Jr. 1972. *Econometric Testing of the Natural Rate Hypothesis*. Econometrics of Price Determination, Board of Federal Reserve System
22. Mankiw, N. Gregory. 2007. *Macroeconomics*. 320. Worth Publishers
23. Mishkin, Frederic S.. 2004. *The Economics of Money, Banking and Financial Markets*. 8. Addison Wesley
24. Modigliani, Franco. 1971. *Monetary Policy and Consumption*. Consumer Spending and Money Policy: The Linkages. Federal Reserve Bank, 9-84
25. Nelson, Charles R. and Charles I. Plosser. 1982. *Trends and Random Walks in Macroeconomic Time Series: Some Evidence and Implications*. Journal of Monetary Economics, September. 139-162, www.jstor.org
26. Patinkin, Don. 1969. *The Chicago Tradition, the Quantity Theory, and Friedman*. Journal of Money, Credit and Banking. February, 46-70, www.jstor.org
27. Robbins, Lionel. 1934. *The Great Depression*. Macmillan
28. Ricardo, David. 1981. *Des principes de l'economie politique et de l'impôt*. Champs économiques. Flammarion
29. Samuelson, Paul A. si William D. Nordhaus. 1985. *Economics*. McGraw-Hill
30. Samuelson, Paul A. 1958. *An Exact Consumption-Loan Model of Interest with or without the Contrivance of Money*. Journal of Political Economy, nr. 66, 467-482, www.jstor.org
31. Sargent, Thomas J. 1986. *The End of Four Big Inflations*. Rational Expectations and Inflation, Harper and Row
32. Schumpeter, Joseph. 1934. *Depressions*. Economics of the Recovery Program. McGraw-Hill
33. Tavlas, George. 1998. *Retrospectives: Was the Monetarist Tradition Invented?* Journal

of Economic Perspectives. 1998, pp. 211-222, **articol indexat in baza de date internațională www.jstor.org**

34. Viner, Jacob. 1933. *Balanced Deflation, Inflation or More Depression*. University of Minnesota Press.

35. Vasilescu, Eugen. 1980. *Circulatia banneasca si creditul*.15. Editura Didactica si Pedagogica.

36. Wallace, Neil. 1980. *The Overlapping Generations Model of Fiat Money*. Models of Monetary Economies. Federal Reserve of Bank of Minneapolis.

FINANCIAL CRISES MECHANISMS AND CONTAGION EFFECT

Ioana MOLDOVAN*
Alexandra ADAM**
Assistant Simona HUDEA***

Abstract

Financial crises are generally very harmful because when financial systems face problems they are no longer able to finance the real economy, leading to contractions of economic activity, with high social costs. As the 2008 financial crisis has demonstrated, due to the links between international financial markets crises transfer from one market to another, through the contagion effect.

The paper analyzes the causes of financial crises and the mechanism of their development, and studies the effects of crisis on the real economy. The article also explains how financial crises transfer from one market to another, through the contagion effect.

Keywords: *financial system, financial crises, moral hazard, contagion, real economy*

Introduction

The main role of the financial system refers to the channelling of the available funds at some point in the economy to productive investment. Thus, depending on the development and the functionality of each financial system, it is able to bring undeniable benefits to the real economy. Investments are an important factor of economic growth, with benefits regarding job creation, so that the way that funds are allocated to investment via the financial system has immediate repercussions in the real economy. Moreover, the global financial system offers investors the opportunity to build diversified portfolios, so that it helps mitigating risks.

However, recent events in financial markets have shown that they can cause serious turmoil in the global financial system through contagion effect. Moreover, given the strong interrelationship between the financial system and real economy, any crisis in financial markets will be reflected in the real economy, with negative effects on key macroeconomic indicators.

According to Mishkin (1991), a financial crisis is a disruption to financial markets in which adverse selection and moral hazard problems become worse, so that financial markets are unable to efficiently channel available funds to those operators who have the most productive investment opportunities.

While before the global crisis of 2008 many economists considered as main causes of financial crises capital account liberalization followed by speculative attacks on currencies, budget deficits that require unsustainable indebtedness in foreign markets, or the emergence of speculative bubbles which eventually burst, after the turmoil in mid 2007, it became clear that the low level of regulation and supervision of financial markets and excessive risk exposure based on the emergence of sophisticated financial instruments, can also be serious impediments to the global financial system stability.

Based on the analysis of the crises that have occurred over time, the paper attempts to theoretically analyze the causes that may generally lead to the occurrence of financial crises and

* Lecturer Assistant Ioana Moldovan, Academy of Economic Studies, Bucharest;
ioana.moldovan@economie.ase.ro

** Lecturer Assistant Alexandra Adam, Academy of Economic Studies, Bucharest;
ale_adam2007@yahoo.com

*** Lecturer Assistant Simona Hudea, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest;
caraman_simmy2005@yahoo.com

their ongoing mechanisms. However, the paper shows how a certain financial crisis is transmitted to other financial markets, but also to the cross-countries economies, through the contagion phenomenon.

This paper therefore seeks to achieve a comprehensive analysis of the problems mentioned, in order to better understand the causes and mechanisms of financial crisis.

Some models of financial crises

The earliest literature on financial crises models emerged in the '70s, being accomplished by Paul Krugman. Amid the financial crises that occurred in the '90s, more literature on financial crises emerged, so that nowadays we can identify three types of models that explain financial crises.

The first class of explanatory models on financial crises, developed by Krugman in 1979, is based on the idea that the main cause of the imbalance comes from an increase in the budget deficit and financing it by issuing currency. Under a fixed exchange rate regime, in order to maintain the exchange rate stable, the central bank will reduce foreign reserves, which can even be exhausted. In this case the exchange rate can no longer be defended and thus the national currency will depreciate (Babic, Zigman, 2001). Anticipating the depreciation, speculators will start selling domestic currency against other currencies. These sales will lead to a speculative attack on domestic currency which will accelerate its depreciation and will reduce the central bank reserves faster. The main causes of speculation are found in adverse macroeconomic developments, such as excessively expansionary monetary policy, currency depreciation in real terms, the growing budget deficit, regulatory and supervisory failures in financial markets. All these contribute to instability of the financial system and financial credibility is diminished, so that the situation could lead to crisis.

The literature identifies several advantages but also disadvantages of this type of model. It is estimated that Krugman's model seeks to identify the context that may cause a financial crisis and some authors consider that the model is able to explain a crisis not only *ex post*, but even has a certain prediction capacity. However, there are also opinions that the phenomena and processes in the financial system can not be explained on the basis of a simple model like this one. Also, the model ignores the alternatives and options available for financial authorities. For example, in the case of an excessive budget deficit, its financing can be achieved also by external loans from international financial institutions, rather than monetary issue, which in addition to currency depreciation may lead to increasing inflation. Thus, decisions in such situations should take into account all relevant determinants of the situation, and those can not be limited to the budget deficit, exchange rate and central bank reserves.

The second category of models emerged in the second half of the '90s, and their bases were made in 1986 by Maurice Obstfeld. The model examines the authorities' motivation to change the exchange rate policy and also expresses the credibility of applied economic policies. The government is considered credible in terms of maintaining exchange rates if it is able to keep it attached to another currency. Therefore, the government might maintain the exchange rate pegged to another currency, or abandon the fixed exchange rate regime when it no longer has the necessary reserves to defend the national currency. However, losses from maintaining the fixed exchange regime should be smaller than those recorded in the case that policies conducted would be discretionary and the authorities would face credibility losses. Speculative attack would occur when the losses of maintaining the national currency pegged to another currency would be larger than overall losses from discretionary policy and the loss of credibility (Babic, Zigman, 2001).

According to the models of this generation, a currency crisis may occur due to self fulfilling expectations, herd behaviour and contagion (Blejler, 1998).

If in the first category of models the only way to defend the national currency was by lowering foreign currencies reserves, the second generation models offer more options, such as

borrowing foreign currencies from other countries or increasing the interest rates. However these measures involve some costs, such as current account deficit or increased public debt. If these costs are higher than those involved by the abandonment of the pegged exchange rate regime, investors' confidence in the national currency falls, so that it may depreciate. Thus, if the abandonment of fixed exchange rate regime is expected, speculative attacks against the national currency will follow.

Speculative attacks and currency depreciation occur when the economic agents believe that the central bank is about to abandon the fixed parity regime because parity maintenance costs are higher than those associated with its abandonment. On the other hand, the costs of maintaining the fixed rate depend on the expectations of economic entities, as expectations regarding the depreciation determine additional changes of macroeconomic fundamentals, which, in turn, increase the costs of maintaining the fixed parity. Further, this leads to increased expectations of depreciation and the feedback mechanisms between costs and expectations continue until the speculative attack occurs (Bustelo Garcia, Olivier, 1999).

The origins of this process are not to be found in economic mistakes, but in the expectations of economic agents. Thus, the central bank's decision to let the currency free or not ultimately depends on private expectations. If private expectations concern a depreciation of domestic currency, it is more costly for the central bank to defend the national currency, and eventually the depreciation will occur. Otherwise, when traders do not expect the currency to depreciate, it will be much easier for the central bank to maintain the pegged currency regime (Obstfeld, 1994). Depending on how private expectations evolve, the central bank can choose different levels of exchange rate, all being in balance. Multiple equilibria depend on economic fundamentals, however. If economic fundamentals are very good, costs for supporting the exchange rate will be very small or nonexistent, and there will not be a feedback between expectations and costs any longer. On the contrary, if economic fundamentals are weak, the balance is not possible without depreciation of national currency, which becomes inevitable.

These models theoretically show that crises have self fulfilling features, but they do not actually explain what happens in the economy when these crises arise.

The third generation of models attempting to explain financial crises relate to emergence, evolution and burst of speculative bubbles. These models were first drafted in 1983 by Hyman Minsky, who supported the theory of financial instability regarding financial crisis. The study of these models was resumed by Krugman in 1998, after the Asian crisis in 1997.

According to the theory of financial instability, financial crises are an inherent and inevitable feature of the financial system, following a predictable course. Financial crisis are based on an exogenous external shock on the economy, such as a war, or the spread of new technologies. If sufficiently strong, the shock will increase the chances of profit in at least one sector of the economy and reduce, at the same time, economic opportunities in other fields. In this context, if the new opportunities are quite profitable, some companies will be redirected towards more productive areas, which will determine a high increase in investments in those sectors.

The investment boom is financed by credit expansion, leading to increased money supply. Over time, the expansion of money supply and speculation stimulus leads to price increases. Rising prices create new opportunities to make profits and bring more and more investors in the market, which causes more rapid growth of investment. In this context, speculation based on price increase is an important determiner of market expansion, leading to the emergence of speculative bubbles, assets prices being overvalued.

At one point, some speculators consider that the market peaked and began to convert assets into cash. As more and more investors start believing that prices will fall, they start selling the assets they hold, leading to lower prices. This is the moment when the speculative bubble bursts out, which will trigger panic among investors while attempting to sell risky assets. The triggering event may be the bankruptcy of a bank, a corporation, or other unforeseen occurrence. In this

context, banks block the lending process and this often leads to liquidity crisis, which are passed on to the real economy by registering an economic downturn. Finally, panic disappears, the economy recovers one way or another and the market returns to an equilibrium, but the costs of such a situation are enormous.

The model developed by Minsky was criticized on regard of its general nature and on the fact that it considers that these crises are caused by uncertainty, instability and speculation, while economists believe this sort of behaviour is not rational. Milton Friedman argued that since economic agents are always rational, speculation is impossible and these activities are just trying to protect investors against irrational actions of governments.

Despite these objections, the latest financial crisis which erupted in the U.S. in the mid 2007, followed very similar path to that described by Minsky's model (Whalen, 2007).

In addition, the financial crisis which erupted in 2007 can be explained by the model developed by Krugman in 1998, following the Asian financial crisis. This model attempts to reduce the issues in the financial sector to liquidity and currency crises.

Krugman describes an investment bubble and its bursting, including the stock market collapse. The model takes into account the growth of one sector of the economy and perfect capital mobility. The Government guarantees, directly or indirectly, banks' investments in overstated shares. The banks are branches of foreign banks or borrow money from foreign markets in order to credit domestic firms. The Government also issues implicit or explicit guarantees for these banks in order to attract foreign banks and investments and support the financial system. However, the Government does not strengthen control and regulation of the financial sector, so that serious problems of moral hazard occur.

The model includes two periods. In the first period, firms invest in capital, which is used for production in the next period. Production is expressed by the following function:

$$Q = (A + u) K - BK^2,$$

where u is a random variable that introduces risk into the investment decision, K is capital and A and B are coefficients.

The model applies to a small economy that can borrow from abroad at an interest rate equal to 1, given that domestic interest rate is zero, in order to simplify the model. Producers will produce the optimal amount and compensation of borrowed capital (r) will equal the marginal productivity of capital (dQ/dk):

$$r = A + u - 2BK.$$

If there are no disturbances, the capital will be invested to the point at which capital gains equal the cost of borrowing of 1. Thus, the amount of capital in a country without imbalances will be equal to:

$$K = [A + E(u) - r] / 2,$$

where E is an operator that measures economic expectations.

At this point, financial agents enter the model. They borrow money on foreign markets and lend them on the domestic market to companies that want to invest in capital. Any yield higher than the international one ($r > 1$) represents profit for the financial agencies, so that two possible scenarios arise. Either competition among financial intermediaries determine the equality $r = 1$, or financial intermediaries with guarantees buy out all the necessary capital under which $r > 1$, and share profit, at the same time assuming the risk due to increased u .

The first situation is favourable for the economy, while the second situation has adverse effects as financial intermediaries with guarantees increase the price of capital in the attempt to acquire all the necessary capital, and rising prices will soon be reaching the profitability margin for

the positions previously taken.

There is a direct link between stock prices and the maximum quantity of guaranteed losses for banks or companies the government is willing to cover. After the maximum amount of loss covered by the government has been reached, banks borrow funds in foreign markets and continue to credit domestic companies. Any adverse shock may cause higher losses than the maximum amount of losses covered by the government. In this case, the price of capital will decrease as a result of the awareness of banks' exposure to losses. Banks require companies to return loans and foreign banks withdraw their funds, which leads to a liquidity crisis.

Regarding liquidity crises, the literature offers a new term, namely banking crises, as when a financial system is fragile, banking and currency crises occur at the same time (Kaminsky, Reinhart, 1999).

Causes and mechanisms of financial crises

Depending on the causes that may lead to financial crisis, we can delineate four types of financial crises, namely: financial crises occurring after the liberalization of capital accounts in the absence of solid macroeconomic fundamentals, financial crises arising from bursting of speculative bubbles, those caused by the accumulation of excessive budget deficits financed by foreign loans, and, as recent events have shown, crises caused by excessive risk-taking amid poor regulation and supervision of financial markets.

The global financial crisis of 2008, which had as starting point the sub-prime U.S. credit crunch, was based on both a speculative bubble in the real estate market and excessive exposure to risk, amid the poor regulation and supervision of financial markets.

The crises caused by liberalization of capital accounts in the absence of sound macroeconomic fundamentals affected developing countries like Mexico and Turkey, in 1994, or the countries of Southeast Asia in 1997-1998. Generally, developing countries that liberalize their capital account provide at first high yields both on financial market and on direct investments in the real economy, due to high development potential they have. These higher returns attract foreign investors and foreign capital inflows determine high rates of economic growth, so that in the years preceding the crisis the economic performances of these countries are very good. According to literature, 18 of 26 crises that have occurred over the past approximately 30 years, excepting the financial crisis of 2008, were based on financial sector liberalization in previous years (Mishkin, 2005).

The opening to foreign markets determines the entry of foreign capital, such as foreign loans, bank deposits or portfolio investments. Foreign investors who choose to place their money in deposits or invest in capital markets of developing countries are generally attracted by greater interest rates and higher yields of securities. However, capital inflows will certainly put pressure on the exchange rate, within the meaning of currency appreciation. Along with the exchange rate appreciation, that country's exports become less competitive on foreign markets, while imports are cheaper, leading to accumulation of current account deficit.

If a country aims to maintain its currency pegged to a foreign currency, the central bank will have to defend the national currency by selling foreign currency, leading to reduction of its foreign reserves. If the players in the money market believe that the central bank does not have the necessary reserves or ability to defend the national currency or if the national bank has no credibility, they will start selling domestic currency, preferring to hold other currencies as they believe that the national currency will depreciate. Thus, the central bank will find it more difficult to defend the national currency, as it must sell more and more foreign reserves. In these situations, central banks usually have the option to benefit from a financial aid from international financial institutions like the IMF or World Bank, in order to supplement foreign exchange reserves. However, the loans could only prolong the period in which the national currency is protected, because if investors consider the country's economic fundamentals are not sound enough or that

the currency will eventually depreciate, nothing will stop them from withdrawing the previously invested capital and exchange large amounts of national currency into foreign currencies.

Every central bank finds it very easy to stop the currency appreciation, when it deems it necessary, because it simply has to issue more money. The situation is however quite different when the national bank tries to stop currency depreciation, because it can not print foreign currency (Krugman, 2009)

When the central bank shows signs that an abandon of the fixed exchange rate regime can become reality, or even does so, panic installs amongst investors, leading to massive outflows of capital. At this point, the national currency collapses, which determines the debt explosion and if its value has been significant, this can lead the country to default. Moreover, the current account deficit previously accumulated becomes very difficult to finance along with the national currency depreciation.

Currency devaluation and foreign investors' withdrawal cause a dramatic reduction in assets' prices that had been previously speculated, investments are reduced significantly and more and more companies may find it difficult to pay their debts. If banks had lent relevant amounts of money from foreign markets, currency depreciation will cause them losses, whereas the amounts that they have to pay back are much higher. In this context, the financial crisis is being felt throughout the economy, resulting in either diminishing the growth rate, or in going into recession.

Crises caused by bursts of speculative bubbles usually have as origins increased liquidity in the money market in prior periods, accompanied by a certain irrational exuberance of investors. Such phenomena led to the Great Depression of 1929 - 1933, or to the dot-com crisis of 2001-2002. Moreover, the first stock exchange crash in history was preceded by a "soap bubble", and took place in the eighteenth-century, in Netherlands, where forward contracts for tulip bulbs reached exorbitant prices and then fell sharply causing huge losses for many investors. Finally, it should be noted that among the multitude of causes of the sub-prime U.S. credit crisis that began in the mid 2007, there was an asset bubble on the real estate market.

These crises are preceded on the economic expansion of an industry and general positive perception regarding its profitability. Thus, more and more investors are tempted to invest in that industry, both directly and especially indirectly, by buying shares of profitable firms. Thus, the share prices on the stock market record significant increase, and these securities become subject to speculation. In these situations, phenomena of moral hazard and adverse selection emerge and investors are not rational. When prices reach exorbitant levels, the speculative bubble bursts, as operators no longer afford to buy those assets, or believe that prices are significantly overstated and their fair value is actually much lower. In these circumstances, the demand will start to decrease, thereby causing the reduction of prices. At first, prices will fall gradually, but when the investors will become aware that they own overvalued assets that no longer have the expected value, they will begin selling heavily, leading to collapse of quotations. During the previous fever of speculation, it is likely that many investors had borrowed money from banks in order to invest, so that along with the price decrease they are no longer be able to pay their loans, which will have adverse effects on the banking system. Moreover, if the speculative bubble had also attracted institutional investors, like banks or investment funds, the situation is even worse. Thus, the larger the speculative bubble has been, the more serious are the repercussions caused by its breaking.

Another way by which countries can experience financial crisis is based on fiscal imbalances that lead to high budget deficit that needs to be financed. Its financing is accomplished either by external loans or by issuing government bonds. Often, the government makes local banks to buy bonds in order to be able to finance the budget deficit (Mishkin, 2005). When investors consider that the government is unable to pay its debts, they begin selling bonds, which causes considerable reduction of their market price, leading to reduction in net assets of banks that hold such securities. The deterioration of banks' balance sheets then causes reduction in credit, and may even lead to the installation of a bank panic. Weakening the financial system deepens on the problems of

adverse selection and moral hazard and reduces credit, which causes further contraction of economic activity.

Problems of asymmetric information, interest rate growth, declining credit and decreased asset value determine speculators to start selling domestic currency, whereas its expected depreciation, being aware of the limited capacity of the central bank to defend the national currency. In this way, the national currency will collapse, foreign loans and imports become more expensive, which will trigger the increase of inflation rate. In fact this is a liquidity crisis which does not remain a financial phenomenon, but extends itself throughout the economy, because companies will no longer have the easy way to obtain funds for investment of further activity. This will increase unemployment, reduce output and domestic demand for goods and services, which is namely a crisis of the entire economy.

The current global financial crisis was rooted in the U.S.A. sub-prime credit crisis, an extremely complex event, which incorporated, in addition to elements regarding the expansion of money market liquidity and emergence of a speculative bubble in the housing market, issues of financial innovation, excessive exposure to risk, weak regulation and supervision of financial markets.

Since 2002, the U.S. monetary policy was too expansionist (Taylor, 2009). After breaking the dot-com crisis in 2000, the U.S. Federal Reserve reduced the interest rate from 6.5% to 3.5% in a few months. Moreover, after the terrorist attacks of September 11, 2001, the Fed continued to reduce interest in order to prevent economic decline, so that the interest rate reached 1%, in 2003, which was a very attractive level for buying homes because loans were very cheap. In this context prices in the housing market started growing and in addition banks relaxed loan conditions, providing loans even for people with questionable financial creditworthiness. As long as prices were rising continually, neither creditors nor debtors were concerned about the returning of the loans (Blanchard, 2009). Thus, a main cause of the crisis was the banks' behaviour, as they have given too many loans without strong collateral. Equally important was the very intense financial innovation of the last decade, which allowed a significant release of risk.

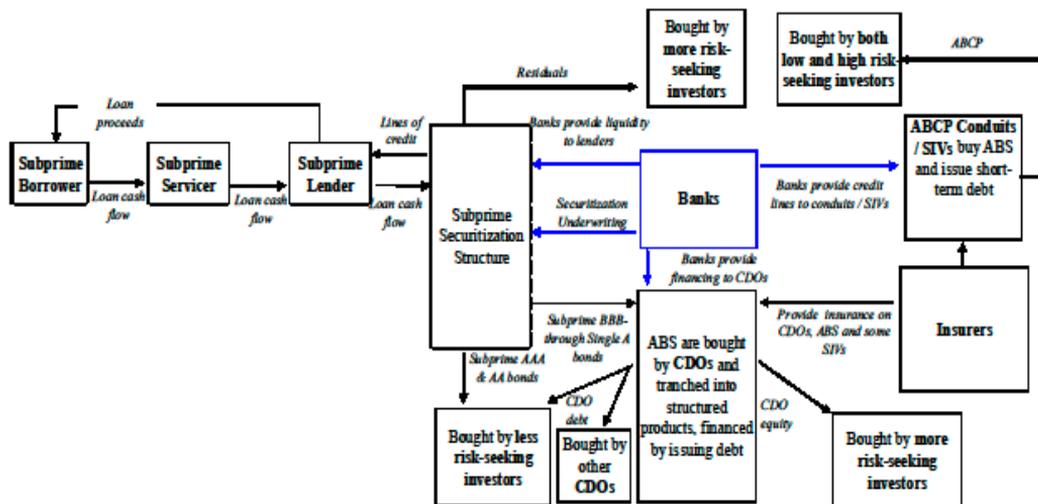
Securitization, which involves bringing together large packages of sub-prime loans, converting them into securities and selling investors shares of payments received from debtors, is not a new process. This practice has been used even before the sub-prime crisis, but was applied to standard credit (Krugman, 2009), which had appropriate collateral. In mid 2008, more than 60% of U.S. mortgages were securitized (Blanchard, 2009).

Securitization of sub-prime loans was accomplished through financial instruments called collateralized debt obligation (CDOs), which were derived from asset-backed debt packages, which was equivalent to shares in the revenue from such debts.

There were three different categories of CDOs: safe (main titles), okay and risky. Main titles enjoyed a first-rate guarantee on receipts from debtors, so that holders of subordinate securities were receiving shares of loan repayments only after the main titles obligations were met. Thus, the main titles were considered a very safe investment, because everyone thought that even in the event that some borrowers could no longer pay their rates, the emergence of many bad payers to pose problems for cash flow towards the main titles was unlikely.

Main titles were classified by the rating agencies as highly secure values, Class AAA, even if they were based on questionable loans.

The diagram below highlights the complexity of the financial system along with the innovations that have intensified in recent years:



Source: Blanchard, Olivier; *The Crisis: Basic Mechanisms, and Appropriate Policies*, IMF Working Papers, WP/09/80, April 2009

Along with the increasing complexity of the financial system the opacity of financial instruments has also increased, so that risks started to become difficult to assess and increased securitization significantly intensified connections between financial entities.

Increased innovation and increased complexity of financial products in addition to the failure of regulatory and supervisory institutions have thus created the conditions for the emergence of subprime crisis. However, an important role in distorting the situation can be attributed to rating agencies, which have inadequately ranked the financial instruments based on mortgages.

As more people could not pay their mortgages, banks started to face problems. The large number of enforcement combined with a decrease in demand in the real estate market due to prices reaching excessive levels have determined the price to fall.

But the problem was even more serious than that, given the fact that these loans were actually support for the CDOs, which in turn were in the portfolios of a variety of investors. In early 2007, investors realized that the subordinated CDOs will suffer serious losses so that no one wanted to buy those securities, firstly leading to lowering their prices and secondly to reducing credit. Since no one wanted to buy subordinated CDOs, credit was practically stopped, which has worsened the real estate market situation.

The problems were then extended to the main CDOs, as investors have realized that they can not be sure since they are based on bad credits that were not longer returned by borrowers.

These problems have triggered a significant reduction of the portfolios' values of many investors and there were recorded many bankruptcies in the banking system. Imbalances in the financial market were quickly transferred to the real economy, because credit has decreased significantly, leading to the contraction of all economic activities, with high social costs, namely high unemployment.

Contagion

Identifying the causes of a financial crisis is only one dimension of understanding them, the other dimension being the identification of the transmission mechanisms which determine shock propagation from the country where the financial turmoil originated to other countries.

Most financial crises that have occurred so far were not isolated phenomena, but extended from the origin country to other markets, due to the links between markets or to the effects generated by investors' sentiment.

The World Bank provides three definitions for contagion. According to the broad definition, contagion means the cross-country transmission of shocks or the general cross-country spill-over effects. A more restrictive definition states that contagion is the transmission or co-movement of shocks in excess of what can be explained by economic fundamentals. According to the very restrictive definition, contagion is the change in the propagation mechanism of shocks between countries in periods of crisis (Algren, Antell, 2010). Forbes and Rigobon (2002) introduced the concept of shift contagion, which means a significant increase in cross-market linkages following a shock to one country.

After the financial crisis in the last decades, economists have developed models regarding the phenomenon of contagion. Some of these models are based on trade links between countries and macroeconomic similarities (Eichengreen, Rose and Wyplosz, 1996, Gerlach and Smets, 1995, Goldstein, 1998), while others focus on financial links, neighborhood and changes in the investors' sentiment, namely herd behaviour (Calvo, 2005, Kaminsky & Reinhart, 2000, Masson, 2004).

Contagion is mainly based on commercial and financial relations between the world's countries, due to the globalization process that has dominated the world economy in recent decades. Contagion may also occur due to changes in investors' sentiment as a result of a crisis in a country, so that they will also act in other markets based on their dominant negative sentiment in such situations. This type of contagion is usually based on herd behaviour, in which certain phenomena are generated exclusively by the investors' behaviour.

Simultaneous occurrence of financial crises can be caused by the impact of an external shock on countries with similar macroeconomic fundamentals. Instances of common shocks include the increase in U.S. interest rates in the early 1980s, which was an important factor in the Latin American debt crisis, and the increase in world interest rates in 1994, which similarly may have played a role in the 1994–1995 Mexican crisis. Also, the large appreciation of the U.S. dollar during 1995–97 and Japan's weak growth in the 1990s may have contributed to the weakening of the external sector in several Asian countries (Caramazza, Ricci, Salgado, 2004).

When a country experiences a financial crisis marked by a significant depreciation of its national currency, other countries could suffer from the fact that its exports become more competitive on the international markets. If the currency depreciation is accompanied, as it usually happens, by an economic downturn and a compression of imports in the country affected by crisis, its commercial partners will be negatively affected by these facts.

Given the essential role of expectations in financial markets, it is also important to take into account the effects on countries that could be exposed to contamination in the financial markets, not only on states with which that country runs trade relations. Thus, the behaviour of investors in the context of a financial crisis can sometimes be irrational, not being based on valid reasons. For example, if a country faces a financial crisis, foreign investors will withdraw capital from that country, and moreover, there is a high possibility to liquidate the portfolios in a country with similar financial fundamentals, even if the second country does not face problems at that time. It is even possible that another country, without financial problems or with a different economic structure, to be associated in the minds of investors with the country that faces the crisis, so that they will withdraw their funds. Such an event occurred in the 1990s, when the crisis in Mexico contaminated Argentina, because of investors' behaviour (Krugman, 2008). Also, some countries may experience capital outflows, even if their economic fundamentals are healthy, when a crisis breaks out in another country, solely because their assets are considered riskier or are representative in the portfolios owned by the creditors of the affected country.

At the same time, if two countries have the same external creditor, if one of the two is affected by a financial crisis, this increases its default risk, which will negatively influence the

other's country credit from the external common creditor, so that the second country may also experience the emergence of financial problems.

Changes in investors' sentiment are a key element in transmitting crises to other countries, as economies with weaker fundamentals are more vulnerable in these situations. A crisis in a given country can be a "wake-up call" for the revaluation of financial markets and economic fundamentals in other countries (Goldstein, 1998). Thus, emerging countries, whose economic fundamentals are usually weaker, are considered more risky, and can experience seizures following a change in investor sentiment after the appearance of a crisis elsewhere.

If a monetary crisis in one country generates fears regarding the possibility of speculative attacks elsewhere, investors may expect to make profit from speculating on currencies that they think will be sold by other players. The most likely to depreciate will always be currencies that, although defended by official exchange market intervention or increases in interest rates, seem most likely to eventually collapse and yield speculative gains.

The risk of a crisis caused by a sudden change in expectations is likely to be greater the larger are a country's short-term obligations and the maturity mismatch between assets and liabilities because the economy will then be more vulnerable to a run by a fairly modest share of lenders. A country with a weak domestic banking system may also be exposed to risk because financial market participants may see this situation as a constraint on the monetary authorities' ability to raise interest rates in order to defend of the currency (Caramazza, Ricci, Salgado, 2004).

Conclusions

Generally, the main causes of financial crises may be the liberalization of capital accounts in the absence of solid macroeconomic fundamentals, the emergence and the burst of speculative bubbles, accumulation of excessive budget deficits financed by foreign loans, or excessive risk-taking amid poor regulation and supervision of financial markets.

After the recent events on the international capital markets it has become clear that financial markets should be properly regulated and supervised in order to avoid such imbalances in the future.

Given the mentioned facts that can lead to the emergence of a financial crisis, the paper provides some clues regarding economic policies that should be implemented in order to avoid the occurrence of such events.

However, it must be mentioned that the appropriate policies are different from one country to another, depending on the economic fundamentals and on the causes of the crises. Nevertheless, if a crisis affects the global financial system, as currently happens, the countries should adopt correlated policies for fighting the crisis.

This article can serve as a starting point for future research and implementation of models on the current financial crisis.

This article is a result of the project „Doctoral Program and PhD Students in the education research and innovation triangle”. This project is co funded by European Social Fund through The Sectorial Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013, coordinated by The Bucharest Academy of Economic Studies.

References

Ahlgren, Niklas; Antell, Jan; „Stock market linkages and financial contagion: A cobreaking analysis”, *The Quarterly Review of Economics and Finance* 50 (2010) http://www.sciencedirect.com/science?_ob=ArticleListURL&_method=list&_ArticleListID=1276681760&_sort=r&view=c&_acct=C000066996&_version=1&_urlVersion=0&_userid=5379854&md5=8fb72676c751cf74064d67a598aec373

Blanchard, Olivier; „The Crisis: Basic Mechanisms and Appropriate Policies”, IMF Working Papers, WP/09/80 (April 2009)

<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2009/wp0980.pdf>

Blejer, M.I.; „The Economics of Currency Crises: Models, Indicators and Policy Responses”, Zagreb Journal of Economics, Vol. 2, No. 2, Croatian Institute for Banking and Insurance, pp. 55-70 (1998)

Bustelo P.; Garcia C.; Olivie I.; „Global and Domestic Factors of Financial Crises in Emerging Economies: Lessons from the East Asian Episodes (1997 - 1999)”, ICEI Working Paper no.16 (1999)

Caramazza, Francesco; Ricci, Luca; Salgado, Ranil, „International Financial Contagion in Currency Crises”, Journal of International Money and Finance 23, 51–70 (2004)

http://www.sciencedirect.com/science?_ob=MIImg&_imagekey=B6V9S-4B722S9-1-M&_cdi=5906&_user=5379854&_pii=S0261560603000901&_orig=na&_coverDate=02%2F29%2F2004&_sk=999769998&_view=c&_wchp=dGLbVzW-zSkWb&_md5=a931b470281a5f9c10505cac7dfcfeb7&_ie=/sdarticle.pdf

Calvo GA, “Contagion in Emerging Markets: When Wall Street Is a Carrier”, in G Calvo (ed), *Emerging Capital Markets in Turmoil: Bad Luck or Bad Policy?*, MIT Press, Cambridge (2005)

Eichengreen, Barry, Rose, Andrew; Wyplosz, Charles, “Contagious currency crises: First tests”, *The Scandinavian Journal of Economics*, 98, 463–484 (1996)

Forbes, K., Rigobon, R., „No contagion, only interdependence: Measuring stock market co-movements”, *The Journal of Finance*, 57, 2223–2261 (2002)

<http://ideas.repec.org/p/nbr/nberwo/7267.html>

Gerlach, S., Smets, F., “Contagious speculative attacks”, *European Journal of Political Economy*, 11, 45–63 (1995) <http://ideas.repec.org/p/cpr/ceprdp/1055.html>

Goldstein, Morris. 1998. *The Asian Financial Crisis: Causes, Cures, and Systemic Implications* (Washington DC: Policy Analyses in International Economics 55, Institute for International Economics)

Kaminsky, G. L.; Reinhart C.M., “The Twin Crises: The Causes of Banking and Balance-of-Payments Problems”, *American Economic Review*, Vol. 89, No. 3, pp. 473-500 (1999) <http://ideas.repec.org/a/aea/aecrev/v89y1999i3p473-500.html>

Kaminsky, G. L.; Reinhart, C. M., “On crises, contagion, and confusion”, *Journal of International Economics*, 51, 145–168 (2000)

http://www.sciencedirect.com/science?_ob=ArticleURL&_udi=B6V6D-40GJDWF-7&_user=5379854&_coverDate=06%2F30%2F2000&_rdoc=1&_fmt=high&_orig=search&_sort=d&_docanchor=&_view=c&_searchStrId=1276704215&_rerunOrigin=google&_acct=C000066996&_version=1&_urlVersion=0&_userid=5379854&_md5=98e22fce75a860ef06e73118f3247c58

Krugman, Paul. *The Return of Depression on Economics and the Crisis of 2008*, London: W.W. Norton & Company (2008)

Krugman, Paul, „What Happened to Asia?”, for a conference in Japan, (January 1998) <http://web.mit.edu/krugman/www/DISINTER.html>

Masson, P., “Contagion: Monsoonal effects, spillovers, and jumps between multiple equilibria”, in Pierre-Richard Agenor, Marcus Miller, David Vines, & Axel Weber (Eds.), *The Asian financial crises: Causes, contagion and consequences*. Cambridge: Cambridge University Press.

Mishkin, Frederic S.; „Is Financial Globalization Beneficial?”; NBER Working Papers, Cambridge (December 2005), <http://www.nber.org/papers/w11891>

Obstfeld, M., “Rational and Self-Fulfilling Balance-of-Payments Crises”, *American Economic Review*, Vol. 76, No. 1, March 1986, pp.72-81 (1986)

Taylor, John B., "The Financial Crises and the Policy Responses: An Empirical Analysis of What Went Wrong", Working Paper 14631, National Bureau of Economic Research, Cambridge (2009) <http://www.nber.org/papers/w14631>

Whalen, Charles, „The US Credit Crunch of 2007: A Minsky Moment”, The Levy Economics Institute of Bard College, No.92 (2007)
http://ideas.repec.org/p/lev/levppb/ppb_92.html

ON THE MEASUREMENT OF INCOME POLARIZATION

Maria MOLNAR*

Abstract

The paper contains a review of the main tools of income polarization measurement developed in the framework of two theoretical approaches to define and evaluate the polarization: the middle class and the identification-alienation approach. The results of an application to the income distribution in Romania are being presented in the concluding part of the article.

Keywords: *bipolarization, multipolarization, Foster-Wolfson index, Esteban-Ray index, disposable income*

1. Introduction

The transition to the market economy in Romania has been accompanied by the growing income inequality, due to a certain extent to the transition from egalitarian distribution specific to the command economy to a distribution imposed by the labor market mechanisms, which involves an increase in the differentiation of income from work and property. But Romania has the highest degree of income inequality among the member states of the European Union, and there is a large gap between the living conditions of the majority population, especially of the poor, and the luxurious life of rich. This has led to the idea that there is a process of social polarization.

The increase of income inequality and polarization are trends that should concern the economic and social policy makers, given their impact on the human, social and economic development. There are various reasons to worry about the widening of the income distribution and polarization. A high degree of inequality and polarization of the income means poverty for a large part of the population, pain and humiliation for those at the bottom of the distribution, difficulties in making ends meet, in having a healthy life and in children's education, investing less in human capital. The increase in inequality and, in particular, the polarization affects the social cohesion, is generating social tensions and conflict, political instability and uncertainty in the social environment and in the economy. The polarization of income means also diminishing the middle class, its proportion in the total of the population and in the total households' income; the middle class whose role in the economic and social development of a country is largely recognized by both the economists and sociologists. According to the studies on the middle class, it contributes to efficient economic growth and social stability through the consumption pattern, investments in effective activities and entrepreneurship, by supporting the formation of the human capital (due to the concern for children's education and health), by the support given to fair and stable economic policies, by supporting democracy and thanks to its role in moderating the social conflicts as well.

The prevention of the increase in inequality and polarization beyond the limits that may endanger the stability and development requires the promotion of appropriate policies, and the setting up of such policies requires information on the dimensions of these phenomena, the analysis of the determining factors and circumstances which favor or weaken them. Inequality and polarization have been subjects of a large amount of literature related to their assessment, the evaluation of trends and international comparisons, to the factors and the relationship with growth and development. The concerns about the evaluation of inequality are older, with notable contributions in the area dating from the beginning of the last century. Those concerning the

* PhD, Senior researcher, Institute of National Economy – Romanian Academy, maria_molnar2004@yahoo.co.uk.

polarization are recent, starting with the 1990s.

In Romania, the evaluation of inequality, generally associated with those relating to poverty, are much more of a recent date, being connected to the availability of data collected through household surveys. Data on inequality were published in reports prepared under the aegis of national or international institutions, and in research papers. The results of the evaluation of the income polarization have not yet been published, although there were some concerns (Molnar 2005, Stefanescu 2008).

This paper presents some results of a study on income inequality and polarization in Romania, namely a review of the main polarization indices proposed in the literature and the 1995 and 2008 years' estimates of the indices in Romania.

2. Definitions and indices

Polarization is a characteristic of the income distribution, as well as the inequality. The two concepts are related, both referring to the differences between revenues. Researchers have observed and shown that the polarization and the inequality are conceptually different. If inequality is an expression of any discrepancies between the individual incomes, the polarization means the formation of groups in the distribution.

The term polarization was used to characterize some evolutions in the social or political environment, but the concerns for the conceptualization and the measurement of the polarization are more recent. In the early 1990, J.M. Wolfson (1994) and, independently, J. Esteban and D. Ray (1994) have proposed two distinct approaches to defining and measuring the polarization, applied and further developed by other researchers (Y. Q. Wang and K.Y. Tsui, B. Milanovič, C. Gradin, J.-Y. Duclos, J.G. Rodriguez and R. Salas, X. Zang and R. Kanbur, A. Alesina and E. Spolaore, C. D'Ambrosio, etc.). One of the two approaches, one related to Wolfson is centered on bipolarization, namely the diminishing of the middle class¹ (the decrease of the population situated in the centre of the distribution and the increase of the population situated at the extremes of the distribution). The other approach, initiated by Esteban and Ray, is based on the relationship between polarization and conflict and social tension and involves multipolarity, the formation of groups (two or more), whose members have income similar to the income of other members of the group and strongly differentiated from those of members belonging to other groups.

2.1. Bipolarization

The main feature of the study of the polarization in Wolfson's approach is to define it in terms of distorting the distribution of the income, by diminishing middle class and the accumulation of a large part of the population in the lower and the upper area of the distribution. In fact, Wolfson's studies have been stimulated by the debate regarding the disappearing of the middle class in the U.S. and Canada. Wolfson defines the income polarization by the spreading of the middle class to the extremes of distribution: "A more polarized distribution is one that is more *spread out* from the middle, so there are fewer individuals or families with middle level income", and "... this spreading out is also associated with a tendency toward *bimodality*, a clumping of formerly middle level incomes at either higher or lower levels" (Wolfson 1997, p. 9). Wolfson believes that this pair of concepts - the spreading out of the middle of the distribution and bimodality - is central to defining the concept of polarization. Starting from this definition, J. Wolfson and J. Foster (1993, 1994) have formalized the concept of polarization and proposed an indicator of polarization.

¹ In the research on the income polarization, the middle class is defined as the population situated in the central part of the distribution, the one with the income near the median, within a certain interval below the median and above it. Obviously, this understanding of the middle class ignores other important characteristics that define the middle class in terms of education, profession, social status and behavior.

Wang and Tsui have important contribution to the measurement of the bipolarization, by the proposal of a generalized form of the Foster-Wolfson index and of a new class of polarization indices, based on the individual income ratio to the median income. Bipolarization indices have been also proposed by Milanovič, Alesina and Spolaore, Rodriguez and Salas. The application of the Esteban-Ray and Esteban-Gradin-Ray indices (derived from the other approach of the polarization) in the case of two groups can be used for the measurement of bipolarization as well.

(i) The Foster-Wolfson index

The Foster-Wolfson polarization index is based on the development of the Lorenz curve, to which the authors came starting from the cumulative density function for the distribution of income. By some transformations of this curve, the Pen's "parade of dwarfs (and a few giants)" and the polarization curves (the first and the second curve) have been derived, and from the second curve a graphical representation of the polarization measure related to Lorenz curve has been obtained.

The index proposed by Foster and Wolfson has the following form:

$$P_{FW} = \left[0,5 - L(0,5) - \frac{G}{2} \right] \frac{x}{Me}, \quad (1)$$

where $L(0,5)$ represents the income share of the population whose income is lower than median (the poor half of the population), G is the Gini coefficient, \bar{x} and Me are the mean and the median of the distribution.

The Foster-Wolfson index ranges within the interval $[0, 0.25]$, being equal to 0, in the case of a perfectly equal distribution (all the incomes are equal), and equal to 0.25, for a perfect bimodal distribution, where half of the population has no income, and each member of the other half have income equal to twice the average. For the index to have an interval of variation comparable to the Gini coefficient $[0, 1]$, the authors have proposed to multiply the index by 4 so that it is also known as:

$$P_{FW} = 2[1 - 2L(0,5) - G] \frac{x}{Me}. \quad (2)$$

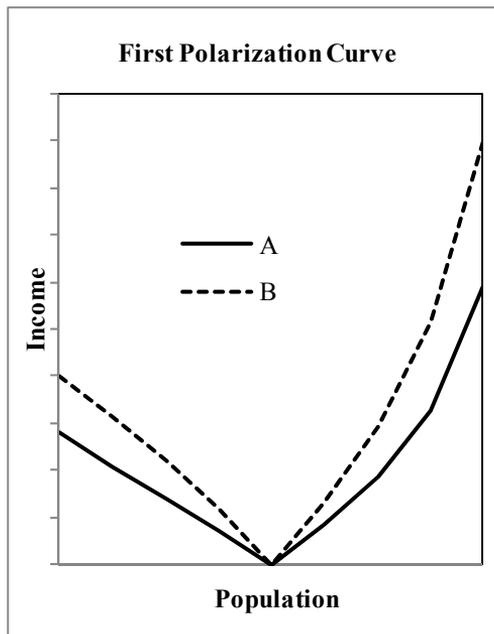
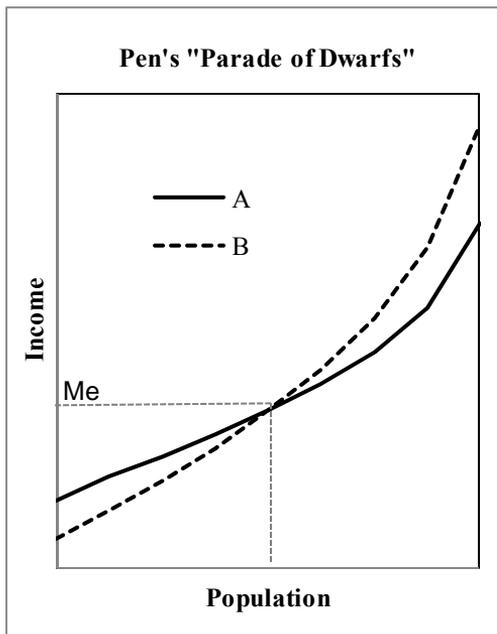
Box 1. The polarization curves and the Foster-Wolfson index

The curves of polarization allow the comparison of the polarization of two or more income distributions, having a role similar to that of the Lorenz curves in comparing the degree of inequality. In building the first polarization curve, it was started from a "Pen's parade of dwarfs" based on the normalized income quantiles (by dividing them to the median). The "Pen's parade" was transformed by raising the horizontal axis to the level of the median and by turning the first part (under the median) around the horizontal axis. The graph resulted has the form of a seagull with the wings tilted, indicating a degree of polarization as higher as the area under the curve is higher. In the example in the graph, the distribution represented by the curve B (the distribution of total income before social transfers) is more polarized than that represented by the curve A (the distribution of disposable income).

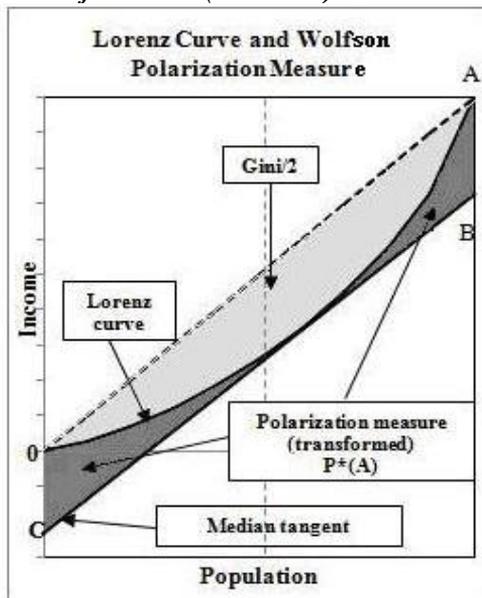
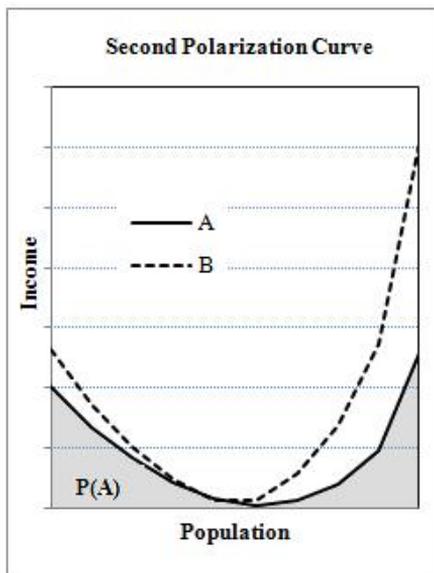
The second polarization curve was built in the same way, but on the basis of the cumulative normalized income. The size of the area located under the two branches of the curve (the shaded area) measures the degree of polarization ($P(A)$) of the distribution (the distribution A in the graph), representing the graphic image of the Foster-Wolfson polarization index, as the area defined by the Lorenz curve represents the Gini coefficient.

Foster and Wolfson have used an extension of the Lorenz curve to reach a formula for the polarization index proposed by them, i.e. to measure the area under the curve of polarization. While the values of the Lorenz curve can be found by multiplying the values of the second polarization curve with the ratio between the median and the average, the area under the polarization curve can be associated to the area located between the Lorenz curve and the tangent

to Lorenz curve in its median point (the more intensely shaded area in the graph). Therefore, the polarization is measured as the difference between OABC area - bounded by the line of the perfect equality (OA), the midpoint tangent to the Lorenz curve (BC) and the two vertical axes - and the area situated above the Lorenz curve, which measures inequality.



Box 1. The polarization curves and the Foster-Wolfson index (continued)



Source: Wolfson (1997) and NIS-HBS data

(ii) The Wang-Tsui class of indices

Wang and Tsui (2000) have proposed a general class of polarization indices as measure of the distance to the distribution with minimum polarization, where the entire population is concentrated at the median level of income. It is based on the absolute distance between individual income and the median:

$$P_{WT} = \frac{\theta}{n} \sum_{i=1}^n \left| \frac{x_i - M_{\theta}}{M_{\theta}} \right|^r, \quad (3)$$

where θ a positive constant and r is a parameter that takes values in the interval $(0, 1)$.

The Wang-Tsui index has been applied for grouped data on average income of Chinese provinces (urban and rural areas), as follows:

$$P_{WT} = \frac{\theta}{n} \sum_{i=1}^k n_i \left| \frac{\bar{x}_i - M_{\theta}}{M_{\theta}} \right|^r, \quad (4)$$

where k is the number of the groups, \bar{x}_i - the average income in group i , and n_i - the number of population in group i (Zhang & Kanbur, 1999).

(iii) The index proposed by Milanović

The polarization measure developed by B. Milanović (2000) is based on the distance between the income x_i of the persons/households (ranked upwards by the income level) and the hypothetical level of income corresponding to the perfect polarization (zero for half of the population and twice the average for the other half),

$$P_M = 1 - \left[\sum_{i=1}^{n(M_{\theta})} w_i \left(\frac{x_i}{\bar{x}} - 0 \right) + \sum_{i=n(M_{\theta}+1)}^n w_i \left(2 - \frac{x_i}{\bar{x}} \right) \right], \quad (5)$$

where $w_i = \frac{2}{n(n+1)} (n - i + 1)$ are weights that depend on the rank (the serial number)

of each person i and the total number of population n . The two terms in brackets refer to the lower and, respectively, higher income than the median and the parenthesis represents the distance between the actual distribution and the one perfectly polarized. The range of the index is $(0, 1)$; the distribution is more polarized as the index approaches 1.

(iv) The share of the ‘middle class’

In the studies regarding the disappearing or diminishing of the middle class, the indicators used measure its share in the total of the population or in the total income. One of these indicators is the share of population in the central part of the distribution, i.e. the proportion of individuals in income range of 85-130%, 75-125%, 75-150%, 50-200%, 60-220%, etc. of the median or mean income. The other indicator refers to the income share of the population in the central quintile group of the distribution (the third quintile), or the three central quintile groups (the second, third and the fourth) or in the second and third quarter of the distribution. For both indicators, their decrease in time signals the increase of income polarization, and a higher degree of polarization in a country where the level of the indicators is lower as compared to other country.

The indicators are relatively easy to estimate and interpret, but there are no theoretical criteria for determining the income range that defines the middle class, and the estimates made for different intervals may indicate divergent trends.

2.2. Polarization and conflict

Joan Esteban and Debray Ray (1994) have addressed the polarization in terms of social tension associated with it, of the ability to reveal “the degree of potential conflict inherent to a given distribution”. In their view, the polarization is “the extent to which a population is clustered around a small number of distant poles” (Esteban 2002, p. 10), namely, the existence/formation of groups, of whose members are similar to the other members of the same group and are very

different from the members of other groups.

Esteban and Ray's theory of polarization is based on a model of individual attitudes of people belonging to different groups, on the idea that each person is subject to the action of two types of forces: one of *identification* with the other members of the group and another one, of *alienation* towards the members of the other groups. The feeling of identification derives from the existence of one or more similar characteristics of members of a group (income or wealth, religion, nationality, social status, occupational or vocational training, etc.), which determines the existence of similar objectives. The feeling of alienation is related to the differences from the members of other groups, differences on the defining characteristics (income, etc.), hence the objectives can become conflicting, creating tension and social unrest. According to Esteban and Ray's theory, the alienation causes the *antagonism* between each member of a group and each member of other groups, while the antagonism is stronger as the differences between groups are larger and as the sense of identification within each group is stronger. The authors consider also, that the sense of identification depends on the size of the group and the alienation is influenced by the number of groups. Polarization supposes, therefore, four basic characteristics of a distribution: the existence of groups, a high degree of homogeneity within each group, a high degree of heterogeneity between groups, a small number of groups of significant size.

In this conceptual-theoretical framework, Esteban and Ray have proposed to measure the polarization in the society as the sum of antagonisms that all member of society feel towards each of the other members,

$$P(\pi, x) = \sum_{i=1}^n \sum_{j=1}^n \pi_i \pi_j T \left(I(\pi_i), \alpha \left(\delta(x_i, x_j) \right) \right), (6)$$

where $T(I, a)$ is the function of the effective antagonism that a person belonging to the group with x_i income feels to a person in the group with the income x_j , $\alpha(\delta(x_i, x_j))$ is the function of alienation, $I(\pi_i)$ is the function of identification, π_i and π_j denote the population share of the group with the income x_i and x_j , respectively.

Starting with this formalization of the behavioral model that defines the polarization and considering four intuitive axioms imposed in order to allow comparisons across distribution, Esteban and Ray have proposed also, an index of polarization that is applicable to the discrete distributions with predetermined groups (Esteban-Ray index). Subsequently, they contributed to the development of the indicators of the polarization. Together with C. Gradin, they proposed a measure of extended polarization, based on endogenous optimal grouping and on considering the lack of identification within groups (Esteban-Gradin-Ray index). A measure of polarization for the case of continuous distributions has been proposed by the two authors and J.-Y. Duclos (Duclos-Esteban-Ray index). C. Gradin has a contribution in defining and measurement of group and explained polarization, that allows the evaluation of the relationship between socio-economic characteristics of households/individuals and income polarization (Gradin group polarization and explained polarization indices).

(i) The Esteban-Ray index

The first polarization index developed in the alienation-identification framework, the Esteban-Ray index has the form

$$P^{ER}(\pi, \alpha) = K \sum_{i=1}^n \sum_{j=1}^n \pi_i^{1+\alpha} \pi_j \left| \log(\bar{x}_i) - \log(\bar{x}_j) \right|, (7)$$

in which the function of alienation is the difference between the logarithms of the income of the population of groups i and j (in fact, there are logarithms of the average income in each group, on the assumption that all income in the group are equal to the average), and the function of identification is π_i^α , where π_i represents the population in the group i . α is a parameter

expressing the aversion/sensitivity to polarization, with the range of variation $[1, 1,6]^2$. In applications, the choice of α belongs to the researcher. The level of the index is lower at high values of the parameter, but as the parameter is higher, the index is more sensitive to polarization, to the differences between distributions in terms of the degree of polarization (the differences between countries, for example) or to its evolution.

K is a positive constant, necessary to normalize the indicator in relation to the population. That normalization is not required if the relative frequency of each value is used in the index formula, i.e. the proportion of each group in the total of the population (p_i), as follows:

$$P^{ER}(\rho, \alpha) = \frac{K}{\sum_{i=1}^n \sum_{j=1}^n p_i^{1+\alpha} p_j} |\log(\bar{x}_i) - \log(\bar{x}_j)|. \quad (8)$$

The Esteban-Ray index resembles the inter-group Gini coefficient, which measures the inequality between groups, the difference between the two indicators consisting only in the use of the logarithm of income and the introduction of the identification function (p_i^α), in the case of the first indicator. So, if we let aside the use of the logarithm of the income, and for $\alpha = 0$, the Esteban-Ray index becomes the intergroup Gini coefficient. The difference between inequality and polarization is given by the parameter α , so the difference between the measures of the polarization and of the inequality is large at high levels of α .

The estimation of the Esteban-Ray index involves the exogenous setting of the population groups. The groups can be determined by splitting the income distribution in two groups or more (for example, the population with income below and above the median/average income or the population of the poor, middle and rich class), that is the “pure polarization of the income” is measured. The groups used to be formed also on the basis of demographic, social, occupational or regional characteristics of the individuals/households (age, gender, occupational status, nationality, residence area or region, etc.), if the impact of these characteristics on polarization has to be evaluated.

The Esteban-Ray index is relatively easy to estimate, but has several disadvantages: the exogenous determination of the groups; the use of the groups’ average income as substitute of individual incomes, that presumes a high degree of homogeneity of the groups, even if within each group there is certain variation of the income; the discontinuity of the series of values used in calculating the index; the overlapping of the income distributions of groups established according to other characteristics than the income.

(ii) *The Esteban-Gradin-Ray index*

Esteban, Gradin and Ray (1999) have proposed some solutions to overcome the weaknesses of the Esteban-Ray index, by taking into account the variation in income within the groups, and by the endogenous setting of the groups.

The correction of the Esteban-Ray index, named by the authors index of simple polarization, is achieved by subtracting from it the error term, that represents the error caused, in the measurement of the polarization, by the use of a simplified representation of the income distribution (ρ) that consists of the groups’ average incomes and their frequencies. The error refers to the income inequality within the groups, the alienation or the lack of identification within groups. It is estimated as the difference between the Gini coefficients of the overall income distribution ($G(f)$) and of the simplified series ($G(\rho)$), respectively, which measures the overall and the between group inequality, respectively.

The formula for calculating the index of the extended polarization, proposed by Esteban, Gradin and Ray is

$$P^{EGR}(f, \alpha, \beta) = P^{ER}(\alpha, \rho) - \beta \varepsilon(f, \rho), \quad \text{that is (9)}$$

² A less restrictive version of the index allows a greater range of variation (0, 1.6].

$$P^{EGR}(f, \alpha, \beta) = P^{ER}(\alpha, \rho) - \beta[G(f) - G(\rho)], \quad (10)$$

where $P^{ER}(\alpha, \rho) = \sum_{i=1}^n \sum_{j=1}^n \pi_i^{1+\alpha} \pi_j |\bar{x}_i - \bar{x}_j|$ is the Esteban-Ray index estimated for the ρ grouping (with two, three or more groups of population), β is a parameter that measures the weight (the importance) attributed to ‘the error in the measurement’ of polarization, that occurs without taking into consideration the income inequality within the groups.

Regarding the determination of the groups, Esteban, Gradin and Ray have proposed the setting of an optimal representation (ρ^*), which involves minimizing the measurement error (ϵ) that is setting the limits of the group ranges so that the variation of the values within the groups (intra-group inequality) to be minimal. The number of groups is determined exogenously. A group ρ^* which minimize the inequality within the groups must satisfy the relation

$$x_i^* = \frac{x_i \pi_i + x_{i+1} \pi_{i+1}}{\pi_i + \pi_{i+1}}, \quad (11)$$

i.e. the level of the income (x_i^*) that delimits two adjacent intervals (groups) must be equal to the mean incomes of the two groups taken together.

Built on an optimal group formation, the Esteban-Gradin-Ray index of the extended polarization becomes:

$$P^{EGR}(f, \alpha, \beta) = P^{ER}(\alpha, \rho^*) - \beta[G(f) - G(\rho^*)]. \quad (12)$$

According to the authors' demonstration, in the special case of the bipolarization, the mean income is the benchmark to allow the optimal split of the income distribution in two parts and the Esteban-Gradin-Ray index can be estimated as stated in the relationship

$$P_{n=2}^{EGR}(f, \alpha, \beta) = [\pi_{\bar{x}}^\alpha + (1 - \pi_{\bar{x}})^\alpha][\pi_{\bar{x}} - L(\pi_{\bar{x}})] - \beta[G - [\pi_{\bar{x}} - L(\pi_{\bar{x}})]], \quad (13)$$

where $\pi_{\bar{x}}$ is the cumulative frequency corresponding to the mean income (the percentage of the population whose income is less than average), $L(\pi_{\bar{x}})$ is the value of the Lorenz curve for the population with the income lower than the average (the percentage of the sum of the income lower than the average in the total income), and G is the overall Gini coefficient.

(iii) The Gradin index

A variant of the Esteban-Gradin-Ray index, applicable if the groups are formed according to socio-economic characteristics other than the income, was proposed by C. Gradin (2000). The formula for calculating the index, named the index of the *group polarization*, differs from that of the Esteban-Gradin-Ray index only by the use of an element of normalization to avoid getting negative values (harder to interpret) of the index. Thus,

$$P^G(f, \alpha, \beta, \rho^G) = P^{ER}(\alpha, \rho^G) - \beta[G(f) - G(\rho^G) - 1], \quad (14)$$

where ρ^G denotes the distribution of the population by groups formed according to one feature or another of the persons or households, and $s(f, \rho^G) = G(f) - G(\rho^G)$ measures the inequality of the income within the groups and the overlapping of the ranges of income variation of different groups, both contributing to the mitigation of the antagonism between the members of different groups.

(iv) The Duclos-Esteban-Ray index

An important development of the theory and the instruments for measuring the polarization, consistent with the theory based on the identification-alienation, belongs to J.-Y. Duclos, J. M. Esteban and D. Ray (2004) and is applied in the case of the continuous distributions. According to their assumptions, each individual is identified only with the people who have the same level of

income, thus the problems caused by the grouping of the population based on discrete intervals of income are avoided.

Duclos, Esteban and Ray have redefined, for continuous distributions, the four axioms that were the basis for the Esteban-Ray index and have proposed an index of polarization whose general form is similar to the Esteban-Ray index:

$$P_{\alpha}(F) = \int \int f(x)^{1+\alpha} f(y) |y-x| dy dx, \quad (15)$$

where $f(x)^{\alpha}$ is the function of identification a person with income x feel towards the others who have the same level of income, and $|y-x|$ denote the alienation of one person whose income is x against another person whose income is y . α is the parameter of the sensitivity to polarization, whose range is $[0.25, 1]$.

3. Income polarization in Romania

Below I present the results of the estimation of the main polarization indices in 1995 and 2008. The indices have been estimated based on the data on the household income collected by two surveys: the Integrated Household Survey (IHS) for the 1995 year and the Household Budget Survey (HBS) for the 2008 year. There are two surveys of whose income module is the same that allows the evaluation of the polarization during the period 1995-2008.

In the estimating of the income polarization indices the households' equalized disposable income were used. It is the income concept whose content is best suited to express the welfare of the household and its members. Disposable income consist of all cash and in kind revenues earned by the household members from employment (the income from salary and the income from self-employment), property and social or private transfers (the income from social protection and the transfers between the households), less the payments made in redistribution (taxes, social contributions and transfers to other households).

The households' incomes are equalized, so that they reflect the welfare differences among households of different size and structure at the same income level. For this purpose, the sum of each household's disposable income is divided by the number of "adult equivalent" units of that household. This number is determined according to a scale of equivalence of the form $AE = (A + \alpha C)^{\theta}$, whose parameters were estimated using the information on the consumption expenditure Romanian households ($\alpha = 0.5$ and $\theta = 0.9$) and it is used in the national evaluation of the absolute poverty as well. The level of the equalized disposable income estimated for each household is assigned to each person in that household and the estimation of the polarization indicators is performed based on the distribution of persons/individuals by the equalized disposable income of the households to which they belong. The Wang-Tsui, Milanovic, Esteban-Ray, Esteban-Gradin-Ray and Duclos-Esteban-Ray³ indices have been estimated by using data on income percentiles or income percentile shares.

The estimates of all indices, except the Gradin indices of group polarization by household type and by region, are showing a higher degree of polarization in 2008 compared with 1995 year (*Annex*). However it must point up that the increase was larger after 2000 year (a period of strong income growth) than before, during a period of a severe income fall, especially due to the widening of the income distribution that went along with the income growth. In 2007 and especially in 2008, a decrease in polarization occurred, due to a faster growth of the low incomes, mainly related to the fact that in 2008 and 2009 in Romania there were general and presidential elections.

The main determinants of the income polarization proved to be the education and the residence area. The highest degree of group polarization and its largest increase is related to these

³ To estimate the Duclos-Esteban-Ray indices I used the DAD-4.5 programme (Duclos, Araar & Fortin).

households' characteristics. The occupational status of household head, as well as the presence or the absence of a wage earner or of an employer in the household composition, is also important factor of income polarization. Consequently, preventing the further increase in polarization requires policies aimed to increase the employment, especially the salaried one, to the development of agriculture and of rural economy, to the improvement in education and training, and to support the poor and those who usually are the middle class as well.

Concluding remarks

Although studies on the theory and measurement of polarization appeared not long ago, the analyst has a rich and varied set of indices that can be used to assess the size and dynamics of polarization. The researchers have developed indices of bipolarization (Foster-Wolfson, Wang-Tsui, Milanovic, quantile based indices) and multipolarization (Esteban-Ray, Esteban-Gradin-Ray, Duclos-Esteban-Ray, Gradin indices). The estimates are showing significant differences related to the size of different indices and to the extent, but indicate the same increasing tendency of polarization. It means that any bi- or multipolarization index can be used to assess the one or another aspect of the polarization. While the extent of the increase in polarization vary according to the index used in the measurement and there are some differences related to the relevance of the indices (derived from the assumptions made in constructing the indices), it is better to use more than one index in order to refine the analysis and verify the robustness of the results.

References

1. Duclos, J., Esteban, J. and Ray, D. (2004), "Polarization: Concepts, Measurements, Estimation", *Econometrica* 72 (6): 1737-1772
2. Duclos, J.-Y., Araar, A. and Fortin, C., "DAD: A software for Distributive Analysis/Analyse Distributive", MIMAP programme, International Development Research Centre, Government of Canada and CRÉFA, Université Laval
3. Echevin, D. and Parent, A. (2002) "Les indicateurs de polarisation et leur application en France", *Economie et Prévision* 155(4): 13-30
4. Esteban, J., Gradin, C. and Ray, D. (2007) "An Extension of a Measure of Polarization, with an application to the income distribution of five OECD countries", *Journal of Economic Inequality*, 5(1): 1-19
5. Esteban, J. (2002) "Economic Polarization in the Mediterranean Basin", Els Opuscles del CREI, 10, Center for Research in International Economics
6. Esteban, J.M. and Ray, D. (1994) "On the measurement of polarization", *Econometrica*, 62 (4): 819-52
7. Foster, J. and Wolfson, M. (1994) "Polarization and the Decline of the Middle Class: Canada and the US", mimeo, Vanderbilt University; *Journal of Economic Inequality*, Published online: 19 November 2009
8. Gradin, C. (1999) "Polarization and inequality: an international comparison", *Essays on Polarization Measurement*, <http://decon.edu.uy/network/C/gradinc.pdf>.
9. Gradin, C. (2000) "Polarization by sub-population in Spain, 1973-91", *Review of Income and Wealth*, 46(4): 457-474
10. Milanović, B. (2000) "A New Polarization measure and some applications", World Bank, <http://siteresources.worldbank.org/INTDECINEQ/Resources/polariz.pdf>.
11. Molnar, M. (2009) "Distribuția veniturilor populației din România. Inegalitate și polarizare" (Households' income distribution in Romania. Inequality and polarization), Institute of National Economy – Romanian Academy
12. Molnar, M. (2005) "Caracteristici ale distribuției veniturilor. Inegalitate și polarizare" (Income Distribution: Inequality and Polarization), Institutul National de Statistica-Societatea

Romana de Statistica, Seminarul National „Octav Onicescu”, 5 iunie 2005

13. Neri, E. (2008) "The Shrinking Middle Class: Where When and Why" CRISS Working Paper, 36, <http://eaepe2008.eco.uniroma3.it/index.php/eaepe/eaepe2008/paper/viewFile/448/122>

14. Poenaru, M. (2009) "Politica sociala in Romania. Provocari actuale si viitoare" (Social Policy in Romania. Present and future challenges), Romanian Academy – Institute of National Economy.

15. Stefanescu, St. (2008) "Measuring the Socio-Economic Bipolarization Phenomenon", *Romanian Journal of Economic Forecasting*, 5(1): 149-161

16. Wang, Y.-Q. and Tsui, K. Y. (2000) "Polarization Orderings and New Classes of Polarization Indices", *Journal of Public Economic Theory*, 2 (3): 349-363

17. Wolfson, M.C. (1997) "Divergent Inequality – Theory and Empirical Results", Research Paper Series – Analytical Studies Branch, No. 66 (Revised), Statistics Canada

18. Wolfson, M.C. (1994), "When Inequality Diverge", *American Economic Review*, 84(2): 353-358

19. Wolfson, M.C. and Foster, J. (1993) "Inequality and Polarization – Concepts and Recent Trend

20. Winter Meeting of the American Statistical Association, Ft. Lauderdale, January

21. Zhang, X-B. and Kanbur, R. (1999) "What Difference Do Polarization Measures Make? An Application to China", Working Paper, WP99-02, Department of Agricultural, Resource, and Managerial Economics, Cornell University, Ithaca, New York; *Journal of Development Studies* (2001), 37(3): 85-98

Annex. Estimates of polarization indices in Romania

	1995	2008	2008/1995 (%)
Population share (%) in the income range			
85-130% median	34.5	31.9	92
50-200% median	83.5	79.7	95
Income share (%) of the population in the income range			
85-130% median	31.7	29.4	93
50-200% median	77.5	74.4	96
Foster-Wolfson index	0.231	0.253	110
Wang-Tsui index			
r = 0.5	0.592	0.616	104
r = 1	0.456	0.505	111
Milanovič index	0.349	0.372	107
Esteban-Ray index (2 income intervals, cut-off income level = mean)			
α_1	0.206	0.216	105
α_1	0.149	0.156	105
Esteban-Gradin-Ray index (2 income intervals, cut-off income level = mean)			
β_1	0.116	0.124	107
β_1	0.059	0.064	108
Duclos-Esteban-Ray index, α_1	0.183	0.191	104
Esteban-Ray index of polarization by subpopulation ($\alpha = 1$)			

Occupational status of household head (1)	0.048	0.065	135
Households with/without at least one wage earner	0.060	0.088	147
Education of household head	0.038	0.056	147
Household type	0.026	0.029	112
Residence area (urban/rural)	0.054	0.104	193
Region	0.014	0.017	121
Gradin index ($\alpha = 1, \beta = 1$)			
Occupational status of household head (1)	0.830	0.865	104
Households with/without at least one wage earner	0.820	0.863	105
Education of household head	0.855	0.916	107
Household type	0.824	0.821	100
Residence area (urban/rural)	0.812	0.896	110
Region	0.772	0.779	101

Source: Estimates based on NIS – HIS and HBS data

THE ECONOMICAL – FINANCIAL ROLE OF CONTEMPORARY STATE

ELENA CIUCUR*
DUMITRU CIUCUR**

Abstract

The present paper pursues pointing out the real system content of competitive - functional market economy, which exists in most of contemporary countries. This system presents itself in a great variety of forms, experiences and national practice, definite – historical. The reality of world economy today emphasizes more types or models of market economy, with multiple specificities, which can be bound to own types, depending on certain criteria, based on the pluralism of property types, having in the center of it prevalent private property. In such context, there exists and functions the state, which meets a certain part in the economical – financial life from each country, with significant particularities from a country to another, which is pursued in this paper.

Key words: *The economic role of state, economic rationality, economic strategy, economic politics, economic planning, economic democracy, protective state, productive state, ideology, human alienation, market capitalism crisis, source of development, aim of development, scientific knowledge, negotiator state, bureaucratic state*

Introduction. The presence of state in economy

The ways by which the state interferes in the economic – financial life limits in time the many types of state such as: protective state, involved in creating and defending the legal environment of market institutions, productive state, involved in economic activities for counteract the lacks on market mechanisms; negotiator state or corporatist state, involved in mediating and coordinating concessions in economic politics; bureaucratic or exploiting state, directly involved in running economy, achieving therefore autonomy by materializing own economic targets favourable to bureaucracy.¹

The state evolution in classic liberal economy, in which he pursues only the constituting and protecting the market institutions and a public sector overly limited, mostly .

The evolution of state in classical liberal economy, in which it pursued only constituting and protecting market institutions of a overly limited public sector, mainly starting from the time of great economical recession after the First World War, states became aloof by the classical liberal economical politics, involving in economical activities under several forms and increased proportions for the following reasons: difficulties in functioning of market mechanisms from the need of solving certain problems of social order, as in accomplishing several claims. Moreover, in the context of socialist economy, state became a sole subject of economic activities, transforming its economic content, through bureaucracy brought to the forefront of economic dynamics, state becoming productively preponderant , negotiator and bureaucratic. Thus, the types of state move to certain purport reported to the political power, which directs the socio-economical activity and the registered effects. In real economy there are no pure types of states, though their characteristics are interweaved, being prevailing phenomena specific to a type of state, which interferes with segments of other types of state, in an effective mixture.

¹ An ample treatment of such matters are found in Aurel Iancu's paper "Basis of economical politics theory"

The involvement of state in financial – economic life constitutes the domain of dispute between several theories, doctrines or economic schools which manifest either in the meaning of non-standard and diminishing the role of state or in the meaning of exhaustive involvement of state in central managing of economy. In such circumstances, the main serious problem, above which the scientific creativity must be focused, is that of optimizing financial - economical reasoning on a trajectory profitable to society, for the purpose of obtaining useful effects validated by the real life of people. Neither can be accepted the conservatory modality, that of placing difficulties only in the area of market, nor the subsequent modality of including all favourable aspects in economy in the area of action of contemporary state. It is imposed finding the certain optimal point which to express the vision regarding to which the market is imperfect and sets out difficulties, also the presence of state in economy is imperfect and leads to unfavourable effects, disowned by the real contemporary economy. Reality demonstrates that people – as superior beings, rational – act simultaneously in the market domain and of state systems, of public administration. Therefore, combining those two fundamental sides must be based on “allocating, using and distributing resources in economy.”²

Tracing frontiers between market and non – market “is a reason of empirical investigation and the frontiers themselves could be changed on the running”.³ Also, “sometimes the market will function well under some circumstances and, other times, in a different set it will not work well.”⁴

It results the appreciation of state implementation in economy excludes rush, ideological influence, conjectural simplifying, requiring a thorough research on the advantages and disadvantages of market and state in economy and handling a realist decision, scientifically grounded, with a precise target of optimal under economical viewpoint, technical, ecological, socio – cultural and moral.

In the countries with functional – competitor economy the role of state is maintained, increasing its responsibility in issues of great economical and social importance, such as: stabilizing economy; fighting unemployment phenomena, inflation, financial – economical crisis; using vital resources; natural environment protection; social protection and so on.

State is today an essential characteristic of market economy as a real joint economic system. It represents an ensemble of different functions and skills, together with adequate economical rationalities. The essence of state is manifested by centrefolds of economic power which decide in economic matters of community ensemble interest (government, ministries, agencies and other national institutions and so on).

State pursues to regulate democratically the economic mechanism of general functioning, to reunite, on the basis of unitary norms, the behaviour of socio-economical institutions from a country, guided by the interests of participants, regardless to the type of property. These interests, if given the chance to develop, would launch social tension and never-ending social disorder. Therefore, state pursues the reconciliation of different interests in market economy, involving in mechanisms and structures in a direct democratically manner, as proprietor of productivity factors, as main acquirer of economic goods on private markets, as public entrepreneur and so on and indirectly, as social freight service provider, of national interest.

Augmenting the role of state in all countries with competitor market economy does not mean the overbidding of this role, nor the neglect of temporary reflexes of it. Accurate appreciation of state functioning on contemporary market economy must consider the farsighted analysis of the relation between strategy, politics and economic planning. This is found in interdependence

² Charles Wolf, “Markets or Governements. Choosing Between Imperfect Alternatives”, m.i.t. Press, Cambridge, Mass, 1998, pg. 6

³ D. Miller and S. Estrin, “Market Socialism> A poliez for Socialists”, in I. Forbes (e.d.), “Market Socialism: Whose Choice?”, Fabian Society, Fabian Tract 515, 3-12, London, 1986, pag. 5

⁴ D. Winter, “Is socialism after Market Socialism?”, In forbers (ed.), “Market Socialism: Whose Choice?”, Fabian Society, Fabian Tract 516, 13 – 16, London, 1986, pg. 15

without overlapping or excluding, though must harmonize in their permanent dynamics.

Economic strategy represents an ensemble of plans, methods, stratagems and targets which describe a correlated investigation manner of a complex and dialectic situation in economic life. The term of strategy was taken from military sector and refers to a going of events on a medium or long time. Therefore, economic strategy shall not be confused by economic tactics, which concerns methods used to reaching a target or an ensemble of targets on short term. Thus, economic strategy is frequently used to describe the behaviour of economic agents in market economy, for competition implies the existence of a conflict of interests. The concept of economic strategy is at the centre of economic development in the decisional theory, mostly in the economical simulation theory.

Economic politics represent the conscious action of public power, based on certain theory, handled democratically, implying the scientific definition of socio-economical targets of nation – state on a certain term and reaching these targets having in sight the opportunities and corresponding means.

Modern economy evolutes on the basis of certain rules which reflect combining economics with politics, as combining economic activities (productivity, circulation, consumption, scientific research, ecology and so on) with the power of state in the socio-economical life. Thus, it is imperious matching the political order governed by the state with the economic order governed by the income concerns, of profit, politics and economy being interrelated, pursuing the economization of politics, meaning the implementing of economic rationality in political decision and not politicization of economy, which proven, basically, bankrupt.

Economic politics, in general meaning, expresses the totality of principles, means and actions by which the ensemble objectives of state in economy are accomplished. Politics is an operational domain that renders the allocation function of limited resources for reaching pre-established targets. The content and objectives of economic politics depend on the level and perspective of its elaboration and achievement. On firm's level, politics is a matter of microeconomic management, which concerns the use of own resources and relation with natural environment and other segments which define business environment. To this level, production methods adapt, to the purpose of efficiency, to natural environment as well as to the environment socially created and politically variable, so the multidimensional information and the contract with this political environment become the forces which “decide between success and failure”⁵. At ensemble level of political economy it reflects the rational action of state, established democratically, in the sense of scientific definition of economic and social objectives of state on a certain period and achieving these objectives correlated to the existent premises and adequate instruments. To such macroeconomic level the awareness of general nation concern is made on a certain period and corresponding methods are used for achievement.

Elaborating economic politics starts from the national interest evaluated to a certain moment and foreseen on a certain time horizon, level of aggregation and organizational structures. Thus, economic politics can be defined as: national, regional and world economic politics; economic growth politics, of durable human economy development and so on; employment of labour resources politics; politics of fight against unemployment, inflation, crisis; social protection politics and so on.

By the complexity of reference domain, economic politics can be: global or macroeconomic and sector. Global politics, or macroeconomic, follows the national economy and

⁵ Alvin Toffler, “Powershift – Power in movement”, Antet Ed, Bucharest, 1995

manifests in the form of: budget, monetary and financial, natural environment politics, of macroeconomic planning or programming. Sector politics follows a certain domain and manifests in the form of: industrial, agricultural, mercantile, touristic politics and so on.

By the time horizon of targets to be reached, economic politics can be: short term politics, medium and long.

By the manner of involvement of participants to economic activity there are: restrictive politics, of limiting activities; stimulation politics of economic agents; concentration politics of economic agents on diverse objectives or domains.

By the economic doctrine on which is based, there can be: liberal politics, neoliberal politics of global offer politics; neo-leadership, Keynesian or of global request; conservatory politics and so on.

By the content and economic politics forms we could demonstrate that “No economy could function exclusively on the basis of the invisible hand principle. Moreover, any economy handles imperfections which determine the turn up of several negative phenomena. For this matter, no state in the world does an un-handling of national economy⁶”. Implying the state in economy is a complex activity, being materialized in different forms of economic politics, by which economic aspects are correlated with politic aspects by law, norms and specific regulations which are concern carriers. This way, economic politics target the allocation, stabilization, functioning, evaluation and distribution in economic life accordingly with functional – competitor economic features on the market.

State uses own institutions, such as economical decision centres and adequate instruments, which may be: direct or indirect; economical or cultural; ethical, stimulating or administrative – restrictive and so on. Mainly, the state uses own instruments of two forms of politics: budgetary politics and monetary – financial politics. We appreciate as suggestive, in such manner, the relations of optimization of internal economic balance, as presented in the table below⁷. (picture 1.1.)

Compared efficiency of pursuing an internal optimal balance measures

	EXCHANGES			EXCHANGES	
Degree of mobility of income	Monetary politics	Budgetary politics	Exchange politics	Monetary politics	Budgetary politics
Weak mobility of income	Ineffective	Weakly ineffective	Weakly ineffective	Effective	Effective
Strong mobility of income	ineffective	Effective	Effective	Effective	Weakly effective

Source: Jacques Genereux “Economic Politics”, European Institute Edition, Iasi, 1997, pg.

62

Picture 1.1.

As resulting from here, such relations imply more influences over several elements which cling to these two economic politics, as: indicator of macroeconomic results, interest rate, inflation rate, power of currency purchase and so on. The analysis of budgetary influence and monetary

⁶ P. Samuelson, W. Nordhaus, “Political Economy”, Teora Ed., Bucharest, 2000, pg. 53

⁷ After Cornel Ionescu, “Reversal of State, Economic Ed., Bucharest, 20021, pg.112 and next

influence on macroeconomic results, in certain conditions of occupying workforce or inflation imply choosing an instrument or a set of instruments for transposing factually efficiency relations of economic activity for a certain horizon of time.

The analysis of economic role of contemporary state implies the specification of concepts such as oligarchy, oligarch, mogul. Oligarchy is a manner of state leadership in which political and economical power is exercised by a small number of people, possessing large monopolist – financial capital. The oligarch is a member of oligarchy. The mogul represents an important person with discretionary power. He is not different, in essence, by the oligarch. Such concepts are the expression of blending particular forms of monopolist capital with the state, to the purpose of economical and political life domination in respective country. Thus, a small group of tycoons are simultaneously merchants, industrialists, landowners, bankers, media owners and so on, having identical fundamental reasons, reaching to decide and order over the greatest part of social wealth, becoming dominators of important domains such as: petroleum, supermarkets, media trusts, mobile telephony etc. such people influence decisively the politic life, a country governing either directly or indirectly, using divers manners: economic businesses with firms and institution of state; mixed societies; financial – banking ladders and so on.

Oligarchic groups are in all countries with competitor market economy, functioning in actual – historical conditions, as a general characteristic of contemporary capitalist economy.

Actuality in Romania

In special circumstances of present time, there are imposed knowledge and right understanding of economic role of contemporary state, including in our country. Complex realities show that the pluralism of property forms does not exclude the presence of state in economy. Through examination of such relations allow us to appreciate that present market economy resembles a mixed economic system, in which are combined different proportions of elements of free market system, with the implication of state in economy. Real economy is an ensemble which functions as an objective mix, of free competitor market economy and rationally planned economy, not being a pure market economy in an exhaustive manner. Though, the state fulfils an important role for beneficially influence the functioning of free market, he elaborates laws and emits regulation and acts in the domain of diminishing pollution and business stimulation and so on.

Modern market economy reveals, by obtained results, the viability of this system, potential virtues, as practical valences of it. Not the presence of state in economy is discussed, but the proportion, the moment and the domain of the state presence, which watches upon the functioning of economic, financial and banking mechanisms on all aggregation levels (micro, mezzo, macro).

In our country, rediscovering state in economy is a fundamental element which must mark the beginning of XXI century. It is the organizational state of social cohesion, regulator state, arbitrator state and NOT the state as principle economic actor. This rediscovery is called to rehabilitate the public service and its social utility. Citizens request for public services (health, education, transport, social protection) extended and performance; we have in sight that public and self-financed education constitutes and important public service.

Another aspect of actuality in Romania is represented by the realist understanding of relationship between state and economic democracy. Economic-financial life shows the blending of the two. Rationally unguided economic democracy means anarchy. Also, the citizen must not be limited only to the dimension of consumer, for this creates the premises of a new type of totalitarianism, circumventing the dimension of man from producer and manager.

Democracy in economy does not mean forming several great detachments of unemployed, poor, illiterates (or functional illiterates as called in Denmark), disregarding socio-usable work (by games for gains without work) or, more serious, the drugs consumption, prostitution or antisocial belief patterns (even antihuman – EMO). All these are demonstrating human alienation.

This imposes to reveal the relation between economics and ideology. In such a frame, economics must have priority, not to be dominated by ideology. Such an aspect is less important than present, though ideologies suffer mutations still, they have a visible influence. There are several ideological constraints which come from a dogmatization, an absolutization of role and free markets place, in the complex mechanism of economy. This means, in a certain sense, a return to the theory of the Invisible Hand of Adam Smith.

The, the market regulates economic activities as a tendency on a long term, by almost a hundred years⁸. Nowadays, there is in cause the “Market Capitalism Crisis”, as shown by world realities and as synthesized by economics specialists and some politicians.

Former U.S.A. president, George W. Bush confessed the fact that he, himself, has changed a part of fundamental ideas, favourable for free market.

More precise, some specialists show that “The capitalist system, as operating now, is built on false premises. There is o coordinate of market fundamentalism, which is now ideologically dominant and pretends that market self – regulate. This is a false idea for the authorities intervention is of saving markets when in trouble”⁹

From this standpoint we appreciate that the economic Romanian model must be improved, taking into account this complex and complicated status of economic realities from our country. Also, we must take into account the fact that our economic model must not be copied or taken as such without thought from elsewhere, though, it must be a model with own identity, European integrated.

As well as it is imposed a tendency o revalorization of functioning principles of free market, affected by one of the most powerful crisis known in the capitalist model of socio-economics development. This involves a new world concept over the sources and targets of development. The sources of development must be established on the basis of understanding the decisive part of innovation and scientific creativity, and the aims of development are established on the ground of knowing and understanding contradiction between exaggeration of production and the material consumption, on one hand, and the more and more accentuated atrophy of natural environment and of evolution conditions of spiritual-cultural of mankind, on the other hand. The Great Reform expected by our time must not be only a formal juridical one, thus, a real economics one, of change in wealth repartition.

The correct understanding of state role in the conditions of present crisis is a national and world demand proven by the scientific phenomena which develop worldwide.

In Romania, form almost 20 years, is acting against the state. Ever since 1989 the state withdrew suddenly and suspicious from economy by: sudden liberalization of exterior commerce, price liberalization in the absence of laws and of competition regulation institutions, the dissolution of economic planning for in developed countries using it in economy as an important form of economic rationality on long term.

Another cause of harsh reality in Romania must be searched in the **stultification of action, in the educational domain**. Education, research, innovation, institutional structures of scientific knowledge society elevated and wise did not comfort their deserved attention. In economics communication language the locution of **informational society** was used, then in the knowledge society, circumventing that human society always evolving, since the beginning of mankind, on knowledge grounds. Certainly, at the beginning it was due to an empirical knowledge, unsystematized, without a prior special training. Further, it was made the passage (and this from long time ago) to scientific knowledge, systematized on the basis of professional and cultural special training (great Romanian savants).

⁸ Joseph E. Stiglitz; Carl E. Wash, “Economics”, Economic Ed., 2005, pg.217

⁹ George SOROS, “Allocution atColumbia University”, New, York, 16-22, II, 2009

Nowadays we speak about another leap into scientific knowledge to **elevated and wise knowledge** (not scientific discovery for sophisticated weapons for human destruction). This means systematically and permanent assimilation of scientific novelty, of innovation in every domain (nature, society and in such frame the economy and finances).

Scientific research harmonized with education must constitute firmly a national priority, as a coherent system, promoted as communitarian monopole, as a public good, regardless to the form of property, which promotes it, stimulating thus development of society and emphasize of man with his conscious needs and interests.

Nowadays it is manifested as a **thought pattern with trans – disciplinary character**, which develops a systemic vision over live generally, of social and economic, in particular. This vision reveals the necessity of passage in developing new economic concepts, with integrator content for boosting economic activities of high performance in a fundamentally interdependent world.¹⁰ For these new Romanian realities, matter of state role must relate with the economy capacities of orienting a part of the investment effort towards research and innovation for quality developing to the purpose of structural convergence with the integrated economic model, in the period of post-adherence to European Union, materializing the result in the conditions of risk taking¹¹. Also, if necessary to have in hold the fact that Romania is atypical, by the economic mechanisms which it promotes, but for its politics, reaching a state of subordination of economics to politics phenomenon.

In a more agitated world in which we live in, the state intervention in economy for improving human life quality we remember that we are human, as we remember that we were children and that we were young. We believe that placing economic phenomena specific to state interventionism, in the foreground of our economics theory and practice represents a profitable modality for economic decision, monetary – financial on long term and very long term.

References

1. Alfred Adler, *Style of Life*, IRI Publisher's House., Bucharest, 1995
2. Anghel N. Rugina, "Towards a New Principia Politica; The Third Revolution, in "Politica Sciences", in "International Journal of Society Economics", vol. 17, no.2, 1990
3. Doug Bandow, Ian, Vasques, "Perpetuating Poverty", Cato Institute, Washington, 2001
4. James M. Buchanan, "Liberty Limits Between Anarchy and Levinthon", European Institute, Bucharest, 1997
5. Daniel Daianu, "Romania's Bet. Our Economy: Reform and Integration", Compania Publisher's House, Bucharest 2004
6. E. Dobrescu, T. Postolache, "Economic Records", Bucharest, Romanian Academy Publisher's House., 1990
7. K. J. Galbraith, "Economics Science and Public Concern", Economics Publisher's House., Bucharest, 1993
8. Jaques Garrello, "L'etat de syndicates", www.libres.org, April, 2006
9. Willis Harman, « Global Mind Change: The Premise of the Last Years of the Twentieth Century », Indianapolis, Ind.: Knowledge Systems, 1998
10. Paul Heyne, "Economics Thinking Manner", Bucharest, Didactic and Pedagogical Publisher's House, 1991
11. Orio Giarini, Walter R. Stahel, "Limits of Certainty", Edimpress – Camro Publisher House, Bucharest, 1996

¹⁰ Cobstantin Popescu, Alexandru Tasnada, "Respiritualization", Ed. ASE, Bucharest, 2009

¹¹ "Spiritually-institutional Reconstruction of Enterprises, Request of Development in Knowledge Society", ASE Ed., Bucharest, 2006

-
12. Aurel Iancu, "Basis of Economic Politics Theory", ALL BECK Publisher's House, Bucharest, 1998
 13. Paul Johnson, "A history o Modern World, Humanitas Publisher's House, Bucharest, 2003
 14. Cosmin Marinescu, "Institutional Economy", ASE Publisher's House, Bucharest, 2006
 15. Constantin Popescu, "Respiritualization" ASE Publisher's House, Bucharest 2009
 16. Alexandru Puiu, "Banking Strategies – One of the Causes of Present Romanian Economic Crisis", Independenta Economica Publisher's House, 2001
 17. Jeremy Rifkin, "European Dream", Polirom Publisher's House, Iasi, 2006
 18. Pascal Salin, "Liberalisme", edition Odile Jacobs, Paris, 2006
 19. Amartya Sen, "Development as a Liberty ", Economica Publisher's House, Bucharest, 2004

INNOVATION: CONCEPT, MEASURABILITY, POLICY. THE CASE OF ROMANIA SMEs

IONICA HOLBAN (ONCIOIU)*
FLORIN RAZVAN ONCIOIU**

Abstract

Innovation is a broad concept and it is not in contradiction with tradition. Any entrepreneur, even when working in a traditional sector or businesses with strong traditions such as a family business can be innovative.

Innovation is not only pushed by the entrepreneur but is increasingly market pulled. Through an innovation - entrepreneur it is wanted to influence his market structure or to develop new markets.

Radical innovations introduce new business concepts, which require an ability to organize resources and competence in novel patterns. Enterprises extend their ability to develop new business concepts, their dynamic capability, by accessing external resources. This study proposes to investigate how the use of external resources varies in the course of SMEs innovation processes, and how deployment of external resources is influenced by the nature of the innovation as well as by the context of the innovation process.

Keywords: *Small and Medium Enterprises, competitiveness, innovation.*

INTRODUCTION

In an increasingly complex business environment, organizations have been confronted with rapid changes in technology, competition, regulation and customer needs and demands. This has caused managers and researchers alike to search for new ways of developing organizational capabilities by continuous adaptation and anticipation of the need for change. Organizational learning, which promotes continuous adaptation and change, has therefore captured the imagination of managers seeking to survive the current turbulent operating environments.

Innovations may represent novelties in one or along several dimensions. They may provide new products or services to a market; they may introduce new technology to existing products; they may introduce new forms of organization of a SMEs or a value creation chain.

The focus here is on innovation processes that are more than minor improvements of existing products or processes. Our interest is the introduction of products or processes that are novelties to the degree that they represent new business concepts, and will require and provisions outside daily operations.

A new business concept is the spark that triggers the innovation process. It is how the novel products or processes may be achieved from the platform of current operations, that is, products and processes, combined with thoughts or estimates of the market new business concept. The new business concept is conceived from the current state of products and processes in the enterprise, the current markets and a perception of future market opportunities.

With the current rapid transformation of markets, enterprises would quickly stagnate and competitive positions without renewing. Such renewal is most often produced by several small adjustments, commonly referred to as incremental, stepwise or gradual innovations. In many cases, incremental innovations are implemented in the course of ordinary operational activities hardly noticed from day to day. However, the cumulative effect of incremental innovations is usually sufficient to maintain a competitive position when changes in markets follow predictable patterns.

Consistency between two major elements is decisive for a successful completion of the SMEs innovation process. The first element is the character of the innovation — what challenges does the innovation present. The second element is the capability of the SMEs to address these

* **Ionica HOLBAN (ONCIOIU)** - Lecturer, Ph.D., „Alexandru Ioan Cuza” University, Iasi and Academy of Economics Studies from Bucharest (e-mail: nelly_oncioiu@yahoo.com).

** **Florin Razvan ONCIOIU** - University of Agronomic Sciences and Veterinary Medicine, Bucharest (e-mail: oncioiu_florin@yahoo.com).

inherent challenges, that is, the capacity of the enterprise to muster resources and to act in a sufficiently dynamic way.

LITERATURE REVIEW

Innovation is not confined to the area of entrepreneurship. Also other agents such as government agencies or non profit institutions can ‘innovate’ but in this paper we limit the discussion to innovation and entrepreneurship, operating in a market environment.

By definition, innovation processes address novel products or processes that require new capabilities or a new application of existing capabilities. Moreover, when the innovation requires interaction between an increasing number of components or subsystems, the complexity of the innovation process will increase rapidly.

The link between entrepreneurship and innovation has been established strongly since Joseph Schumpeter. Since then innovation is considered as an essential characteristic of entrepreneurship. The link is emphasized by any textbook on entrepreneurship, even introductory ones, such as for example Zimmerer and Scarborough in its fifth edition (2008): “Entrepreneurs also create innovations to solve problems they observe, often problems they face themselves”.

The fundamental issue is the management of innovation processes, which differs from management in general (Salomo & Hölzle, 2007) due to the high level of uncertainty and application of novel competence.

However, in discussions on innovation there is a tendency to associate it with large, technologically advanced firms. This was already a sensitive point for Schumpeter, as can be read in the contribution of C. Freeman in the Palgrave dictionary: “Schumpeter (1928 and 1942) is often known for his emphasis of the advantages of large size and monopoly on innovative performance, whilst traditional theory has continued to stress the advantages of competitive market structures”.

Business innovation processes require access to new resources, including competence (Bayer & Gann, 2007; Chell & Baines, 2000), which are frequently tapped from external sources. Many therefore consider better access to such external resources to be a vital policy instrument to support the innovative capacity of the business sector, especially for smaller enterprises. The term innovation system (Cooke, 2001) has often been used to describe the interaction between an individual firm, on the one hand, and firms and institutions that can provide such resources on the other hand. Innovation systems have received attention from researchers as well as policy-makers as possible instruments for improving the innovation capacity of enterprises. It is imperative that innovation systems are developed with a thorough understanding of how enterprises utilize external resources in their innovation processes.

During times of dramatic changes in the business environment or when SMEs exploited completely new opportunities, incremental innovations would not provide sufficient le for rapid and large transformations. We refer to these large transitions over a short time period as radical innovations. They are also referred to with terms such as discontinuous or really-new innovate (Garcia & Calantone, 2002; McDermott & O’Connor, 2002).

The innovation capacity of an enterprise thus rests on the foundation of its resources, which have been accumulated as a result of previous activities. These resources have been shaped by the needs of the past and are subsequently applied in the current innovation process to respond to the needs of the future. The ability to come up with novel solutions will therefore depend on an ability to adapt the resources in response to the new requirements of the innovation process (Eisenhardt & Martin, 2000; Pek-Hooi, Mahmood, & Mitchell, 2004; Teece, Pisano, & Shuen, 1997).

Eisenhardt and Martin (2000, 1107) define dynamic capability as “...the organizational and strategic routines by which firms achieve new resource configurations as markets emerge, collide, split, evolve, and die.” The dynamic capability is thus the process at the strategic level that enables the enterprise to change the content, structure and organization of the resources that are available to the innovation process. Correspondence between the dynamic capability and the dynamic

change patterns of the business environment is essential for the long-term survival of the firm. Therefore, adequate flexibility in its dynamic capability constitutes a significant part of the core competence for a firm's innovative sustainability.

However innovation is not only a matter of product differentiation or product management in general. It refers to all aspects of doing business. Entrepreneurs can be innovative with regard to any aspect of running their business including the production processes, the organization structure, finance management etc. Innovation can be successfully applied in 'new' sectors such as high-tech but as well in very 'traditional sectors in industry, services and even agriculture. It can be successfully applied in new startups with an informal business culture but also in existing businesses such as family businesses with a tradition of several generations. Small as well as large businesses can be innovative with regard to their product, their technology, their organization or their financial management.

GOVERNMENT INTERVENTION WITHIN THE EUROPEAN ECONOMIC AREA

Businesses operate in a market within an open space such as the European Economic Area. When a national or regional government wants to design a policy to support entrepreneurship in general of innovation in particular, it has to focus on the businesses which are active on its territory.

This is a very important case for EU policy. On the one hand there is an argument in support of positive government intervention; on the other hand the European Commission has to watch carefully the rules of fair competition within the European Economic Area. The following quotations from European policy documents show that it is not easy for the European Commission to find equilibrium between these considerations.

"The identification of policy areas should be market-driven, in full respect of the need to preserve free and fair competition. Without excluding any areas from such initiative, there is a clear public interest in helping the emergence of solutions that would provide answers to citizens concerns. These would, in particular, be areas where public authorities play a critical role to eliminate existing barriers to market take-up of new products. However, this should not be at the expense of supporting innovation in more traditional sectors" (2006, p. 12)

Innovation is market driven and not only pushed by the firms. This has been recognized by the EU: its policy should be devoted to support 'innovation management' and to develop the promotion of markets. "Innovation management' is a prerequisite for innovation to flourish in firms. Many enterprises, especially SMEs, encounter difficulties in planning, implementing and marketing innovative products and in innovating in their production processes. Innovation cannot work without taking people into account". "Enterprises of all sizes should be more flexible in responding to rapid changes in demand, adapt to new technologies, such as ICT and e-business, and be able to innovate constantly in order to remain competitive". (2005, p. 17)

The main motivation of the European Commission to accept state aid within the European Economic Area is the possibility of market failures. "Aid for projects covering fundamental and industrial research and experimental development is mainly targeted at the market failure related to positive externalities (knowledge spillovers), including public goods". Other forms of aid are motivated in a similar way (2006, p.8)

INNOVATION AND COMPETITIVENESS IN THE ROMANIAN SMEs

Innovation is a crucial concept involving creativity, organization and profitability but can it be measured? Is it possible to use operational concepts that allow measurement?

The creation of new businesses is necessary for the renewal and modernization of the economy but not sufficient. The new businesses also must be of 'good quality'. But what does that mean? One of the characteristics of this 'good quality' is the degree of innovation. Now the question arises: is it possible to measure the innovation?

From the first 10 states using the GDP for each inhabitant, only one has a social contribution in the net profit resembling ours, Suede, with 38%. Next we find Finland with 29,6%. But the first 5 states as a developed well being of the population has reduced ponders: Norway (16,3%), Island (13,7%), Switzerland (11,5%), USA (10,1%) and Denmark (2,2%). The data confirms a much tied connection between the work tax and the suburb economy, comparing that between the income tax and gray economy. The Northern states with large amount of social expenses in the brut profit have also increased suburb economies. Suede, Norway and Finland, have gray economies of 19%, while USA or Switzerland – only 8,8% of the total economy. In spite of reducing the income tax and those on the profit to 16%, Romania with assistance expenses of 38,6% has a suburb economy of 34,4%. It is very logical why a company manager to be very reticent to legalize his affair, as long as due to the “fiscal reform” it has a reduction for taxes, incomes and contributions by 2,2% of the brut profit, and not 9% as the governors say.

In Romania was created a vicious circle where the state is ensuring the minimum financial resources for stimulation of knowledge-based economy and only a few companies proved able to compete through innovation. Very often knowledge is strongly connected with people and all or part of it can do a major challenge. Innovation system is important for clarifying the area of innovation policy and also for fostering the interactions.

According to the statistics of Ministry of Education and Research until 2002, a number of 590 units were involved in the innovation system. Out of which 280 were research and development institutes and 310 joint-stock companies (public or private) with research - development as the main object of activity. Since 2003 the situation of research system was improve because, on the hand, Romania became a member of the European Patent Convention in March and, on the other hand, the Government took the Decision 406/2003 where there are present specific conditions regarding the eligibility of a firm or a department of research institution to be considered as an innovation entity. In the document is specifically that the applicants for such a status provide certain documentation in order to be accepted. So, being with that decision an innovation entity can be called innovation infrastructure unit, practical a new concept was introduced refers to technological transfer centers which are financed through a governmental program. That initiative is very important for creating the visibility of the entity which wants to invest in innovation. The current situation of Romania is highly dependent upon the visibility level and the research system that includes the research institutes, the research departments of universities, and research departments of the companies.

The specific situation in Romania regarding the research system was considered to be the only policy element, so, research and innovation are not approached as different process that address distinct markets and have a different timelines. This does not mean that the research units are able to move on the global technological frontier and increase their chances to apply innovation.

The initiative to the governmental level of innovative process based on the market strategies have the most important role in transforming the visible knowledge into marketable products and representing the economic opportunity of recombining knowledge. At top of that, more and more companies have involving in different stage of the innovation process. In order to stimulate the companies to start their learning process, the first necessary step is to ensure a higher visibility of the economic benefits that knowledge incorporation brings about.

In this direction in Romania the capital and financial channels for innovation activities can be the private venture capital. The availability of that capital does not depend only on financial issues, but also on other factors as follows:

1. the risk propensity;
2. the provider's capacity for technical evaluation;
3. the provider's insertion on the innovation market.

The innovation infrastructure includes: incubators (infrastructure for start-ups), technological parks (experimental facilities), technical transfer centers and the system of intellectual property. Regarding the infrastructure the government consistent policy measures according to the recently launched National Plan for Developing the Infrastructure for Innovation and Technological Transfer. In this plan is mentioning the amount which is destined to co-finance centers of technological transfer, office for connection with industry, technological parks and technological incubators.

Ministry of Education and Research and the Ministry of Communications and Information Technology aim to attract to industrial parks with intention to create such parks in every Romanian city that has a university center. They estimate that around 50 business incubators have been created, but there are no monitoring mechanisms and no efficiency criteria or targets for them.

The whole set of documents released by the Romanian authorities regarding the evolution of research, development and innovation systems does not even address the issue of patents and it was only in 2004 that the grants are made conditional on patent applications.

RESULTS AND DISCUSSION

At the moment, companies hiring less than 10 employees produce more than 20% of Europe's value added and offers employment for approximately 50 million European Union' citizens. SME represent 98% of approximately all enterprises in Europe. Approximately 80% of their activities are carried out at a local or regional level.

Therefore, for Romania the small and medium businesses are representing the engine of the economic growth and a vector for disseminating the research and development results. The increase of the small and medium businesses sector had a positive influence upon the businesses environment reducing the unemployment rate and increasing the productivity. It is necessary for the Romanian state to rethink the fiscal system in order to better sustain the growth of the small and medium businesses sector taking into consideration that even though its major role in the development of the country is known and admitted the support is not likewise. We think of this considering that even though the number of the small and medium businesses in Romania has grown, the number of small and medium businesses to 1000 inhabitants is under the number from the European Union (in Romania the number of small and medium businesses to 1000 inhabitants is 25 and in the European Union is 64).

Strategies related to the environment characteristics, when an accentuate competition on the internal market and a rapid change rhythm in their activity domain can be associated with the orientation to the international market- between them it should be mentioned the niche's strategy, which presupposes their concentration on the products and services for which it is disposed competitive advantages as a result of their capacity of innovation, adaptability and personalization of the production in connection with the request exigencies.

CONCLUSIONS

Innovation is a broad concept. Innovation is not in contradiction with tradition. Any type of entrepreneur, even when working in traditional sectors or in businesses with strong traditions such as family businesses can be innovative with the product, the production process or any aspect of doing business.

Innovation is increasingly market pulled: entrepreneurs meet and want to solve a problem but at the same time the entrepreneur wants to influence his market structure or to develop new markets through his innovation. Policy has to protect intellectual property and to promote competition.

There is a high correlation but not full coincidence between entrepreneurship and innovation.

The degree of innovation is monitored by policy makers. A high degree of innovation is considered to f make the economy more 'competitive'. Innovation will not only support the

development of new products or increase the productivity of labor and capital, but also bring more economic growth, employment, a better balance of payments, improve the labor conditions etc. There is clearly a link between microeconomic issues such as entrepreneurial startups and macroeconomic performance.

It is not easy to measure innovation. Businesses operate in international markets while policy makers focus on a territory. Very often the effect of a policy is felt beyond the territory of the government. In a large area such as the European Economic area there is much interdependence and many spillovers. This is especially the case in a small open economy operating in this type of market as is illustrated by the case of Romanian.

REFERENCES

Biatour, Bernadette and Kegels, Chantal and Vandecandelaere, Siska (2006). <Le financement public de l'innovation: Etude comparative Finlande, Suède, Belgique », Bureau fédéral du Plan (Belgian Federal Planning Bureau), Working Paper 9-06.

Biatour, Bernadette and Kegels, Chantal, <Les déterminants de l'innovation dans une petite économie ouverte: le cas de la Belgique », Bureau fédéral du Plan (Belgian Federal Planning Bureau), Working Paper 11-08, 2008.

Commission of the European Communities, "Puffing knowledge into practice: A broad-based innovation strategy for the EU", Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 2006.

Soete, Luc a.o., "Eindrapport van de Expertgroep voor de Doorlichting van het Vlaams Innovati instrumentarium", 2007.

Vlerick Leuven Gent Management School, Global Entrepreneurship Monitor, Rapport voor Bel en Vlaanderen , 2006.

Wickham, Philip A., Strategic Entrepreneurship, Pearson, Fourth Edition, 2006.

Zimmerer, Thomas W. and Scarborough, Norman M. Essentials of Entrepreneurship and S Business management. Pearson, Fifth Edition, 2008.

HUMAN CAPITAL AND ECONOMIC DEVELOPMENT

Ioana –Julietta Josan*

Abstract

Today's investment in human capital issue regards all the countries that compete for the progress and welfare, but more so, it regards countries that are in the stage of transition to market economy. Given the general trend of increased demand for trained manpower in all industries and highly qualified staff, investment in human capital is strategic for any country that seeks to create a knowledge economy. Savant G. Becker states that "today, the perspectives for human capital analysis are as promising as its inception. The European Union has set itself the strategic goal of becoming the most competitive and dynamic economy in the world, based on knowledge, capable of sustainable economic growth, generating jobs, and characterized by greater social cohesion through the process of improvement of human capital. Considering this, "human capital" becomes significant for social development as natural resources or physical capital. Therefore, the work proposed will be applied on a theoretical and applied analysis regarding human capital, with special focus on education. The paper will result in studies and recommendations based on the use and investment in human capital in Romania, the approach which will be a starting point for other studies in the field of human capital and economic development.

Key words: *human capital, education, investment, work force, economic growth*

Introduction

Human capital theory is the base of many important ideas of modern economic science and offers one of the main reasons for the differences in paying and earnings by age and occupation, the uneven incidence of unemployment, trade union practices governing employment etc..., contributing also to policy decisions on resource allocation for education and training in relation with other requirements.

From an economic perspective of the human capital, each person has the capacity and abilities which once are recovered contribute to the economic development of the society. Therefore, to each individual must be given equal opportunities in terms of cognitive and vocational training. Considering this statement, the sustainable economic approach of society is based in which education plays a crucial role, and accessibility of tertiary education services is correlated with economic growth of those communities.

Human capital is defined as the stock of professional knowledge - science, skills, abilities and health, which could cause a person to grow his creative potential, and to increase revenues expected to achieve in the future. This concept is closely related with investment in human capital and its recovery rate. The human capital theory is invoked today to boost the quality of the labor market mechanism, meaning that, based on it, it is explained the differentiation of salaries. G. Becker demonstrates that the investment in human capital, in education and health care is recovered from the largest increases of the labor productivity and therefore from a significant contribution to increasing gross national product.

First of all, human capital is defined by Becker as monetary and non-monetary activities that influence future financial income of the individual. These activities include: school education, vocational training at work, medical expenses, migration, search for information about prices and income, search for jobs compatible with the readiness and aspirations of people, etc...

* Assistant, Ph.D.candidate, Faculty of Business and Administration, University of Bucharest, (e-mail: ioanajulieta@yahoo.com).

In the new economy, human capital is considered to be the most valuable resource of a company, especially when it comes to future value development. Human capital is individual and cannot be owned and, of course, human capital cannot be copied by the competitors. When a company invests in human capital, it automatically increases its value, achieving a sustainable competitive advantage. Human capital was also individually defined as the combination of the following factors: genetic inheritance, education, experience, attitude towards life and business. In addition to individual skills, human capital is considering a dynamic of a company based on learning in a changing competitive environment and its own creative and innovative potential. Human capital depends on competence and intellectual abilities and skills of members of such organizations. It is usually described as totality of the knowledge, skills and experience that employees of a company have.

Literature review

Human capital theory was developed originally by William Theodore Schultz and Gary Becker. In his work, Theodore William Schultz¹, reviewed the concept of focusing on the definition of capital as allocation of time where the human capital acts. Schultz² has treated the education and health expenditures as investments to increase labor productivity and thus economic growth. Schultz said that most of the poor world earning their living from agriculture. Poverty reduction can be achieved by improving the quality of population. An integral part of modernizing the economies of low income is to reduce the economic importance of cultivated land and to put an accent on importance of human capital - materialized in skills and knowledge. Schultz argued that the people of India and Africa are poor for centuries both in areas where soil is fertile, and in areas where soil productivity is low. Thus, the population is the key to improve the quality of investment in health and education.

On the same idea, Gary Becker, Nobel laureate for economics in 1992 for his work devoted to human capital analysis and its role in economic growth, points out that the person is not a simple final consumer, but a true manufacturer, which by education and training, invests in human capital. Therefore, Gary Becker and those who have followed his idea have focused more on studying the relationship between human capital and labor income, namely the study of income variations depending on the degree of individual's education. Gary Becker has made a remarkable statement of the theory of human capital "the income of the individuals increase substantially depending on the degree of their education". Also, Gary Becker has developed the theory of investment in human capital related to the period of return on investment in human capital.

The human capital and the investment in human capital - particularly the investment in education - determine the ability of individuals to earn as well as his perspectives of employment. Since most of the knowledge, skills, skills are acquired in school, through the educational process, education has been recognized as the decisive part in the accumulation and development of the human capital and therefore in the economic development of a country. Another component of human capital is the health. Health of the population is an essential resource for individual development, produces a strong impact both on the quality of labor resources and human welfare and on the efficiency of economic and social activities. Improving physical and emotional status of workers through investments in health, increases the period during which the workers benefit and contribute to a higher productivity, firms receive higher incomes and can afford to pay more employees.

The phenomena of globalization and economic integration bring new challenges for human capital theory. The main effect is the mobility of human capital between nations. Individuals, who

¹ *Investment in Human Capital: The Role of Education and of Research*, New York: Free Press, 1971; *Human Resources (Human Capital: Policy Issues and Research Opportunities)*, New York: National Bureau of Economic Research, 1972; *Investing in People*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1981.

² Laureții premiului Nobel. Discursuri de recepție, vol. II, Editura Expert, p. 202.

take the decision to migrate, are generally richer in human capital and their migratory movement takes place from the poor to the developed areas. The migratory movements directly affect the human capital stocks at Community level, leading, sometimes, to gaps from one community to another or between different communities. This issue raised debates in the field, debates that concern the relationship between equitable distribution of global human capital and individual right to free movement and external opportunities, and the rights of national states which made public investment in human capital of migrants.

Also, recently, another topic of debates is focused on educational policies aimed to link with labor market requirements for effective investment in human capital and elimination of negative social and economic effects that the absence of a good correlation could bring.

INVESTMENT IN HUMAN CAPITAL

Education and health are factors that act on the long term, while migration and search of information act on the short-term.

Characteristic of investment in human capital is the fact that their effect will appear with a large gap in time, duration of payback is high. Investments in human resources, on the long term, are most effective.

Investments in human capital can be made by the individual, family, enterprise and society. The decision to invest in human capital, according to the traditional model, suppose to be rational and assumed, most often as a rigorous analysis of both costs and benefits, in this way it is applied the method of cost-benefit analysis. In economic terms, cost concerns direct costs (tuition, school supplies, and textbooks) and indirect ones. Indirect costs are viewed in terms of opportunity costs (which reveal the possible gains that the individual would have received if not continued training and would be integrated into the labor market). The cost of higher education is the income that person would have won if he would entered in the labor market immediately after compulsory education, plus any other costs, such as fees, equipment, without grants and other allowances to students .

The profit is the difference between the income which that person would have been won if he/she had left school and income that it will result as a result of graduating the higher education.

Also it is required here a different note: the decision to invest in education is a responsible decision, consciously and deliberately undertaken by each individual as his education system means connection to community values, to the rules of social behavior and on the long term, to decrease (or possibly eliminate) the irresponsible acts, that are not admitted by the society. It is also means the achievement of external positive of economic, cultural and personal effects.

The absence of education (sometimes - as unwillingness to invest in education) is significant social loss of costs and loss of individual and society-wide opportunities for growth of economic and social development. Investing in education is influenced by several complex factors such as:

- a) The time of the investment;
- b) The costs involved;
- c) The general state of economy;
- d) Differences between the profit expected to achieve.

a) The time of the investment - there is the idea that for a late investment in education there will be a lower net present value and a low yield because there will remain less years for that person to benefit from this investment and to recover lost income while it was in high school.

Efficiency of investment in human capital is given, first, by the volume of income from work from the active period. Besides negotiated salary, at the beginning of employment is taken into account the period of activity. It is very important that the investment to be made at the early age. One of the reasons supporting this factor is considered to be the large share of students in university-age population, between 18 and 22 years.

b) The costs. If other factors are constant, at least in principle, then, as costs are lower, the more the number of people who will find profitable educational investment will be higher. Research conducted in Western European countries have shown that increased tuition fees by \$ 100 annually, resulting in fewer student candidates with 0,5-0,8%.

c) General state of the economy. It was noted that in periods of recession the income is reduced which the high school graduates in the labor market are expecting to obtain or, worse, it narrows the scope possibilities of obtaining a job.

d) The differences in the size of income. The more will be the difference between the incomes obtained by graduates of secondary and university level, the more will be also the number of those who will invest in human capital, so to pursue a college education.

Representatives of human capital theory examine the extent to which parents are willing to invest in the quality of their children. Function of investment in the quality of children includes parent's skills, revenue size and number of children. The children abilities and their skills would determine the effectiveness of these investments, or at least, would direct parent's expectations about profitability of these investments by extrapolation of past experiences. On the budget level, there are some constraints derived from the total revenue available and also from the total number of children, which results in a decrease in resources and therefore the resources available for each child.

The biggest impact has the size of the family income. Research shows that investing in higher education of young Americans increase along with parents income and that their views on the responsibility of funding these studies are determined by size of family income.

Strong social polarization, often specific to the mechanism of market economy, is shown by the existence of notable differences between the various categories of income. These differences are the factor to the decision to invest in education. It is noted therefore that the motto "equality of opportunities", often called in studies where are approached the issues of social perspective, is replaced in practice as G. Becker suggested, a true economy of discrimination.

Starting from the G. Becker's theory of discrimination in the economy, E. Phelps and K. Arrow developed the "theory of statistical discrimination," according to which the analysis starts from the assumption that individuals belonging to disadvantaged social groups presents several characteristics (specific attitudes towards work, instability, limiting access to credit, etc. which implies to be subject to risks and uncertainties. Some forms of discrimination make difficult or impossible for certain groups of people to obtain specific jobs, while having the necessary skills and education. In the structure of human capital acquired at work, studies identified specific to an organization human capital and general human capital. Specific human capital includes skills and knowledge of employees, which are of interest only for the company. During the general training, the employee obtain such knowledge and skills that can be useful to other companies also. Equipping unskilled workers with ever more complicated and more expensive machines does not necessarily boost output. In fact, output might rise more significantly if the additional money were spent on more human capital instead of more physical capital. However, this could lead to conflicts of interest: the additional human capital leaves the company every evening and may decide to move on to a competitor some day. Many foreign companies in China went through this unfortunate experience over the past years. Therefore, the first preference for many companies might be an investment in physical capital – and they might therefore prefer tax breaks for physical investment over breaks for the possibly more sensible (from an economy-wide perspective) investment in human capital. This highlights the responsibility of the individual and of the state for the accumulation of an economy's human capital. A lopsided focus on physical capital can be inefficient from a macroeconomic perspective, especially if globalization opens up more options in other countries for the owners of physical capital. Furthermore, there is an important interaction between trade openness and human capital in an economy: countries with higher human capital can learn more easily from abroad and therefore take greater advantage of

the beneficial effects of trade opening.

Health care of workers develops human capital through better physical and mental human capacities and influence the productivity by reducing time lost because of illnesses.

As investment in health workers are treated and business expenses for labor protection, aimed at protecting the life and health of working personnel, by providing better working conditions, prevention of occupational diseases and accidents, reducing physical and mental stress.

Another group of measures aimed at developing human capital of the enterprise, are measures related to mobility of workers: carrier development, coordination of qualitative and quantitative composition of employees. Occupational mobility of workers requires investment related to work and psychological adaptation period.

High educational capital requires higher labor valor due to increased productivity, implying a higher payment if it is sold (salary reflects generally the marginal productivity of labor, which increases directly with the level of education, as demonstrates the theory of human capital). Theory of human capital implies that wage differences reflect productivity of different employees. Employees with experienced have a higher productivity therefore receive a higher salary. The salary of a specialist includes reward for his work and a reward for the investment in education.

Economists Paul Samuelson and William Nordhaus³ claimed that a leading determinant gap between wages represents the qualitative differences between people. These differences can result from mental or physical incapacities, from education acquired at home and school, from trainings and experiences. Following this idea, the authors claimed that categories with higher education will have higher revenue than the income of lower preparedness categories. E.g. "studies show that a young 18 years old person who ends the faculty will win until age of 65 around 3 \$ 600,000 (price levels and revenues 1993). A member of the same generation who graduates only the high school will win around 2 400000 \$. Who fails to finish even a high school will win averaged only 1 700000 \$"

An important aspect in human capital theory, in addition to educational capital, is the health capital. Health capital is the health of any person. Health capital stock comes from:

- inherited initial stock;
- acquired Health capital stock;

Gross investment in health capital involves the acquisition and maintenance costs. Stock depreciates over time and the depreciation rate is increasing rapidly towards the end of life when human health is degraded more than in youth. Improving health is a great progress in terms of population quality, says T. Schultz. In 1950 and so far life expectancy increased by 40%, even more in some more developed countries. Among the investments in health progress are included:

- Reducing infant mortality;
- Reducing mortality of children, youngsters and adults.

Also, longer life provides additional incentives:

- To acquire more education investment for future earnings;
- Parents invest more in their children;
- Training at the workplace becomes more attractive because people have a longer active period in employment;
- Additional health capital and other forms of human capital tend to increase the productivity of workers;
- Better health leads to increased productivity per man per hour at work.

³ Paul Samuelson and William Nordhaus, *Economie Politică*, Editura Teora, București, 2001, p. 280

HUMAN CAPITAL AND ECONOMIC DEVELOPMENT

There are two indicators in the process of economic growth: quantity and quality of work. Thus, in the 80s the new theory of economic growth is issued by Paul Romer and Robert Lucas⁴, which assumes that capital accumulation, involves mostly an accumulation of knowledge.

Therefore, economic growth in contemporary societies is conditional by the population education. Thus "human capital" becomes as important as the development of a natural resources or physical capital. Moreover, it is theoretically unlimited, and man can overcome his limits of progress becoming a major factor in achieving sustainable economic and social development.

Economic theories of "human capital" submitted by Theodore W. Schultz (1961) and Gary S. Becker (1962) argued that the human components of productivity improvement can be generated by increasing financial resources allocated to education.

The effects of education are reflected in labor productivity growth, in facilitating technological progress or the acquisition of technological capabilities and increase of salaries. Indirect impact of education is evident in the reduction of social inequality and the fact that women are better educated, have a negative effect on fertility and a positive impact on child's health.

One of the functions of education becomes the contribution to the human capital. In the '60s there was highlighted school maladjustment and social problems in real life known as the "global crisis of education." Philip Coombs noted on this regard that there is a set of functional differences between education and other subsystems of society:

- in relation with the quality education is was found that the offer is too low and the demand is too high;
- social needs of quality human resources are not satisfied with the educational product;
- methods and educational programs are tailored to the needs of society;
- dynamism of the present society versus inertia of the current organizational structures of educational systems

Lately, the expansion of scientific and technical knowledge helps to increase labor productivity and production. Systematic application of scientific knowledge to production of goods has increased the value of the education, of technical knowledge and learning at the workplace. Many countries which have succeeded in continuous growth of income had increased also in labor education and schooling. An edifying example of the above statement is the extraordinary economic success of Japan, Taiwan and other Asian countries in recent decades illustrates the importance of human capital for economic growth. Even if these countries have a lack of natural resources, the so called Asian tigers have evolved fast relying on a well educated and hardworking workforce.

Also, recent studies show that most of industries that are progressing attract better educated workers and offer high level learning at the work place.

The modern economic environment places more of a premium on education, training, and other sources of knowledge than was true even fifty years ago. This can be inferred from changes in the relation between education and earnings. In the United States during most of the past forty years, college graduates earned on the average about 50 percent more than high school graduates, and the latter earned about 30 percent more than high school dropouts. Wage differences between typical college and high school graduates increased from 40 percent in 1977 to 60 percent in the 1990s. The gap between high school graduates and persons with at least a college education grew even faster, from 50 percent in the late 1960s to about 75 percent in recent years. Similar trends are found elsewhere toward greater demand for more skilled workers, although in Europe this has

⁴ Romer, Paul (1994), "The Origins of Endogenous Growth," *Journal of Economic Perspectives* 3-22; also, Lucas, Robert E. Jr. (1988), "On the Mechanics of Economic Development," 22 *Journal of Monetary Economics* 3-42.

taken the form of increased unemployment of less educated and less trained workers. The gap in wage differentials by education is large in European nations for both men and women. The global economy cannot succeed without considerable investment in human capital by all nations. Richer countries specialize in high-knowledge products and services, while poorer nations specialize in lower-skilled and raw material– intensive products. Still, investments in human capital are also necessary in poorer nations if they are to have a chance of growing out of poverty⁵.

HUMAN CAPITAL IN ROMANIA

The European Union has set 2000 as a priority, that until 2010 to become the most competitive and dynamic knowledge-based economy and society. Member States will invest heavily in research and development, computerization and communication technologies, especially in developing of human capital.

Romania is a country that spends the least to improve the quality of human resources both in comparison with EU countries, and with the 10 countries of Central and Eastern Europe that joined European Union in 2004.

According to a report taken from the publication Business Adviser⁶ European Union Member States spend on average 5-6% of GDP to education and training, while Romania has allotted in 90s being placed under 4%, along with Bulgaria, the last place in this actions. Poor funding of this area is one of the main factors that are leading to lower participation rates of population at education and training process.

Comparative assessments made by the Ministry of Education shows that Romania ranked last in terms of participation at all levels of education of the population aged 15-24 years: 41.9% in Romania compared to 57.5% average in the EU; in Lithuania 64.5%, 63.4% in Poland, Slovenia 62.7%, 44.2% in Bulgaria (as compared to year 2001).

Studies made by the European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (compared to 2003 year) reveal that only 12% of Romanians attended the training or training courses compared to EU countries with the lowest incomes with 18% and 21% for EU countries with the highest incomes. Lack of education and professional training will make difficult to absorb future technologies that maximize productivity in Romania.

Also, health care of Romanian citizens is not to neglect. Empirical studies conducted at the enterprise level have shown that there is a direct relationship between human capital and organization productivity: employees with high level of training are characterized by a better health status and are the direct source of innovation, creativity and competitiveness. Along with educational and professional training in assessing human capital in a country, health status is another factor that cannot be ignored. An employee with good health can work more productively; an employee will not lose time to improve his health condition and may have a longer period of employment.

Conclusions

This paper explored the current literature on human capital and its impact on economic development. The literature reviews show that there are reasonably strong evidences to show that the infusion of 'human capital enhancement' at the individual level depends on the degree to which it contributes to the creation of a competitive advantage. As Theodore Schultz and others have demonstrated, the main source of improvements in productivity through time has been the substitution of ideas, skills and knowledge for physical resources and manual labor. But the acquisition of human capital requires resources that poor people everywhere have difficulty

⁵ Gary S. Becker, The Age of Human Capital, <http://economics.dlut.edu.cn/uploadfiles/20081106200614853.pdf>

⁶ http://www.business-adviser.ro/investitii_investitia_capete_crestere_economica.html

acquiring. Because there are limited resources for human capital formation, especially in poor countries, ways must be found to enable people to acquire these resources and to use them efficiently in the production of knowledge and skills. The choosing to continue studies creates prerequisites for higher future earnings. Gary Becker in his analyses showed that people with higher education will have higher earnings than those with education in secondary schools, and the latter mentioned will earn more than those who have not managed to finish high school. The choice to continue their studies is based on cost-benefit analysis. For people with low income, mostly, costs seem to be much larger than the immediate benefits. On the other hand, investment in human capital does not aim only individual level but also at organizational and state level (in policies). From an economic point of view, transaction-costs indicate that firm gains a competitive advantage when they own firm-specific resources that cannot be copied by rivals. Thus, as the uniqueness of human capital increases, firm have incentives to invest resources into its management and the aim to reduce risks and capitalize on productive potentials. In the same time, individuals need to enhance their competency skills in order to be competitive in their organizations. Studies also clearly substantiate the fact that financial performance is positively impacted through the consideration of human capitals.

This paper represents a starting point for future research in human capital, especially for a further investigation approaching the situation of human capital in Romania.

References

1. Becker, Gary. 1997. *Capitalul uman, o analiză teoretică și empirică cu referire specială la educație*. București: Editura ALL
2. Becker, Gary. 1994. *Comportamentul uman – o abordare economică*. București: Editura ALL
3. Lucas, Robert. 1988. *On the Mechanics of Economic Development*. 22 Journal of Monetary Economics 3-42
4. Romer, Paul. 1994. *The Origins of Endogenous Growth*. Journal of Economic Perspectives 3-22
5. Samuelson, Paul, and William Nordhaus. 2001. *Economie Politică*. București, Editura Teora
6. Schultz, Theodore. 1971. *Investment in Human Capital: The Role of Education and of Research*. New York: Free Press
7. Schultz, Theodore. 1972. *Human Resources*. New York: National Bureau of Economic Research
8. Schultz, Theodore. 1981. *Investing in People*. Berkeley and Los Angeles, University of California Press
9. Staicu, George and Angelescu Coralia. 2006. *Capitalul uman și creșterea economică*. București: Editura Economică
10. Suci, Christina. 2000. *Investiția în educație*. București: Editura Economică
11. Laureții premiului Nobel. 2009. *Discursuri de recepție*. București: Editura Expert
12. Business Adviser, „*Investiția pe capete*” *garantează creșterea economică*.
13. http://www.businessadviser.ro/investitii_investitia_capete_crestere_economica.html (accessed March 23, 2010)

THE IMPACT OF THE OFFSHORING OF BUSINESS SERVICES ON HOST COUNTRIES

Serghei MARGULESCU*
Elena MARGULESCU**

Abstract

The offshoring of business services represents only a small proportion of all business-processes outsourcing and, within that segment, much is outsourced among developed countries. It is however a steady developing process, with certain advantages in behalf of all participants. Opinions and analyses are carried out in respect of the offshoring of these services to independent companies in less developed countries and of the partition of benefits among these companies and the companies from developed countries which outsource such services and also in respect of the gains reaped by countries that host the offshoring of business services.

Keywords: *offshoring of business services, international outsourcing, offshoring destinations*

Introduction

The offshoring of business services is a steady developing process, with certain advantages in behalf of all participants. When talking about the offshoring of these services to independent companies in less developed countries we have to analyze the gains reaped by these countries that host the offshoring of business services.

The outsourcing of the activities or functions resulting from the global segmentation of the value chain specific for the production and supply of any product or service, known simply under the name of outsourcing, involves the transfer of those activities or functions to other companies from that country or abroad, while offshoring involves the transfer of their production only abroad, either intra-firm, inside the subsidiaries of the mother-company abroad (captive offshoring), or extra-firm, to other firms (external offshoring).

Although internal outsourcing (to other firms in the same country) is widespread, because we are talking about globalization, we are referring to offshoring (captive or not captive).

Offshoring reflects, in essence, the resulting revolution from the services' commercialization. Traditionally, most services were until recently non-marketable, in the sense that this required the buyers and sellers presence in the same place and at the same time. Unlike goods, they could not be traded between parties placed in different countries (medical services, fitness services, etc..). Other services do not require physical proximity of the parties, but instead they have to be delivered face-to-face due to technical or traditional constraints (sharing, storage, processing and transmission of information). These services were non-marketable because:

- certain types of information could not be stored
- others could be stored, but could not be transmitted quickly and economically across borders for processing,
- others were traditionally processed inside the company (accounting, data storage, design),
- others, traditionally presumed face-to-face presence (medical, financial, legal consultancies).

* Professor, Ph.D., Faculty of Economic Sciences, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest, (margulescu@univnt.ro).

** Lecturer, Ph.D., Faculty of Economic Sciences, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest (margulescu@univnt.ro).

With the development and application of the new information and communication technologies (ICT), such barriers were more frequently demolished.

ICT enables the digitization, encoding and standardization of knowledge and, consequently, the production of a wide range of services which can be fragmented or modularized, the resulting components being relocated, in order to obtain cost or quality advantages, economies of scale or another advantages. Thus, the arbitrage strategies of various factors on national and international level have become feasible in the sphere of services.

Host countries and their benefits from the offshoring of business services

The main benefits on host countries resulting from FDI in export-oriented services consist of increased export earnings and the positive impact on labour force, respectively job creation, higher wages and qualification. The upgrading of skills can also be observed in other economic sectors (such as: IT-services, sales, foreign languages, finance, accounting, software development and design), as well as in the permanent increasing of the complexity of the TNCs transferable services in these countries. On the other hand, the growth of competition in attracting talents by these services deliverers can lead to specialized labour force restrictions in other industrial sectors of the developing countries.

Though important changes have been observed in the classification of the offshoring services destinations, the first three places are already taken since 2004 by India, China and Malaysia. These three locations offer the best conditions for highly skilled workforce, as well as for the business environment and costs level.

Furthermore, other countries from Asia are following, such as the Philippines, which is an attractive country for 15% of the outsourcing global request, placing itself on the 7-th place in the world. The service centres from this country are more and more concentrating on IT services and consultancy which does not use voice support. Sri Lanka (16-th place) and Pakistan (20-th place) have also situated themselves on better positions, being promoted by the low costs. Generally speaking, as to the specialists opinions, Pakistan is not advantaged by the political instability, while Sri Lanka has all the chances to become an important outsourcing destination. The classification of the first 10 outsourcing locations, at international level (see Table no.1.), is completed by countries from Latin America – Chile, Brazil, Mexico – which are considered by the United States companies as viable alternatives instead outsourcing activities in India or other Asian countries.

Table no.1.

The first 10 destinations of the international outsourcing

Country	Position 2009	Position 2007
India	11	
China	22	
Malaysia	33	
Thailand	44	
Indonesia	56	
Egypt	613	
Philippines	78	
Chile	8	7
Jordan	9	14
Vietnam	10	19

Source: A.T.Kearney

Furthermore, we shall refer to some aspects resulting from the experience of several locations of offshoring destinations, India being situated in this case on the first place:

India. The offshoring of software development and later, of back-office and call centre services has driven India's rapidly expanding service exports, from \$0.5 billion in 1994 to \$12 billion in 2003-2004. The share of these exports in total exports from India increased from 3% in 1996 to 21% in 2003.

Whereas software exports still account for the main share of these exports, other IT-services have emerged as an increasingly important component, rising from \$0,6 billion in 1999-2000 to \$3,6 billion in 2003.

The Indian software and other services exports had as their main destination United States of America (68%) and United Kingdom (14%).

India's share of the international market for services offshoring was estimated in 2001 at 25% (second place after Ireland).

The development of the software market in India was stimulated by the initiative of a restrained number of TNCs, who had the courage to try this location in the early 1990s (Nortel Networks from Canada and Texas Instruments from USA).

However, FDIs have not been the dominant feature in developing the software industry in India; foreign investors entered the country when the domestic industry was well developed. In 2002, foreign affiliates accounted for only 20 % of the Indian software exports.

The main Indian companies in this activity domain are:

- Tata Consultancy Services
- Infosys Technologies
- Wipro Technologies
- Satyam Computer

These companies have won a strong reputation and some of them are even ahead of many of their foreign rivals in terms of profitability.

In contrast, TNCs have played an important role in India's exports of back-office services. The IT-services in India began their development in the early years of 1990s, when companies as American Express, British Airways, GE and Swissair have founded their own offshore operations in India; in 2002-2003, foreign affiliates accounted for 58% of exports of business processes.

Among IT-enabled services, such as customer care, finance, human resources, billing and payment services, administration and content development, companies are increasingly offshoring to India services of higher value-added activities, like engineering and design, knowledge processing and logistic, or even development and research activities.

The number of the foreign affiliates in the IT-enabled services rose from 57 in 1997/1998 to 102 in 2002/2003, their share in the total number of companies delivering such services being of 20%. The foreign affiliates export intensity grade is of 93%, in comparison with 70% as for the local firms.

An important example for services offshoring of higher complexity in India is GE Capital International Services (GECIS). It started its operations in India in 1997, with call-centre- and back-office services, such as data entry and transaction processing to other companies. Since beginning, the operations in India have generated cost savings of 40-50%, respectively of \$300 million annually for GE. The number of the employees has grown to 11500, and the annual revenues stand at about \$1billion. GECIS established in India its global company headquarters, managing also the operations from China, Hungary and Mexico. GECIS India provides services to nearly 300 processes from 30 internal GE businesses worldwide. In 2000 GECIS started adding high-value services to its portfolio, as for example: IT helpdesk, risk management, actuarial services, credit and claim processing.

GE has also offshored the research and development activities to India, in domains as: electronic technologies, electrical systems, ceramics and metallurgy, catalysis and advanced chemistry, polymer science and new synthetic materials and power electronics. It also set up a technological private centre for developing all these activities.

Philippines. This country an attractive location for offshoring of business processes, partly due to its language and cultural affinities to the United States and the other American-style English speakers.

Although the labour pool is smaller and the costs are higher, the Philippines are regarded as a real competitor to India.

In call centre industry were employed in 2003 over 27,000 people, their number being estimated to be higher in 2004.

Intel, Microsoft, Safeway and Kodak are among the first TNCs that opened call-centres in Philippines. There has also been rapid growth in shared service centres, due to a highly skilled workforce in accounting, software developments, architectural services, telemarketing and graphic design.

The largest shared services centres and call centres are operated by AIG, Caltex, Procter and Gamble and HSBC.

Malaysia. Since 2000, call- and contact centres are growing at the rate of 100-200%, the availability of the working force speaking English being an advantage in Malaysia.

Companies like BMW, Citigroup, Dell, Ericsson, Hewlett-Packard, HSBC, IBM and Royal Dutch Shell have established here regional service hubs, while AIG and Motorola set up software development centres.

Singapore. Singapore offers important financial abilities and services, an excellent infrastructure, but also high salary and real estate costs. Its policy regarding the offshoring of services was to attract leading-edge functions, such as remote robotics management, healthcare and genetic diagnostics, and has become a key location for regional headquarters.

Out of a total number of 7000 foreign affiliates from Singapore, more than 4000 have been assigned regional responsibilities.

China. China is also a major destination for the offshoring of services. The country is becoming a key product-development centre for GE, Intel, Microsoft, Philips and other TNCs from the electronic industry.

There have been set up a multitude of call-centres for clients from Japan and the Republic of Korea in coastal cities. Also, many industries are clustered in high-tech centres in Beijing and Shenzhen, as well as in financial centres as Shanghai and Hong Kong. A large pool of skilled people and low costs are China's main advantage, but it is diminished by the different cultural factors and the lack of the foreign languages education.

Latin America. Brazil, Chile, Mexico and Costa Rica have attracted some service production due to the low costs of the labour and proximity to the USA. About 8% of all large European TNCs with offshoring experience have activities in this region.

Some examples of these companies are AOL Time Warner, Unisys and Xerox, which have invested in telecoms and IT infrastructure, Procter and Gamble with its shared service's centre from Costa Rica, BHP Billiton, Nestle, Shell, Sodexo and Unilever with their shared services from Chile. Mexico has attracted projects in software development and Brazil in advanced R&D production.

An example for this situation can be considered Procter & Gamble's worldwide shared services organization, known as Global Business Services. It provides back-office support to nearly 98,000 employees in over 80 countries and comprises 3 centres: Manila (Philippines), Newcastle (United Kingdom) and San Jose (Costa Rica).

The centre from Costa Rica started in 1999, and by 2004 was providing 28 different services to 63,000 P&G employees in 22 countries in North and South America, including 58 plants and 15,000 retirees. These services include two large categories: employees services (payroll, benefits, relocation, travel expenses accounting and compensation) and accounting and financial services (cost accounting, banking, treasury and affiliate accounting, purchasing and IT support).

Some of the main activities are:

- closing the books for 132 legal entities and managing 310 banks accounts in 35 different banks across 22 countries
- payroll and salary planning and compensation for 57,000 P&G employees
- annual processing of some 2.5 million invoices and managing accounts payables in the order of \$24 billion
- IT support to 5,000 sales representatives in the USA.

The strategy of the company is to attract more and more higher value added work.. Global Business Services has decided the outsourcing of some services by becoming involved in negotiations with strategic partners such as HP with regard to IT support, IBM with regard to employee services and with Lang La Salle with regard to administrative services.

Africa. In Africa, export-oriented FDI in services have mainly been attracted by South Africa. In 2003, there were more than 400 call-centres in this country, employing close to 80,000 people, as well as back-office services also.

Among the most representative companies with call-centres offshoring services in South Africa are EDS, Sykes and Merchants.

Other countries, such as Ghana, Mauritius, Morocco, Senegal and Tunisia have also received FDI linked to offshore services.

Central and Eastern Europe. Several countries from this region offer a well-educated, multilingual workforce, competitive labour and good infrastructure.

For many European companies, offshoring in same time areas is an advantage, specially for the services sector. With EU enlargement, some of the new EU member countries, such as the Czech Republic, Poland, Hungary and Romania, have become attractive locations for regional headquarters.

The raise of costs and salaries registered in the new member countries of the EU, specially in the Czech Republic, Hungary, Poland and Slovakia, determined a decrease in time, for their attraction as offshoring locations.

The Czech Republic, which was on the 4-th place worldwide in 2004, was, in 2009, on the place 32, and Poland which was on the 18-th place in 2007 is nowadays on the 38-th place, while Hungary fall down from place 24 in 2008 on place 37 in 2009.

Romania, Bulgaria and the Baltic countries are still considered as an attractive offshoring location, due to their lower raising rate of the salaries and to the large number of university graduates who speak 2 or 3 foreign languages.

Romania has improved her international position, from place 33 in 2007 to place 19 in 2009.

Bulgaria was situated in 2009 on the 13-th position, Estonia on the 18-th, Lithuania on the place 21 and Latvia on the 22. Russia has lost a part of her attractiveness due to the instable political medium and raise of the costs.

Conclusions

The main part of the services outsourcing remains predominantly a domestic affaire (to providers from the same country); only a small proportion of all business-process outsourcing is international and, within that segment, much is outsourced among developed countries.

The services offshoring offers three main advantages to the developed countries:

a) it improves the competitiveness of the companies which undertake offshoring in order to reduce costs and/or to improve quality of the provided services.

b) it enables the home (or importing) country (who did the outsourcing) to shift to more productive and higher value activities.

c) Exporting host countries of the services offshoring use some of their revenues on imports of products exported by the industrialized countries.

A considerable part of the gains from offshoring will be, somewhat paradoxically, reaped by importing countries, notably developed economies, and not by services exporting countries, which are developing or emergent countries. This conclusion was confirmed in an American study (McKinsey Global Institute, 2003) that found that most of the benefits from offshoring flow back to the USA. A similar study made in India (Nasscom and Evalueserve, 2003) confirms also, that USA gains from offshoring services are double than that ones of India's, respectively for every dollar spent in India for offshoring, the American companies register benefits of \$1.12-1.14. For instance, between 2000-2003, only 2.8% of the total unemployment number from the software and IT services sector in USA can be imputed to the offshoring services.

References

1. Rugman Alan, Verbeke Alain: 'A Perspective of Regional and Global Strategies of Multinational Enterprises', *Journal of International Business Studies* 35, no. 1 (January 2004)
2. Grossman G. & Rossi-Hansberg E. (2006): "The Rise of Offshoring: It's Not Wine for Cloth Anymore". Paper presented at Kansas Fed's Jackson Hole conference for Central Bankers
3. Goerg H., Greenaway D. & Kneller R. (2008): "The Economic Impact of Offshoring. Nottingham University's Globalisation and Economic Policy Centre"
4. Dunning H. John: "The New Globalism and Developing Countries" – N.Y., 1997.
5. Berger Suzanne and the MIT Industrial Performance Center, *How We Compete: "What Companies Around the World Are Doing to Make It in Today's Global Economy"*, Currency Book, 2006
6. Baldwin R. & Martin P. (1999): "Two Waves of Globalisation: Superficial Similarities and Fundamental Differences". *Capitol* 1, p. 3-59. Ed. H. Siebert
7. Margulescu Serghei, Margulescu Elena, "Trecerea de la globalizarea pietelor la globalizarea productiei si serviciilor in contextul starii de semiglobalizare", in *The 33-rd Annual Congress of the American Romanian Academy of Arts and Sciences (ARA) Proceedings, Volume I*, Polytechnic International Press, Montreal, Quebec, 2009
8. Ekholm K. & Hakkala K. (2006): "The Effect of Offshoring on Labour Demand: Evidence from Sweden"
9. Falk M. & Wolfmayer Y. (2005): "The Impact of International Outsourcing on Employment: Empirical Evidence from EU Countries. Austrian Institute of Economic Research Paper"
10. Friedman L.Th.: "Pamantul este plat", Ed. Polirom, Bucuresti, 2007
11. "Globalisation Study" (2005), Industrial Performance Center at MIT
12. Articolul "Globalisation: The Great Unbundling(s)" – publicat in raportul: "Globalisation Challenges for Europe" al Secretariatului Consiliului Economic al Guvernului Finlandei, martie 2006

13. Goerg H., Greenaway D. & Kneller R. (2008):” The Economic Impact of Offshoring. Nottingham University’s Globalisation and Economic Policy Centre”.

14. Grossman G. & Rossi-Hansberg E. (2006): “The Rise of Offshoring:It’s Not Wine for Cloth Anymore”. Paper presented at Kansas Fed’s Jackson ¹

Hole conference for Central Bankers.

1.Lipan Raluca: “Romania castiga teren in criza, ca locatie pentru serviciile de outsourcing”, Business Standard, 25 mai 2009.

2.Van Welsum D. & Reif X. (2005): “Potential Offshoring: Evidence from Selected OECD Countries”

3.Van Welsum D. & Vickery G. (2006): “The Share of Employment Potentially Affected by Offshoring – an Empirical Investigation”

4.UNCTAD, World Investment Report 2004, The Shift Towards Services.

OPENNESS DEGREE OF THE NATIONAL ECONOMY; ORIENTATION, STRUCTURE, DYNAMICS OF THE INTERNATIONAL TRADE OF ROMANIA

Livia CHISĂGIU*

Abstract

As regards the openness degree of the national economy Romania is positioned not that bad. We make such assertion considering the fact that the openness degree of a national economy towards the foreign competition environment is a positive fact under normal conditions. At times of crisis however it may represent a risk factor: the higher the openness of an economy towards the foreign environment, the higher the exposure towards the pressure in other markets. We have monitored the dynamics of the two flow categories – export, import – for a whole period, with an accent on the change that has occurred during the past few years (under the impact of the accession, and of the crisis). As regards the orientation of the international trade of Romania, we have pointed out the main trading partners, as well as the weight of the trade within the European Community. While examining the structure, we have pointed out the sections of the Combined Catalogue that prevail within the aggregate exports, imports.

Keywords: *openness of the economy, orientation, structure, dynamics (of exports/imports).*

Introduction

The identification of the openness degree of the national economy, as well as of the orientation, structure, dynamics within the international trade of Romania was the aim of the present work.

Our motivation was a profound one.

Depending on the openness degree of the national economy, the exposure towards the pressure within other markets shall be higher or lower, especially within the context of the current global economic crisis.

The structure of the exports, when correlated with the competitiveness indicators, should allow us identify the business sectors that have a potential for export.

The dynamics of the two flow categories – exports, imports –, and their ratio, find in the end a synthetic expression in the contribution to the actual GDP (Gross Domestic Product) growth by the net export.

By closely monitoring the trading flows of Romania towards, and from various geographic areas we can identify the possibilities to diversify the same, including from this standpoint.

The literature we inquired has helped us examine the Romanian trading flows within the context of the international trading flows (even though the latter may not have represented the object of our analysis within the present work), understand the way international trading fits within the overall economic mechanism.

The Openness Degree of the National Economy

The openness degree of the national economy does not position Romania that bad within the regional context. We make such assertion considering the fact that the openness degree of an economy towards the foreign competition environment is a positive fact under normal conditions, which is meant to highly stimulate competitiveness. At times of crisis however, it may represent a risk factor: the higher the openness of an economy towards the foreign environment, the higher the

* Ph.D.Candidate, Romanian Academy, Institute of National Economy , inst.ec.nat@gmail.com

exposure towards the pressure in other markets.

Or, in the case of Romania, statistical data (the volumes of exports, as well as the aggregate volumes of imports and exports in relation to the GDP) are not of nature to cause worries, the more when we compare with other countries in Central and Eastern Europe. Thus, the weight exports carried within the GDP in 2008 in Romania was 24.5% only, while in Poland it was 31.5%, and in the Czech Republic and Hungary almost reached 70% (66.9%, and 69.2% respectively). If we considered the aggregate volumes of exports and imports in relation to the GDP, then the openness degree of the national economy was 65.5%, almost 70% (69.9%) in Poland, about 120.0% (119%) in Bulgaria. Values were even higher in the Czech Republic and Hungary, with 131.7%, and 138.5% respectively.

Table no. 1
Openness Degree of the Economy

	Aggregate exports		Aggregate imports	Aggregate trade	
	Euro 1000 Mill.	Weight within the GDP	Euro 1000 Mill.	Euro 1000 Mill.	Weight within the GDP
Romania	33.59	24.5%	56.25	89.84	65.5%
Bulgaria	15.28	44.8%	25.33	40.61	119.0%
Poland	114.25	31.5%	138.89	253.14	69.9%
Czech Republic	99.43	66.9%	96.2	195.63	131.7%
Hungary	73.24	69.2%	73.37	146.61	138.5%

Source: own calculation based on Eurostat data

Another criterion that is of nature to benefit Romania may be the price of the exported goods, namely that Romania is exporting cheaper goods. An example may be the category of transport machinery and equipment, which holds a major share within the Romanian exports. An even higher share within the exports is held by the car industry in the Czech Republic and Hungary, but cars made in Romania are cheaper (as showed by the recent expansion of the demand for the Logan under the conditions of the subsidies offered by the German Govern to persons purchasing new cars).

However, beyond such considerations, the whole emerging Europe has heartily felt the fact that the crisis wave went through Europe, including its main sales market, Germany, the economy of which has contracted along with its imports.

Within such context the Romanian diplomacy may have a word to say in contributing to the reorienting of the foreign trade relations, including towards traditional areas and countries such as Middle East, Russia, and China.

The orienting towards markets outside the European Union, as reflected by figures for the countries within the region, is as following: markets outside the European Community were holding in 2008 shares of about 30% (29.5%) in Romania, 40.0% in Bulgaria, and between 15.0% and 22-22.5% in the Czech Republic, and Hungary and Poland, respectively.

Orientation, Structure, Dynamics of the International Trade of Romania

Within the foreign trade exchanges of Romania the relations with European Union member states were constantly preponderant.

Thus, during the past few years, after the accession of Romania to the European Union, the weight of intra-EU exports within the aggregate exports was 72% in 2007, slightly lowered to 70.4% in 2008, but vertiginously increased in 2009 to 74.5% (table no. 2). Complementarily, the exports outside the EU have had a weight that decreased in the end, of 28.0% in 2007, 29.6% in

2008, and only 25.5% in 2009.

As regards the dynamics of the two flow categories – export, import – we note in 2007 an enhanced increase to the imports of goods as compared to the exports, when comparing with 2006. Such trend was preponderantly influenced upon by the evolution of exchanges within the European Union, and especially by the following aspects at the shipping within the European Union side¹:

- the continued decreasing trend of active processing operations (the lohn system) for textile products;
- the decrease of the values of the shipping within the European Union of oil products by 4.3% on Euro values as compared to the levels they had in 2006.

Things changed in 2008 under such angle, meaning that it took place a more enhanced increase of the exports of goods as compared to the imports for the previous year on both global flows – aggregate exports, aggregate imports – and exchanges within the European Union – exports within the EU, imports outside the EU (table no. 2).

The trend was maintained in 2009, when a more enhanced contraction of the imports occurred (-36.4%) as compared to exports (-20.3%), which relation is also verified within the European Union space, which led to the erosion of the trade balance.

Table no. 2
Trading within the EU and outside the EU

	2007			2008			2009		
	Mill. Euros	%	% as compared to 2006	Mill. Euros	%	% as compared to 2007	Mill. Euros	%	1.I-30.VI 2009 % as compared to 1.I-30.VI 2008
FOB Exports	29549		114.3	33627.9		113.8	13565.9		79.7
Within the EU	21269	72.0	116.7	23671.3	70.4	111.3	10104.8	74.5	84.6
Outside the EU	8280	28.0	108.6	9956.6	29.6	120.3	3461.1	25.5	68.1
CIF Imports	51322		125.9	56336.8		109.8	17947.4		63.6
Within the EU	36587	71.3	130.7	38937.1	69.1	106.4	13223.9	73.7	66.8
Outside the EU	14735	28.7	115.6	17399.7	30.9	118.1	4723.5	26.3	56.1
FOB/CIF Balance	-21773			-22708.9			-4381.5		
Within the EU	-15318			-15265.8			-3119.1		
Outside the EU	-6455			-7443.1			-1262.4		

Source: Anuarul de comerț internațional al României (*The International Trade Yearbook of Romania*), INS, 2008; Buletin statistic de comerț internațional (*International Trade Statistical Bulletin*) no. 12/2008; Buletin statistic de comerț internațional (*International Trade Statistical Bulletin*) no. 6/2009.

Within the same line of the spatial orientation of the foreign trade exchanges of Romania we find that the same are carried on with a wide diversity of countries, but are preponderantly centred on few partner countries.

In 2007 the ten major export markets absorbed 68.8% of the aggregate exports of Romania, while the ten major import partner countries were the origin zones for 70.0% of the aggregate imports.

The absorption degree of the ten major export markets slightly decreased in 2008 (65.9%), but got back in 2009 (67.7%).

¹ According to Anuarul de comerț internațional al României (*The International Trade Yearbook of Romania*), INS, 2008.

The concentration degree of the imports by the ten major partner countries was in 2008 comparable to the one in 2007, namely 69.0%, and slightly lower in 2009, 68.3% (annex no. 1).

Within such hierarchy of the main trade partners of Romania, Germany and Italy kept their leading positions in both 2007, and 2008 and 2009. In 2008 these two countries were absorbing 31.9% of the exports of Romania, and were supplying 27.7% of the aggregate imports. In 2009 such proportions were even higher: 35.0% of the aggregate exports, and 29.1% of the aggregate imports (table no. 3, and annex no. 1).

Considering the different dynamics of the trade exchanges of Romania with its major partner countries during the past few years some of the countries changed their places within such hierarchy. Thus, on exports, in 2009 The United Kingdom shifts from 7th place to 6th place, Holland shifts from 8th place to 7th place, Spain shifts from 10th place to 9th place, while Bulgaria falls from 6th place to 8th place. Austria, which previously only held the 11th place within the hierarchy of the export partner countries, entered in 2009 the top ten export trade partners, and held the last place (table no. 3).

Similarly, and to an even larger extent than on exports, within the top ten import partner countries all the countries (except for the first three of them, namely Germany, Italy, and Hungary, which kept their top places in 2009 too) shifted places (annex no. 1).

Table no. 3
Top Ten Export Partner Countries

	2008				2009			
	Country	Mill. Euros	Weight within the aggregate exports %	% as compared to 2007	Country ¹⁾	Mill. Euros	Weight within the aggregate exports %	1.1-30.VI 2009 in % as compared to 11-30.VI 2008
	Aggregate	33627.9	100.0	113.8		13565.9	100.0	79.7
1	Germany	5553.9	16.5	110.9	1	2584.5	19.0	93.9
2	Italy	5182.6	15.4	103.0	2	2172.1	16	80.7
3	France	2478.1	7.4	109.1	3	1118.0	8.2	87.3
4	Turkey	2204.5	6.5	106.4	4	678.8	5.0	48.7
5	Hungary	1708.0	5.1	101.0	5	595.8	4.4	65.7
6	Bulgaria	1390.0	4.1	147.8	7	440.9	3.2	77.4
7	United Kingdom	1103.3	3.3	90.4	8	436.8	3.2	111.8
8	Holland	974.1	2.9	160.3	6	425.6	3.1	58.2
9	Ukraine	825.0	2.4	151.9	10	392.6	2.9	103.0
10	Spain	776.0	2.3	114.3	11²⁾	360.6	2.7	100.6

Source: Buletin statistic de comerț internațional (*International Trade Statistical Bulletin*) no. 12/2008; Buletin statistic de comerț internațional (*International Trade Statistical Bulletin*) no. 6/2009.

Note 1): The figures in this column show how the hierarchy of the major export partner countries has changed in 2008 (thus, the United Kingdom shifts from 7th place to 6th place, Holland shifts from 8th place to 7th place, etc.)

2) In 2009 the 10th place is held by Austria, which was not present before within the top ten export partner countries, as in 2008 was only holding the 11th place

The analysis of the structure of the exports and imports of goods of Romania points out the fact that six of the twenty-two sections of the Combined Catalogue are holding a weight of about 3/4 in both aggregate exports, and aggregate imports. Such six sections are the same on export and import with one exception only: the section “plastic materials, rubber, and items made of the same” within Romanian exports is replaced within the imports of Romania by the section “products of the chemical industry”. Practically, the same categories of goods are activated on both the export, and import flows.

In 2008 as compared to 2007 certain structural changes occurred to the evolution by sections of the exports:

- of the six major export sections (table no. 4) the following increased their weight: “Mechanical machinery and devices; electric machinery, devices, and equipment; devices for recording or playing sound and images – by 1.9 percent points; “Mineral products” – by 1.6 percent points;

- a decrease of weight occurred on the following of the major sections: “Textile materials and items made of the same” – by 2.8 percent points; “Common metals and items made of the same” – by 1.6 percent points.

More benefic were the structural changes that occurred during the first half of 2009 as compared to the same period of 2008:

- of the six major section only increased their weight those producing goods with a higher processing degree, with higher value added, namely: “Transport means and materials” – by 4.8 percent points; “Mechanical machinery and devices; electric machinery, devices, and equipment; devices for recording or playing sound and images” – by 2.0 percent points;

Table no. 4

Export structure (pointing out the major sections of the Combined Catalogue with the higher weight within the exports)

Section of the Combined Catalogue ¹⁾	2007			2008			1.I-30.VI 2009		
	Mill. Euros	% within the aggregate exports	% as compared to 2006	Mill. Euros	% within the aggregate exports	% as compared to 2007	Mill. Euros	% within the aggregate exports	1.I-30VI 2009 % as compared to 1.I-30VI 2008
XVI	6552	22.9	124.9	8083.7	24.1	123.4	3450.5	25.4	86.5
XV	4815	16.3	124.2	4933.9	14.6	102.5	1428.9	10.5	51.3
XVII	3577	12.1	140.5	4154.7	12.4	116.2	2234.1	16.5	112.5
XI	3932	13.3	94.3	3527.1	10.5	89.7	1483.4	10.9	80.9
V	2295	7.8	84.9	3157.5	9.3	137.6	892.9	6.6	50.7
VII	1454	4.9	133.3	1694.0	5.0	116.5	654.4	4.8	72.2

Source: Anuarul de comerț internațional al României (*The International Trade Yearbook of Romania*), INS, 2008; Buletin statistic de comerț internațional (*International Trade Statistical Bulletin*) no. 12/2008; Buletin statistic de comerț internațional (*International Trade Statistical Bulletin*) no. 6/2009.

Notă: 1) The order of the major sections of the Combined Catalogue within the aggregate exports in this column is given by the hierarchy of the sections as stated by the “% within the aggregate exports” column for the year 2008; the columns “% within the aggregate exports” for the years 2007 and 2009 shall show a slight change of hierarchy.

XVI: Mechanical machinery and devices; electric machinery, devices, and equipment; devices for recording or playing sound and images

XV: Common metals, and items made of the same.

XVII: Transport means and materials.

XI: Textile materials, and items made of the same.

V: Mineral products.

VII: Plastic materials, rubber, and items made of the same.

- of the six major sections the following have decreased in weight: “Common metals and

items made of the same” – by 5.8 percent points, and “Mineral products” – 3.8 percent points.

There must be noted that not only the direction of the changes is different (towards sectors producing goods with a higher processing degree), but the amplitude of the weight variations in percent points also is lot higher in 2009.

As result of such structure changes, the hierarchy of the six major sections within the aggregate exports shall be different even though they remain the same: the sections in 1st, 5th, and 6th places keep their positions within the hierarchy, while changes occur in the 2nd, 3rd, and 4th places (table no. 4). Thus, two sections gain one place each within the hierarchy: “Transport means and materials” shifts from 3rd place to 2nd place, and “Textile materials” from 4th place to 3rd place. The section “Common metals and items made of the same” loses two places within the hierarchy, and shifts from the 2nd place (in 2008) to the 4th place (in 2009).

We shall briefly characterise such major sections within the aggregate exports from the standpoint of the business object, and of the goods being delivered to export, as well as their dynamics.

Exports of mechanical machinery and devices; electric machinery, devices, and equipment, devices for recording or playing sound and images, representing 25.4% of the aggregate exports for the period 1I-30VI2009 (24.1% in 2008) took the first place, and saw the smallest decrease as compared to the other sections (13.5% on Euro values) as compared to the same period of 2008. Within such section, the chapter “Electric machinery, devices and equipment, and parts of the same” holds the major weight (65.2% within the aggregate section, and 16.6% within the aggregate exports).

The 2nd position within the hierarchy was taken by the section “Transport means and materials”, the only section that saw an increase in 2009, and quite an important one (12.5% on Euro values), increasing its weight from 14.6% (in 2008) to 16.5% (in 2009), and gains one place within the hierarchy: shifts from 3rd place to 2nd place. Within such section there are preponderantly produced “Cars, tractors, and other land vehicles”, which chapter represents about 3/4 of the aggregate section, and 11.8% of the aggregate exports.

The exports of textile materials and items made of the same, which shifted from 4th place to 3rd place within the hierarchy of the six major sections, have also seen a low amplitude decrease as compared to the period 1I-30VI2008 (the second decrease by size, of 19.1% on Euro values).

The exports of “Common metals and items made of the same”, along with the exports of “Mineral products”, have seen the highest contraction (of 48.7% and 49.3%, respectively, on Euro values) as compared to the period 1I-30VI2008, and only occupy the 4th place within the hierarchy, while they previously were 2nd placed. Considering that the business object of such section is represented by the delivery of materials in raw forms (cast iron, iron, steel representing 43.9% of the aggregate section, and 4.6% of the aggregate exports), as well as goods in raw forms (cast iron, iron, steel products representing 29.2% of the aggregate section, and 3.1% of the aggregate exports), the fact that such section has gone down within the hierarchy of the six major sections appears as a benefit.

The 5th and 6th places within the hierarchy are held by the sections “Mineral products” and “Plastic materials, rubber, and items made of the same”, with weights of 6.6%, and 4.8% respectively within the aggregate exports. The exports of oil products (gas, Diesel fuel, oils) represent 97.1% of the aggregate of the section “Mineral products”, and 6.4% of the aggregate exports.

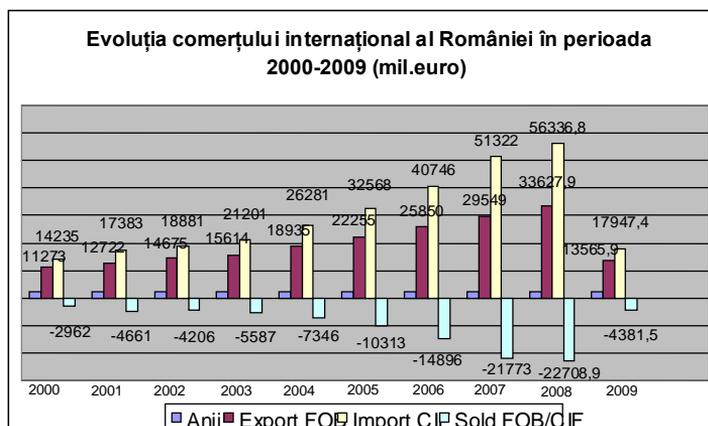
Table no. 5
Value Indexes of the International Trade of Goods

Year	FOB Exports		CIF Imports	
	Euros		Euros	
	2000=100.0	Previous year=100.0	2000=100.0	Previous year=100.0
2001	112.9	112.9	122.1	122.1
2002	130.2	115.3	132.6	108.6
2003	138.5	106.4	148.9	112.3
2004	168.0	121.3	184.6	124.0
2005	197.4	117.5	228.8	123.9
2006	229.3	116.1	286.2	125.1
2007	262.1	114.3	360.5	125.9
2008	298.3	113.8	395.8	109.8

Source: Anuarul de comerț internațional al României (*The International Trade Yearbook of Romania*), INS, 2008; Buletin statistic de comerț internațional (*International Trade Statistical Bulletin*) no. 12/2008, INS, 2009.

As the absolute figures data within the graph show, as well as the relative figures data within the table no. 6, the international trade of Romania, both the export and the import flows, have had a continued ascending trend during the period 2000-2008.

The Evolution of the International Trade of Romania during the Period 2000-2009 (Mill. Euros)



Years FOB Export CIF Import FOB/CIF Balance

Except for the year 2002, the basic specific feature of such evolution was the more enhanced increase of the imports as compared to the exports up to 2007, which also led to an increasing trade deficit.

In 2008 however, the increase of the exports exceeded the one of the imports, which evolution led to almost a stagnation of the trade deficit.

The trend is maintained, and even amplified during the first half of the year 2009: while exports contract by 20.3% (on Euro values), imports contract to a higher extent, by 36.4% (on Euro values).

The evolution of the export and import flows during the first half of 2009 made the FOB-CIF trade deficit for the period I-30VI2009 be Euro 6817.6 Mill. lower than for the period I-30VI2008.

The more enhanced decrease of the imports than of the exports during the period I-

30VI2009 as compared to the period 1I-30VI2008 was preponderantly influenced upon by the value decrease of the imports on the following sections of the Combined Catalogue (the value decrease of the imports as shown below was calculated on Euro values):

- Transport means and materials, by 66.7%;
- Minerale products, by 50.5%;
- Common metals, by 45.9%;
- Mechanical machinery and devices; electric machinery, devices, and equipment; devices for recording or playing sound and images, by 30.3%;
- Textile materials and items made of the same, by 22.4%.

As result of such evolution of the export and import flows during the 2000s, the contribution of the net export to the actual growth of the GDP also was permanently negative (table no. 6).

Table no. 6

%

Contributions to the Actual Increase of the GDP

	2003	2004	2005	2006
Contributions				
Expenses for final consumption:	7.1	8.8	7.6	8.1
- of households	5.6	10.3	6.8	8.8
- of public administration	1.4	-1.7	0.6	-0.8
- of IFSLSGP	0.1	0.2	0.2	0.1
Gross forming of fixed capital	1.9	2.4	3.4	4.7
Stock variation	-0.3	1.7	-2.3	1.4
Net export, of which:	-3.5	-4.4	-4.5	-6.3
Export	3.3	4.9	2.7	3.5
Import	6.8	9.3	7.2	9.8
Gross Domestic Product	5.2	8.5	4.2	7.9

Source: Conturi Naționale (*National Accounts*) 2005-2006, INS, February 2009.

Competitiveness Indicators

We give below the definition of the competitiveness indicators, as it is indispensable in construing the same.

The **export effort** is determined as a percent ratio between the value of the export, and the one of the domestic production.

The **coverage rate** of imports by exports is given by the percent ratio between the value of the exports and the one of the imports.

The **penetration rate** of foreign products within the domestic market is given by the percent ratio between the value of the imports and the one of the domestic market (production + imports – exports).

Even with such defining coordinates of the competitiveness indicators available their construing is highly hindered by some of the data that were recorded for such indicators (annex no. 3).

The coverage rate can normally be recorded in percent terms, whatever high values, showing to what extent exports cover imports, or to what extent they even exceed the latter.

The data as recorded for the two other indicators, “Export effort” and “Penetration rate” (of foreign products within the domestic market) are however subject to a restraint: such data normally may not have values over 1, or in percent terms values higher than 100%, for the simple reason that they are to show to what proportion the production of a sector is exported, for the first indicator, and to what extent foreign products penetrate, cover (take over) the domestic market, for the second indicator.

In the given case however (as reflected by the data within the annex no. 3) the “Export effort” and the “Penetration rate” may see for some business sectors percent rates way over 100%, in the first place due to methodological particularities that reflect a certain economic reality. Namely, for the activities being carried on under the lohn system (which had a very high weight in some business sectors, and are the very ones where the “Export effort” and the “Penetration rates” have baffling values of 200%-300%) within the “production” indicator there is only recorded the workmanship, while the indicator “exports” includes the cost for raw matters having been imported and actively processed within the country. Thus, the exports value may be higher (maybe even lot higher) than the production value.

We could also consider the fact that exports may also be made at the account of certain existing stocks, and not from current production exclusively.

However, we consider that such latter contribution (of stocks) in the exports is lot lower as compared to the influence being exercised on the ratio between exports value and production value by the method of recording the lohn production (as stated above).

Conclusions

From a macroeconomic perspective, the evolution of the Romanian foreign trade did not, until the present time, contribute in accelerating the development and increasing economic performance: during the period 2000-2007, except for one year only, imports have seen a more enhanced increase than exports, which led to an increasing trade deficit, and a negative contribution in the actual growth of the GDP by the net exports; in 2008 however, exports saw a more enhanced increase than imports, which led to a stagnating trade deficit; during the first half of 2009 such trend amplifies, the contraction of the imports being lot higher than the one of the exports as compared to the similar period of 2008, which led to a consistent reduction of the trade deficit.

The portfolio of exported goods has not suffered major changes, but has seen some structural changes –changes of weight, certain classes being advanced by other, the direction of the latter changes being a positive one, towards classes of the Combined Catalogue that involve a higher degree of processing (during the period I1-30VI2009 the first two places on exports were occupied by the following categories of goods – mechanical machinery and devices; electric machinery, devices and equipment, and transport means and materials, respectively).

The Romanian economy is an opened economy, which is market-oriented, and in order to converge towards durable economic development it needs to concentrate on competitiveness. Unfortunately the productivity and competitiveness levels of Romania within the European context are low; Romania has attracted lower investments per capita as compared to other countries within the region because of the lack of a coherent legislation framework, but also of high regional competition.

Such competition gap may not be ignored given the importance of the European market for Romania: the geographical distribution of the Romanian exports shows a massive focus on European Union markets.

Despite the continued opening of the foreign trade Romanian exports are not yet diversified enough. Such issue is due to the fact that few enterprises are basing their business on research and innovation in developing and promoting their products.

Close monitoring reveals the fact that the major exports of Romania are generated by traditional sectors. There was little innovation, and as a consequence there are few industries to intensively use new technologies.

Moreover, the performance of some sectors that are important for the Romanian exports is based on comparative advantage factors such as low labour costs. A high share of the exports towards the EU are generated by industries that intensely use labour and natural resources. They are as a rule products with low added value and low technological contents, and depend on the low

labour cost, and on materials being imported and actively processed within the country. Thus, the textile and garment sector has become a major exporting sector, which performance may be partly assigned to a higher competitiveness degree, but certainly is also the result of lohn-type activities.

In this case the so-called advantages merely represent temporary competitiveness conditions, and practically are non-sustainable advantages that are easy to erode and lose.

Decision-makers should permanently bear in mind that competitive advantages do not arise from protectionism, market shares, or preferential access. Such measures generally have negative effects on the economic performance as they decrease enterprise motivation for innovation, and as a consequence for efficiency and quality.

Therefore the strategic priority of Romania should from now on be the sustainable competitive advantages instead of the easy to erode ones, which means the changes should be more profound ones: structural changes to the production apparatus itself, attracting for such purpose local and foreign investments to represent an important source of capital, of know-how, thus inducing to the economy the capacity to develop under free trade conditions within a more and more global market.

Bibliography

- **Băcescu, Marius, Băcescu, Angelica**, *Macroeconomie și politici macroeconomice (Macroeconomics and Macroeconomic Policies)*, All Educational, 1998;
- **Burda, Michael, Wyplosz, Charles**, *Macroeconomie – perspectiva europeană (Macroeconomics – the European Perspective)*, Bucharest, All Beck, 2002;
- **Ciupagea, Constantin, Moldoveanu, Marcel**, *România în contextul globalizării și integrării europene (Romania within the Context of Globalisation and European Integration)*, Academia Română, INCE, Institutul de Economie Mondială, Ed. Expert, 2007;
- **Cîmpeanu, Virginia, Munteanu, Gabriel, Albu, Cornel, Rădulescu, Octavian**, *Conjunctura economiei mondiale (Global Economy Conjuncture)*, Bucharest, 2008;
- *External and intra-European Union trade*, Eurostat, Pocketbooks, ISSN 1606-3481, 2009 edition;
- **Hall, E. Robert, Taylor, B. John**, *Macroeconomics (fourth edition)*, New York, London, 1993;
- **Schultze, Charles**, *Memos to the president – A Guide through Macroeconomics for the Busy Policymaker*, The Brooking Institution, Washington D.C., 1992;
- **Zaman, Gheorghe, Vasile, Valentina (coordonatori)**, *Evoluții structurale ale exportului în România (Structural Developments of Export in Romania)*, Ed. Expert, 2005;
- *World economic situation and prospects*, United Nations, 2008, 2009;
- *Anuarul de comerț internațional al României (The International Trade Yearbook of Romania)*, INS, 2007, 2008;
- *Buletin statistic de comerț internațional (International Trade Statistical Bulletin) no. 12*, 2008, INS;
- *Buletin statistic de comerț internațional (International Trade Statistical Bulletin) no. 6*, 2009, INS;
- *Conturi Naționale (National Accounts) 2005-2006*, INS, February 2009.

Annex no. 1

Top Ten Import Partner Countries

	2008				2009			
	Country	Mill. Euros	Weight within the aggregate imports %	% as compared to 2007	Country ¹⁾	Mill. Euros	Weight within the aggregate imports %	I.I-30.VI2009 % as compared to I.I-30.VI2008
	Aggregate	56336.8	100.0	109.8		17947.4	100.0	63.6
1	Germany	9189.1	16.3	103.9	1	3007.3	16.8	63.2
2	Italy	6384.0	11.4	97.8	2	2203.8	12.3	64.8
3	Hungary	4177.0	7.4	117.1	3	1501.4	8.4	77.7
4	Russian Federation	3335.5	5.9	103.1	5	1187.3	6.6	69.1
5	France	3204.8	5.7	98.3	7	880.0	4.9	62.5
6	Turkey	2775.7	4.9	100.4	9	825.9	4.6	79.2
7	Austria	2742.1	4.9	110.4	10	716.4	4.0	69.6
8	Kazakhstan	2566.7	4.5	260.0	6	676.4	3.8	46.1
9	P.R. of China	2413.5	4.3	144.5	8	632.4	3.5	47.0
10	Holland	2103.6	3.7	113.2	11²⁾	614.6	3.4	64.3

Sursa: Buletin statistic de comerț internațional (*International Trade Statistical Bulletin*) no. 12/2008, INS, 2008; Buletin statistic de comerț internațional (*International Trade Statistical Bulletin*) no. 6/2009.

Note: 1) The figures within this column show the changes to the hierarchy in 2008 of the major import partner countries (thus, France shifts from 5th place to 4th place, Austria from 7th place to 5th place, etc.)

2) In 2009 the 10th place was held by Poland, which did not make it into the top 10 import partner countries in 2008, as was only 11th placed.

Anexă nr.2

Import structure (pointing out the major sections of the Combined Catalogue with the higher weight within the imports)

Section of the Combined Catalogue ¹⁾	2007			2008			1.I-30.VI 2009		
	Mill. Euros	% within the aggregate imports	% as compared to 2006	Mill. Euros	% within the aggregate imports	% as compared to 2007	Mill. Euros	% within the aggregate imports	1.I-30VI 2009 % as compared to 1.I-30VI 2008
XVI	12852	25.0	130.1	13511.6	24.0	105.1	4626.0	25.8	69.7
V	6139	12.0	101.8	7837.1	13.8	127.7	1644.5	9.2	42.7
XVII	7102	13.8	150.7	6970.7	12.4	98.1	1337.7	7.5	33.3
XV	5675	11.1	140.8	6371.9	11.3	112.3	1695.5	9.4	54.1
VI	3873	7.5	124.5	4694.8	8.4	121.2	2088.8	11.6	93.4
XI	3629	7.1	107.2	3429.0	6.1	94.5	1397.4	7.8	77.6

Source: Anuarul de comerț internațional al României (*The International Trade Yearbook of Romania*), INS, 2008; Buletin statistic de comerț internațional (*International Trade Statistical Bulletin*) no. 12/2008; Buletin statistic de comerț internațional (*International Trade Statistical Bulletin*) no. 6/2009.

Notă: 1) The order of the major sections of the CC that are predominant within the aggregate imports in such column is given by the hierarchy of the sections as shown in the “% within the aggregate imports” for the year 2008; the “%within the aggregate imports” columns for the years 2007 and 2009 shall show a slight change of hierarchy.

XVI: Mechanical machinery and devices; electric machinery, devices, and equipment; devices for recording or playing sound and images

V: Mineral products

XVII: Transport means and materials.

XV: Common metals, and items made of the same

VI: Chemical industry products

XI: Textile materials, and items made of the same.

Annex no. 3
Export Effort, Coverage Rate, and Penetration Rate by Products
%

Product	Export effort			Coverage rate			Penetration rate		
	2004	2005	2006	2004	2005	2006	2004	2005	2006
A01 Agriculture, hunting, forestry	2.6	3.1	3.1	76.2	88.4	93.7	3.4	3.5	3.3
A02 Fishing and pisciculture	0.2			11.1			1.5	1.6	1.4
A03 Energy products extraction industry	0.9	0.7	0.9	1.3	1.1	1.3	64.9	67.7	66.4
A04 Non-energy products extraction industry	4.2	4.0	3.6	13.2	11.2	11.7	32.1	35.6	30.7
A05 Food, beverages, and tobacco industry	2.0	2.1	2.1	18.9	18.0	16.5	10.8	11.5	12.7
A06 Textiles and textile products industry	209.4	171.1	183.8	133.2	132.3	133.4	157.2	129.3	137.8
A07 Leatherworking and leather products industry	473.2	333.0	319.6	148.6	141.8	146.5	318.5	234.7	218.1
A08 Wood and wood products manufacture	91.5	64.2	58.2	348.6	270.0	237.0	26.2	23.8	24.6
A09 Cellulose, paper and paper products manufacture, publications editing and printing	9.5	6.3	6.7	27.4	19.7	22.3	34.8	31.8	30.9
A10 Manufacture of coke products, of products obtained by petrol refining, and of nuclear fuels	48.8	90.0	93.7	147.7	344.3	262.7	33.1	26.1	35.6
A11 Manufacture of chemical substances and products, and of synthetic and artificial fibres and threads	25.9	29.3	29.2	39.2	40.8	39.4	66.1	71.9	74.2
A12 Manufacture of rubber and plastic products	24.8	25.2	23.7	43.3	44.6	48.0	57.2	56.5	49.3
A13 Manufacture of other products made of non-metallic minerals	13.7	9.3	7.5	56.9	36.2	34.0	24.1	25.8	22.0
A14 Metallurgic and metal products industry	62.8	61.5	54.8	117.5	110.4	97.0	53.4	55.7	56.5
A15 Machinery and equipment industry	38.4	36.2	37.0	47.7	44.7	45.7	80.3	81.0	81.0
A16 Electric and optic equipment industry	57.2	47.5	38.1	53.3	49.8	44.6	107.2	95.4	85.5
A17 Transport means industry	44.1	34.0	26.3	64.9	58.4	45.7	67.9	58.1	57.5
A18 Other industrial activities	98.3	92.4	93.9	219.9	189.3	188.2	44.7	48.8	49.9
A19 Electric power and heating, gases, and water	1.4	1.8	1.4	156.7	135.8	104.0	0.9	1.3	1.4
A20 Constructions	1.2	1.4	1.3	127.9	93.1	105.1	1.0	1.5	1.3
A22 Hotels and restaurants	1.8	12.9	14.7	16.6	80.3	88.1	10.8	16.1	16.7
A23 Transport, storage, and communications	25.9	22.2	24.3	476.3	315.5	343.1	5.4	7.0	7.1
A24 Financial intermediation	7.0	5.3	6.6	90.7	57.0	66.0	7.8	9.3	10.0
A25 Real estate transactions, rentals, and services mostly rendered to enterprises	5.3	7.2	8.9	71.9	93.8	109.5	7.4	7.6	8.1
A29 Other collective, social, and personal services	5.5	1.8	1.7	125.1	62.3	60.9	4.4	2.9	2.7
ACT Territorial correction				207.5	188.4	129.5	-93.0	-	-
Total	17.5	16.6	15.9	79.9	76.5	72.9	21.9	21.6	21.9

Source: Conturi Naționale (National Accounts) 2005-2006, INS, February 2009

CHALLENGES OF INCREASING THE ECONOMIC AND SOCIAL RELEVANCE OF ROMANIAN R&D AND INNOVATION.

Steliana SANDU*

Irina ANGHEL**

Abstract

The topic of this paper is of special importance in the current context, when Romania has to cope not only with the effects of the economic and financial crisis but also with the EU Lisbon Agenda 2020 challenges, presented by the European Commission on the 3rd of March 2010 and recently adopted by heads of state and government leaders. Improving research-development and innovation activities is a central issue in reaching the Agenda 2020 objectives. The present situation is different from the one ten years ago when the previous Lisbon Strategy 2010 was launched. This new global landscape is to try not only the 2020 Europe Strategy, with its central point research-development and innovation but also the functioning of the economy in various member states, including Romania. Therefore, it is a dire need nowadays that the research, development and innovation activities at all levels be understood as instruments able to design solutions to economic and social challenges, even for recovery the economic growth. Based on the studying a vast specialized literature, the present paper asserts that the congruence between scientific activity's results and their ability to specifically address the needs of the society it serves, depends on various factors concerning the scientific knowledge providers, knowledge potential users, knowledge infrastructure and environment. The purpose of this paper is to analyse and assess how challenges related to the provision of inputs for research activities are addressed by the national research system, especially in the new condition of economic crisis. Its actors have to ensure and justify that adequate financial and human resources are most appropriately mobilised for an efficient R&D operational system, having in view the time horizon required until the effects of the R&D investment become visible by increasing R&D system performance and, also, for transferring the knowledge results into economy. Another aim of the paper is to analyse and assess specific barriers faced the circulation of the financial flows and research results: weak relation between university and industry, financing and barriers that must be overcome by business sectors, low absorptive capacity of knowledge users etc. Depicting the current strengths and weaknesses of R&D mechanisms the authors intended to offer a scientific basis for decision-makers answers to the major challenges of 2020 Lisbon Agenda.

Keywords: R&D financing, crisis an opportunity for innovation, academy-industry relations, absorption capacity, responsibility of researchers.

Introduction

The Lisbon Strategy 2000 has had some positive effects on the EU economy but one of its main targets, i.e. 3% of GDP spent on R&D are not being reached. Total R&D expenditure in the EU, expressed as a percentage of GDP, only improved marginally (from 1.82% in 2000 to 1.9% in 2008).

According to the evaluation documents¹ of the Lisbon Strategy's objective, the EU to become a knowledge economy was centered on an ambitious research and innovation agenda. The introduction of a 3% EU of GDP spending target for research and development (R&D) represented a gradual change in the importance and visibility of research and innovation policy at the EU level. There is evidence that many

* Scientific Researcher 1st degree, Ph.D., Head of "Economics of R&D" Department in the Institute of National Economy, Bucharest (e-mail: s_steliana@yahoo.com, sandu.steliana55@yahoo.com).

** Research Assistant, Ph.D. candidate, "Economics of R&D" Department in the Institute of National Economy, Bucharest (irina_c_angel@yahoo.com) .

¹ European Commission: SEC(2010) 114 final, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Lisbon Strategy evaluation document, Brussels, 2.2.2010

Member States have prioritized public R&D investments.

The EU's key challenge remains making it more attractive for the private sector to invest in R&D in Europe rather than in other parts of the world.

European Research Area represents a shift towards a more holistic policy approach, promoting greater co-operation between Member States and industry, a stronger emphasis on excellence and smart specialization and removal of obstacles to researchers' mobility.

Lisbon Strategy included research policy (CREST²) began in 2001 to support the implementation of the policy frameworks on researcher mobility and careers, and which gave rise to the headline Lisbon target of spending 3% of EU GDP on research and development in 2002 at the Barcelona European Council. A 2008 evaluation concluded that the open method of coordination in research policy had proven to be a useful tool to support policy learning, but that it had only given rise to a limited amount of policy coordination.

Starting from these insufficiencies of the 2000 Lisbon Strategy implementation in the field of the R&D and innovation, the majority of the European Commission recommendations refer to the speeding up of the improvement of the situation in this field. The objective of reaching 3% of the GDP till the year 2020 ranks among the priority objectives, taking into account that a large majority of member states (19) still considers investment in R&D and innovation as a key challenge for the future. The achieving of this objective is quite difficult if we take into account that, according to statistical data during the 2000-2008 period, the public spending in these fields does not represent any actual increase in EU.

In this context, the challenge to reach the objective "3% of GDP to research and development" is all the more difficult for Romania. In 2008, the share of R&D in GDP was only 0.58% in comparison with the EU average of 1.9%. The participation of the private sector, which ought to reach 2% of the GDP by 2020, is of only 0.13%, in decreasing compared to 2003, when it represented 0.18 % of the GDP.

1. Challenge of increasing the RD expenditure to 3% of the GDP

1.1. The Current Economic-Financial Crisis-Opportunity or Risk for the financing research, development and innovation?

When Joseph Schumpeter lectured on the economy at Harvard in the midst of the depression, he would stride into the lecture hall, and divesting himself of his European cloak, announce to the startled class in his Viennese accent, "Gentleman, you are worried about the depression. You should not be. For capitalism, a depression is a good cold shower."³ The present crisis can be also for the economic system like a cold shower, having positive effects, urging companies to come up with the best solutions for the enhancement of efficiency, by means of cutting waste and reshaping action directions.

Under crisis circumstances, is a natural tendency to cut company costs, but the distinction between the types of expenditure that needs to be kept and the ones that can be done away with, constitutes a great challenge for decision-makers⁴.

One of the victims most likely to occur when it comes to cutting expenses be they private or public, especially in economic and financial crises, is the field of research and innovation.

The practice of countries that managed to overcome economic crises successfully has proved that the stimulation of innovation is the most important condition to turn the crisis into opportunity. When private companies cannot invest in innovation anymore, governs should do this, having in view that innovation systems, with all its components (academic, industrial and public), are strategic national assets that need to be protected as much as the financial or the

² Commite de la Recherche Scientifique et Technique

³ Robert Heilbroner : *The Worldly Philosophers* :The Lives, Times and Ideas of the Great Economic Thinkers, Penguin 2000

⁴ Roger Smith : "R&D in the Financial Crisis", in *Research Technology Management*, May-June 2009

building sector.

The government of some EU countries have taken important measures in order to prevent the knowledge base contraction. In Germany, the Mittelstand Innovation Program (ZIM)⁵, initially designed only for small enterprises, was expanded, under the current crisis circumstances, to December 31st, 2010, including enterprises of up to 1000 employees, supplementing the budget with 900 million Euros. The European Commission has appreciated Germany's initiative, considering that, even though research projects run a considerable degree of risk, it is necessary to sustain a level of industrial research that would maintain competitiveness during crises.

The experts in the field⁶ present a series of recommendations for the R&D&I policies so that national economies may get out of the crisis as "winners" not as "losers":

1. Reshaping of priorities and allotting investments in strategic fields of science and technology, such as: nano-technologies, alternative energy, health, and life sciences;

2. Global thinking, that would encourage international investments in R&D programs, especially of countries that are not profoundly affected by the crisis, such as China, the Gulf countries or Japan. These programs can become in the long run new platforms for complex cooperation;

3. Focussing on public programs, with the view to maintain and develop the knowledge basis of any economy, as a support for the launching of economic growth.

4. Supporting of performance, by means of the education system and the allotment of funds for research, development and innovation according to this criterion.

Unfortunately, in Romania after an increasing of the public RD expenditures starting with 2005, the share of RD in GDP is in a sharp decreasing since the last year if it will continue, many of strategic objectives should be compromised.

1.2. Relation between public and private financing

The most sensitive aspect of the financing R&D in Romania is stimulating the private sector to increase its contribution to total expenditures, taking into account the objective of raising its contribution to 2% of the GDP in 2020 and the fact that during the 2000-2008 period, the weight of the business sector significantly dropped, especially after 2003.

The issue of the measure in which the public support complement or substitute the private R&D expenditures is fundamental for the elaboration of consistent policies. From a theoretical point of view, there are pros for both hypotheses. Public support can constitute an incentive for companies with a view to launching or increasing the resources designed for R&D, since public subsidies cut marginal costs and raise the profitability of research and development projects (complementarity effect). On the other hand, public support can reduce the private effort for this field so as the company may substitute its own financing of projects by means of public funds (substitution effect).

During the past decades, the literature⁷ enriched with a series of studies that approach from various points of view and using specific methodologies, the issue of the relation between public and private financing of research and development and the impact of the subsidies over the

⁵ EUROPEAN COMMISSION Brussels, 13.2.2009 C(2009) 1073 final, Subject: State aid No N 65/2009 – Germany, Temporary budget increase and extension of the R&D&I-scheme

⁶ Sami Mashrom : "Innovate out of the economic downturn", Business Time, 30 December 2008

⁷ OECD, 2001, Changing Patterns of Public and Private Financing of R&D; TIP, (2004), Input Additionality Effects of R&D Subsidies in Austria; Klette J., J. Moen, Z. Griliches, (2000) Do subsidies to commercial R&D reduce market failures? Microeconomic evaluation studies, "Research Policy", 29, p. 471-495; David P., B. Hall, A. Toole (2000): Is public R&D a complement or substitute for private R&D? A review of the econometric evidence, "Research Policy", 29, pag. 497-529; European Commission, ProInno Europe, INNO Metrics, European Innovation Scoreboard 2006, Comparative Analysis of Innovation Performance, p.8 și 12; European Commission, European research Area: A More Research Intensive and Integrated European Research Area, Science, Technology and Competitiveness, Key Figures report 2008/2009, p.22, p.33, p.63, p.71.

dynamics of the private sector investments in this field. As a consequence of the general positive perception over the role of research and development in the economic growth, in all the developed countries the public support is strongly promoted. Governments encouraged in various ways the research and development activities from their own laboratories and institutes, financed university research and the research of non-profit organizations, offering contracts to public and private institutions and even grant subsidies to various private companies, being it directly or by means of fiscal incentives.

Governments are, also, concerned with the transfer and dissemination of technologies and the promotion of innovating companies, based on new technologies or products. Economic theory⁸ has contributed to the gaining of consensus regarding the necessity of public support for the private R&D, claiming that research and development activities are, generally, more difficult to finance on a competitive market.

The need to correct the market failures that affect R&D field, the distinction between the private benefits gained from the R&D activities (impossible to be acquired on the whole) and the social activities, due to the nature as public goods of the R&D results, the appearance of the dissemination effects as well as the sub-optimum level, from the social point of view, of the private investments in R&D constitute powerful arguments, both in theory, as in practice, for the necessity of the subsidies from the public sector, that would supplement the private resources for the research and development field.

Even if the existence of market failures is accepted as a justification of the public support granted to R&D, including for the private sector, it is necessary to prove that the public R&D programs financed by public resources are efficient. That means that the principle of additionality is obeyed, namely the public subsidies are transformed into increases of “in- house” R&D resources but not to substitute the private expenditure, which at any rate ought to have been made by the companies.

The public support granted to the research and development performed by the business sector has to meet the criterion of economic and social efficiency, namely their research results have technological, economic, social and environmental impact.

If public funds are directed to projects that the company would have executed anyway, a faulty allotment of public R&D resources occurs. Only a relation of **complementarity** between the public and private financing that would legitimate the public intervention.⁹

The majority of EU member states decided to focus on the consolidation of a portfolio of mechanisms of maintaining the level of direct financing, simultaneously expanding and perfecting fiscal incentives. In countries like Spain, Portugal and Great Britain, this extension of fiscal incentives was mixed with a growth of direct subsidies. Even if there is currently no convergence towards an optimum level of fiscal treatments concerning R&D in EU countries, governments are acknowledging more and more the importance of fiscal incentives as a complementary mechanism of direct allotments for R&D.

In November 2006, the European Commission, in the paper “Towards a more effective use of tax incentives in favor of R&D” has underlined the necessity of new tax instruments that would encourage investments in R&D as well as the substantial improvement of the existing ones. There

⁸ European Commission: ProInno Europe, INNO Metrics, European Innovation Scoreboard 2006, Comparative Analysis of Innovation Performance, p.8 și 12; European Commission, European research Area: A More Research Intensive and Integrated European Research Area, Science, Technology and Competitiveness, Key Figures report 2008-2009, p.22, p.33, p.63, p.71.

⁹ In his presentation to the Berlin Conference in October 2007, Markus Koskenlinna, general manager of Tekes mentioned that, according to the research results, one euro of public R&D funding increases private R&D investments by 0.40-0.93 euros. In other words, the overall additionality of public R&D funding is 1.40-1.93 euros. One euro adds 0.93 euro. One euro adds 0.62-0.86 euro in Finland, 0.40 euro in Austria, 0.70 euro in OECD countries, 0.41 euro in Israel.

were defined the major components of a fiscal instruments, more efficient, stable and oriented to the European research and development. Tax incentives are considered as an important part of the general public effort that supports the research and development from the business sector in the European Union member states.

These orientations are more important for Romania as the experience regarding tax incentives granted to companies in order to supplement the R&D investment is reduced. The identification and dissemination of good practices can improve the situation of private R&D financing in Romania, even by efficiency of tax systems.

Is there a substitution or a complement effect of public funds over the private financing of research and development in Romania? To what extent can the supplementing of public funds have positive effects on the increase of R&D expenditures of the private sector? The answer to this important question needs a clarification over the specific features of private RD sector in Romania.

In Romania, the largest number of research and development organizations (approximately 63 % in 2006, according to the data of INSEE) can be found exactly in the « business sector », which features a very diversified structure, both from the organizational and the property rights point of view. Financed in a centralized manner before 1989 and left without any financing perspectives after 1990, at the mercy of an almost non-existent research and development market, the large institutes chose, under the pressure of a vague legislation, organizational forms of the most varied structures, some of which were straightforwardly strange. By means of joined pressures on the government, the R&D unions as well as on the professional researchers' societies, in 1994-1995, there came a financing at survival level, from a Special Fund, constituted from the compulsory legal prelevation of 1% of the turnover of private and public companies, under the claim that the research results were addressed to them.

Actually the inclination to invest in research was non-existent during that period of profound restructuring which led to the lack of desire to feed the special fund and therefore it was cancelled.

The dependency on public financing of the institutes from the business sector became manifest during the following period as well, although competitive financing, on the basis of programs, had as its consequence a relatively unimportant effect of

« behavioral additionality »

Unfortunately, the manner of appointing evaluating committees, part of which were the managers of the institutes who applied for financing, the majority being from institutes from the industrial sector, often transformed the evaluation in negotiation, according to vague and unclear criteria, of the crumbling of public funds, allotted in extremely reduced amounts, to a multitude of beneficiaries of public funds. The progressive improvement, both of competition financing on national programs within the National Plan for Research, Development and Innovation, 1999-2006, of the evaluation system, which established clearer and clearer criteria, more and more focused on the scientific value of the project, on its applicability and the competence of the team that sets up the research consortium, has done away with a series of drawbacks from the system of R&D public funds allocation.

Nevertheless, due to the way in which the proposal of projects have been evaluated in the framework of the National Plan for Research, Development and Innovation 1999-2006 programs, the largest part of the public funds was allotted to the technological institutes from the business sector, namely 60% in 2001 and 42 % in 2006 (INSEE, 2006).

Another important barrier in the way of research and development investment by the private sector has been, also, the low level of innovation culture, un- sustained by a system of technological transfer policy (institutes, transfer mechanisms, adequate legislation) or by risk capital policy.

The Research Program of Excellency, launched in 2005, with the purpose of it being an incentive for the growth of private research and development expenditure, failed to have visible effects in this respect. At the same time, the lack, up until now, of serious tax incentives for the

investors in this field as well as of financial services and instruments that would diminish risks, as well as their inability to make up for the financial and commercial risk, has led to a reduced level of company research. The risk capital, in its incipient phase in Romania, had no visible contribution to the stimulation of the research and development activity.

All this triggered a contradictory evolution of the GDP weight for the R&D expenditures of the public and private sector in Romania. On the background of the increase of the R&D public expenditure, one can notice a decrease of the weight of the business sector, especially after 2005, when the total amount of R&D expenses represented 0.46% of the GDP in 2006, compared to 0.39% in 2001.

International or European institutions' reports regarding Research-Development-Innovation (R&D&I) either mention Romania as ranking last or last but one as far as performance is concerned, or include it in the "losing ground" countries¹⁰.

The reconfiguration of the national R&D&I system in keeping with the international and European requirements called for substantial efforts in order to transform the Romanian R&D&I system into one whose institutions, mechanisms and instruments be compatible to international and especially European standards. The current stage of Romanian R&D system is the result of progressive improvements regarding institutional structure, mechanisms of financing, evaluating and monitoring, through the refining of R&D policies and their adaptation to the requirements of integration into the European Research Area.

The adoption of competitive financing, within the various R&D national programs that were run up to the present, starting with Horizont 2000, has been a expression of a new vision in the R&D funds allocation even if inevitable difficulties and sometimes unavoidable or avoidable errors have arisen. As a result of the extremely small amount of funds as compared to the demands, it was difficult for the evaluators, also involved in projects themselves, to select out of the thousands of project proposals applied within the national R&D programs the ones that would be given financing priority.

The changes that occurred after 2005, with the set up of the Excellence Research Program, have considerably reduced the tension between the R&D resources and the needs for funds. According to official statistics, the R&D investments grew significantly from 0.38% in the GDP in 2002 to 0.41% in 2005, 0.46 % in 2006, 0.53 % in 2007 and 0.59 in 2008. However, there is still much more to recover in order to reach the medium financing level of EU27.

A special challenge for Romania is reaching the innovation performance of the EU average level. It could be encouraging to mention the notice of European evaluators regarding the dynamics of the indicators that make up the Summary Innovation Index, which contributed to the increase of its value from 0.209 in 2004 to 0.277 in 2008¹¹.

During the past years however, Romania has lagged in the cluster of the "catching-up" countries from the innovation performances' point of view. If the situation should not be changed in the future, especially concerning certain indicators where Romania ranks among the last (for instance "publications per one million inhabitants" or "demands for licences per one million inhabitants") then it would be possible that European evaluators' estimations regarding the number of years that Romania needs to reach the average of European performances to come true, that is 22 years or more¹².

¹⁰ European Commission, trend Chart, Innovation Policy in Europe, European Trend Chart on Innovation, European Innovation Scoreboard 2005, Comparative Analysis of Innovation Performance, p10.

¹¹ ProInnoEurope, INNOMETRICS, European Innovation Scoreboard 2008. Comparative Analysis of Innovation performance, January 2009, p.58.

¹² See : ProInnoEurope, INNOMETRICS, European Innovation Scoreboard 2007. Comparative Analysis of Innovation performance, ; Steliana Sandu, Cristian Paun, "The Evaluation of the Possibilities to Recuperate the Discrepancies between Romania and the EU in the R&D&I Field, Working Papers Series, no.19/ 2008, The Romanian Academy

Innovation is also a major component of competitiveness. The Global Competitiveness Indicator, annually published by the World Economic Forum, offers a general image on the place of innovation with a view to increase competitiveness. If in the 2004-2005 report, Romania was mentioned as one of the countries that took a spectacular step in 2004, going from ranking 78 to 56 in the countries' top according to the Global Innovation Indicator¹³, the latest 2009 Report¹⁴, mention Romania on the 64 position, with a less favourable position concerning the Innovation indicator, namely ranking 75. Sub-indicators regarding the "innovation capacity" and the "availability of the workforce (scientists and engineers) necessary to innovation activity make it rank more favourably (64 and 56), but the "quality of research institutes" and the "cooperation between universities and the industry" are the most important weaknesses of the system (ranking 82 and respectively 73).

In the hierarchy of countries according to the type of economic competitiveness, Romania is included in the group of countries undergoing the transition from the "efficiency driven" stage to the "innovation driven" one. In our opinion it is of special importance that duration of this transition towards the group of innovation competitive countries to be as short as possible.

Beyond the responsibility of political decision-makers to raise the budgetary allotment for the R&D&I field which is totally unsatisfying for 2009 and 2010, or to pass incentive legislation for private investment in the field, beyond the responsibility of managers of institutes, research laboratories or university research centres for the efficient management of funds and the stimulation of researchers, there are aspects that pertain to the raising of awareness of each researcher with a view to raise the performance of the R&D&I system.

Even if the majority of studies¹⁵ referring to the scientist's responsibility mostly deal with ethical and social issues, with the concern to avoid the noxious effects of the implementation of the research results into the society and the economy, with scientific rigor and cautiousness in the collection and usage of data and information, the individual responsibility is very important for increasing the scientific prestige of the R&D field embraced by each researcher.

As highlighted by Janez Potocnic, the European Commissioner for Science and Research¹⁶, "the opportunities offered by the research field also imply responsibility and obligation while ethics is a vital part of the research, from draft to publishing." The turning of research results into publications in international recognised journal or patents- one of the weak points of the Romanian R&D&I performance system- must become a personal concern, having in view, also, the higher demands regarding the periodical evaluation of researchers and professors.

Statistical data regarding the evolution of the demands for invention patents, as well as for granted and published patents, reveal an unfavourable situation. According to the Romanian Statistical Yearbook for 2010, the published and granted patents dropped from 876 in 2003 to 489 in 2008. The demands for submitted invention patents dropped from 1046 in 2003 to 1031 in 2008. Despite of these, only 230 come from research institutes and 178 from universities, individuals being the ones the most concerned with the patenting activity (466)¹⁷

Another major challenge is increasing the capacity of R&D&I European funds absorption, especially from Framework- Program 7. The increasing the absorption rate could supplement the current insufficient R&D&I investments. According to the European Commission data referring to the Framework Programme 6, the success rate from the point of view of the number of submitted

¹³ 2005 World Economic Forum: The Global Competitiveness Report 2004-2005, Executive Summary, pdf. Version, p.18.

¹⁴ 2009 World Economic Forum: The Global Competitiveness Report 2009-2010, p267

¹⁵ European Commission: Responsible Science at the heart of policy making" in : Science and Society. Action Plan, Brussels, 2002, p.21; Michael C.Loui: "Ethics and Social Responsibility for Scientists and Engineers" in Friday Forum, University YMCA, Illinois, February 2009

¹⁶ European Commission: Ethics for researchers, Facilitates research excellence in FP7, 2007, p.5

¹⁷ The National Institute for Statistics, The Statistical Yearbook , Romania 2010, p.54.

projects is of 11.5%. As to the financing success rate, the figures are even smaller: 7.75%. If we compare it to the Romanian contribution to the FP 6 during the 2003-2005 period, there results a recovery rate of 66% of total funds. However, these amounts also take into account the support received by Romania by means of the PHARE program, which covers half of the Romanian contribution to FP 6. Without this money, only a third of the funds paid from the state budget would have been recovered.

The rate of success of Romania's participants in FP7 is only 14.18% compared to 15.98% Bulgaria, 23.20 % France, 15.42 % Greece, 17.94 % Poland, 18.19% Portugal, 18.74 % Hungary and 21.59% EU.

2. Strengthening research - industry relations and increasing the absorption capacity of research results

A critical problem for Romania is the still weak cooperation between the different types of research institutes and the industry. Public instruments seem insufficient to enhance the collaboration between the research sector and industry. At present, the main cooperation framework between research and the productive sector consists of the national RDI programmes and direct orders (RDI procurement). The legal framework and the financial instruments to stimulate research activity and the application of research results in the economy (i.e. risk capital funds for high-tech start-ups, and spin-offs) are weak, as are tax incentives to foster innovation activities in enterprises. There is a strong need for a friendly environment (legal, institutional) with respect to innovation in the private sector and for a coherent and attractive package of incentives for clustering and networking¹⁸.

R&D projects achieved within national programmes exhibit a serious weakness in the exploitability of results. This is partially due to the fact that the projects are not sufficiently market-oriented, but also to a lack of consistent ex-post evaluation and monitoring of research results, which reduces the incentives for researchers to produce high quality, exploitable research outcomes. The intensity of patents, as one of the central indicators of the quality of knowledge production, is at a very low level in Romania, representing only about one percent of the EU average patents registered with both EPO and USPTO. Romania also ranks low among EU countries regarding the number of publications.

The technology-transfer and innovation infrastructure, namely the organisations specialised in the dissemination, transfer and valorisation of R&D results is still in its early development stages. The future development and consolidation of TTI infrastructure by the new specialised programmes might ensure a favourable framework to strengthen the partnership between enterprises, universities and R&D institution.

The focus on R&D mechanisms to stimulate an increase in the quality of human resources and of the research results, on intensification of knowledge transfer through closer relations between academy and industry are an important concern for different government bodies, NGOs and R&D institutes. The new instruments of financing, put in place since 2005 and improved with the new National Research, Development and Innovation Strategy and Plan 2007-2013, allow access of all R&D system actors to public funds, promote multi-annual funding and stimulate collaborative and multidisciplinary research and co-funding from a variety of funding sources.

Despite these good developments, the R&D system is still confronted with serious weaknesses regarding its performance and the governance of research activity. While the public financing system is gradually being transformed into a competitive one, the dynamics of business R&D funding are not positive. The contribution of the business sector to R&D financing has

¹⁸ Sandu S., Zaman Gh, Gheorghiu R, Modoran C (2009): JRC Scientific and technical Reports, ERAWTC H COUNTRY Report 2008, An assessment of research system and policies, ROMANIA, JRC-European Commission, IPTS, EUR 23766EN/2, 2009

decreased starting in 2004 from 0.18 % of GDP to 0.14% in 2006, which is far from reaching the recent Lisbon Agenda target till 2020. The recent R&D and Innovation strategies and policy instruments aim to correct this situation. They include measures focused on stimulating the role of the business sector in R&D by means of fiscal incentives and venture capital for the development of innovative industries¹⁹.

The results of the research performed in universities and laboratories of public scientific research, having a mainly fundamental and investigational nature, make up a research input important for many economic sectors (pharmaceutical, biotechnologies, etc).

Universities generate scientific knowledge, often lacking specific orientation towards a certain type of users, whose value can be considered as directly dependant on the capacity of the potential receivers to evaluate, assimilate and turn them into account. That is why, regardless of the external knowledge source, public or private, scientific or industrial, its absorption and assimilation at the level of the company cannot be achieved without effort, expertise and proactive actions on the part of the researchers within the company.

A series of studies²⁰ have reached the conclusion that companies featuring a high level of absorption capacity have developed more numerous and sustained relations with research institutes than companies having a low absorption capacity. At the same time, their high absorption capacity increases the ability of the company to turn into account new scientific knowledge, of basic nature.

The economic importance of the transfer of research results achieved in public research institutes or universities into the economic sectors represents a topic of special significance, especially under the circumstances of the current economic crisis.

The need for an ever more efficient cooperation between research and industry has made its mark into the consciousness of the governments of the European countries as well as of the United States throughout the ninth decade, being mirrored by the strategies and policies focusing on the diversification and strengthening of these relations that radically altered the theoretical models and enriched the practice from the field of innovation and technological transfer. The multitude of books and articles written on this topic during the latest years reveal that the issue of the relations between research and industry rose in the literature as a major topic²¹.

In the case of knowledge transfer from the research undertaken in universities and research institutes, certain determinants of the receiver's absorption capacity have supplementary: the weight of higher education personnel, of the individuals functioning as an interface between the source of scientific knowledge and the business organization, research– mainly fundamental – having an ongoing, sustained nature, the existing specialized knowledge stock, similar to the ones already absorbed, etc.

¹⁹ Sandu S, Dinges M (2007): Impact of policies and public financing instruments on R&D investments, in Romanian Journal of economics, nr.1/2007, p.47

²⁰ Criscuolo P., Narula R (2002): A novel approach to national technological accumulation and absorptive capacity: Aggregating Cohen and Levinthal., MERIT, 2002; Narula R.(2004): Understanding absorptive capacities in an "innovation systems" context: consequences for economic and employment growth, MERIT – Infonomics Research Memorandum series, cod 2004-00

²¹ Mansfield, E.(1991): Academic research and industrial innovation, in Research Policy, 20, 1–12; Mansfield, E. (1995): Academic research underlying industrial innovations: Sources, characteristics, and financing, in The Review of Economics and Statistics, nr. 77, p 55–65; Mansfield, E.(1998): Academic research and industrial innovation: An update of empirical findings, in Research Policy, nr. 26, p.773–76; Mansfield, E. and Y. Lee (1996): The modern university: Contributor to industrial innovation and recipient of industrial R&D support, in: Research Policy, nr. 25, p 1047–1058; Grossman, J. H., P. P. Reid, and R. P. Morgan (2001): Contributions of academic research to industrial performance in five sectors, in Journal of Technology Transfer nr.26, p. 143–152; F. Narin, and D. L. Deeds (2000): An analysis of the critical role of public science in innovation: the case of biotechnology, in Research Policy, nr.29, p 1–8; Narin, F. and D. Olivastro (1992): Status report: Linkage between technology and scienc, in. Research Policy, nr.21 p.237–249, Henderson R., Jaffe A. and Trajtenberg M (1998) : Universities as a source of commercial technology: a detailed analysis of university patenting, 1956-1998, in Review of Economics and Statistics, nr. 80, p.119-127.

There also arises the need to set up a shared platform of internal and external research in order to foster an efficient transfer of knowledge. This basis for shared scientific knowledge supports researchers in the company to identify and turn into account the results of the research undertaken in universities, allowing at the same time a more efficient communication process between the personnel of the knowledge source and the staff of the receiver.

A company having an high intensity for the fundamental research there will be able to turn into account, innovating, more efficient and promptly, the results of the scientific research from universities or research institutes.

When knowledge is mainly of mutual nature it is of vital importance to achieve direct interaction between the parties in order to establish an optimum transfer of knowledge. The more intense the relations between companies and scientists, researchers from universities and research units, the more capable a company will be to turn into account the results of public research in its innovating activity.

In the specific context of the relation between the public sector and the industry there can be noticed the need for the creation of certain support institutions – structures that would facilitate the link between knowledge creators and receivers, maintaining the absorption effort at the level of the company. In this respect, numerous authors have underlined the importance of clusters, of technological platforms, of transfer networks, of partnerships between universities and public research units, on the one hand and potential users, business organizations, on the other hand.

The literature in the field comes up with the notion of *connectivity*, arguing that it is the most important ingredient in the making up of the absorption capacity. Internal research and development also constitutes a mechanism that can stimulate connectivity and can also generate the absorption capacity.

The authors identify three additional mechanisms for the stimulation of the connectivity as follows: the nurturing of relations between companies and universities by means of research sponsorship, cooperation with colleges and graduates recruitment; research consortiums participation; teaming up with other companies that work on complementary research.

On the background of efforts on the part of developed countries governments with a view to improve fundamental research after 1990, the relations between the industry and the research organizations intensified, acquiring new characteristics, both theoretically and practically.

The new concepts of "strategic research" or "mission oriented" or "applied oriented" were considered as much more relevant for the description of nature transformation that occurred in the approach of the issue of innovation, where the borderline between fundamental and applied research is getting more and more blurred while basic research is preferred stimulated in those fields that have an applicability potential based on new principles or discoveries.

At present in Europe there are approximately 1,400 technological transfer units²². These started out as « industrial relations units » that would encourage the trading of research results. In time, many of these developed authorized personnel and services for the evaluation of inventions, patenting, licensing, and the spin-off and start-up development and financing, but also for an active approach of companies with a view to contracting based on arrangements. Based on a legislation of the Bayh-Dole type, implemented in many countries, universities were called to practice a policy of industrial property rights based on patenting and licensing, which led to the growth of the number of technological transfer offices.

The direct transfer of knowledge from higher education and research into the industry can be practically achieved in various ways, depending on a series of factors, among which the most important are the degree of transferability of the research results and the capacity of the industrial

²² Hermans J and Castiaux A (2007) "Knowledge Creation through University-Industry Collaborative Research Projects" in The Electronic Journal of Knowledge Management Volume 5 Issue 1, pp 43 - 54, available online at www.ejkm.com

unit to absorb or use the new technologies.

It is generally considered that there are four **possible knowledge transfer methods** :

- a) The direct transfer of the knowledge and technologies towards existing companies;
- b) The offering by researchers of certain specialized services based on the know-how generated in the academic environment. These sometimes lead to the appearance of small companies that often (but not necessarily) live in symbiosis with universities;
- c) "Spin offs, namely companies that spin off from an institute and have a well-defined market profile as well as a good start-up potential. Some of these need an incubation period within the university;
- d) "Proto-companies", that are, generally, of high technological intensity, but which have got insufficient knowledge regarding marketing, production or management.

Universities could develop R&D strategies that would transform the above-mentioned centers in "excellency centers" on certain technology fields. Scientific parks can also constitute natural environments for many R&D and educational activities and they can be transformed into strategic instruments of universities for the increase of the degree of technological concentration of the area where they are placed.

The major benefits ensured by the incubators, technological transfer centers or industrial relations units, that would be difficult to obtain under different circumstances, especially by the new spin-off and start-up companies, are the following²³:

- a) Increasing of credibility;
- b) Shortening of the training period;
- c) Quicker solving of technological, organizational and financial problems;
- d) Ensuring the access to an entrepreneurial network.

In many countries where there has been conducted a serious policy of development of all means of mediating the relations between research and industry, they proved to be viable sustaining mechanisms, by means of various methods, both of new companies, and of the ones already existing. That is why, it is considered that these relations offer an alternative of economic development stimulation by means of the implementation of new products and technologies generated by the research and development activity and of the encouraging of the entrepreneurial initiative that lies at the basis of the creation and development of small and medium innovating enterprises.

In Romania, at the beginning of the 90's, there have been adopted some models from developed European countries, that functioned well in these countries. In Romania, due to a improper conjecture and bad management they stopped functioning one by one, only surviving those that featured intelligent management, able to adapt to the specific local circumstances.

There is currently a concern of the National Agency for Scientific Research to intensify the links between the research institutes and the industry, links that are more and more difficult to establish under the circumstances of the current economic crisis. It ought to be taken into consideration that, also during crisis situations, countries like Netherlands, Germany, France, witnessed an economic revigoration of those regions where the scientific research results were transferred onto spin- offs. Naturally, a vital condition for successful steps in this direction is for scientific research to meet the needs of business organizations.

3. Conclusions

In this paper we provide an expert assessment of the convergence between the R&D challenges of Lisbon Agenda 2010 and polices and instruments in place in Romania, analyzing

²³ Sandu S (2002): Transferul de cunostinte si tehnologie de la cercetare la industrie(The transfer of knowledge and technology from research to industry , in the book : Inovare, competenta tehnologica si crestere economica (Innovation, technological competence and economic growth), Editura Expert, Bucuresti, p.168

how the research system fulfils its fundamental role to create and develop excellent and useful scientific and technological knowledge.

A response to economic and social demand has to balance two main challenges. On the one hand, ensuring knowledge quality and excellence as the basis for scientific and technological advance, requires considerable prior knowledge accumulation and specialisation as well as openness to new scientific opportunities, which often emerge at the frontiers of scientific disciplines. Quality assurance processes are mainly the task of scientific researchers due to the expertise required, but it is also the subject of institutional rigidities.

On the other hand there is a high interest in producing new knowledge, which is useful for economic and other problem solving purposes. The low R&D financing in the last two years, lack of incentives for scientific actors to link their research to economic and societal demands, lead to a corresponding weak exploitability challenge.

If "improving scientific research is part of the crisis's solutions"- as recently the minister of Education, Research, Youth and Sport stated, than a deep analysis of the strengths and weaknesses of Romanian R&D system is a basic point for the future architecture of the R&D system. Despite the good developments, the R&D system is still confronted with serious weaknesses regarding its performance and the governance of research activity.

A first conclusion of the paper is that the policy makers did not manage well in order to transform the crisis into an opportunity for the R&D. Instead of increasing the investment in this field, as a solution for crisis recovery, in Romania, after an increasing of the public RD expenditures starting with 2005, the share of RD in GDP is in a sharp decreasing since the last year. If this trend will continue, many of strategic objectives derived from the Lisbon Agenda 2020 should be compromised.

The medium and long-term impact of research scarce financing would deepen the economic crisis, as well as narrowing of the solutions for it's solving. The deliberate reduction of the competences level in the economy by marginalizing scientific activities is hostile to any feasible strategy of economic recovery.

Contrary to the best practice of developed European countries and of experts opinions, in Romania, due to specificity of R&D system, still past dependent, the public financing has not an effect of complement the private funding but an effect of their substitution. Consequently, starting with 2003 there is a decreasing trend of private R&D financing. While the public financing system is gradually being transformed into a competitive one, the dynamics of business R&D funding are not positive. The contribution of the business sector to R&D financing has decreased starting with 2004 from 0.18 % of GDP to 0.13% in 2008, which is far from reaching the Agenda Lisabona 2020.

The recent R&D and Innovation strategies and policy instruments aim to correct this situation by including measures focused on stimulating the role of the business sector in R&D by means of fiscal incentives and venture capital for the development of innovative industries. Unfortunately, the effects are still less visible than expectations.

There also a need for avoiding the future waste of funds allotted to research by rethinking the manner of evaluation of the granting projects, by selection those that respond to economic and social priorities, imposing certain minimal quantitative and qualitative indicators of international relevance for the project managers, improving the project management system and to handle more transparently the public money allotted to research activity.

A critical problem for Romania is still weak cooperation between the different types of research institutes and the industry. Public instruments seem insufficient to enhance the collaboration between the researchers from universities, research institutes and industry, on one hand and between researchers and users of output, on the other hand. At present, the main cooperation framework between research and the productive sector consists of the national RDI programmes and direct orders (RDI procurement). The legal framework and the financial

instruments to stimulate research activity and the application of research results in the economy (i.e. risk capital funds for high-tech start-ups, and spin-offs, tax incentives to foster innovation activities in enterprises) are weak.

There is a strong need for a friendly environment (legal, institutional) with respect to innovation in the private sector and for a coherent and attractive package of incentives for clustering and networking.

R&D projects realised within national programmes exhibit a serious weakness in the exploitability of results. This is partially due to the fact that the projects are not sufficiently market-oriented, but also to a lack of consistent ex-post evaluation and monitoring of research results, which reduces the incentives for researchers to produce high quality, exploitable research outcomes.

The intensity of patents, as one of the central indicators of the quality of knowledge production, is at a very low level in Romania, representing only about one percent of the EU average patents registered with both EPO and USPTO.

The technology-transfer and innovation infrastructure, namely the organisations specialised in the dissemination, transfer and valorisation of R&D results is still in its early development stages. The future development and consolidation of TTI infrastructure by the new specialised programmes might ensure a favourable framework to strengthen the partnership between enterprises, universities and R&D institutions. The strengthening of the absorption capacity of the firms depends both, of the macro and micro economic factors. The quality of research production and its relevance for the firms is important but the firm decision is crucial in transferring research results to the industry.

Romania could more easily surpass the economic crisis if the R&D system should have adequate programs and funds for stimulating that scientific research projects able to offer innovating technologies and products, which would meet the market requirements.

References

1. European Commission (2010) : *SEC(2010) 114 final*, , Lisbon Strategy evaluation document, *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT*, Brussels, 2.2.2010
2. Robert Heilbroner (2000) : *The Worldly Philosophers* :The Lives, Times and Ideas of the Great Economic Thinkers, Penguin
3. Roger Smith (2009) : “R&D in the Financial Crisis”, in *Research Technology Management*, May-June
4. European Commission (2009): 1073 final, Subject: State aid No N 65/2009 – Germany, Temporary budget increase and extension of the R&D&I-scheme
5. Sami Mashrom (2008): “Innovate out of the economic downturn”, *Business Time*, 30 December
6. INSEE(2006): *Romanian Statistical Yearbook 2006*
7. European Commission (2005): *Trend Chart, Innovation Policy in Europe, European Trend Chart on Innovation, European Innovation Scoreboard 2005, Comparative Analysis of Innovation Performance*, p10.
8. ProInnoEurope (2009): *INNOMETRICS, European Innovation Scoreboard 2008. Comparative Analysis of Innovation performance, January 2009*,p.58.
9. Steliana Sandu, Cristian Paun (2008), “The Evaluation of the Possibilities to Recuperate the Discrepancies between Romania and the EU in the R&D&I Field, Working Papers Series, no.19/ 2008,The Romanian Academy
10. World Economic Forum (2005): *The Global Competitiveness Report 2004-2005, Executive Summary*, pdf. Version, p.18.

11. World Economic Forum (2009): The Global Competitiveness Report 2009-2010, p267
12. European Commission (2002): Responsible Science at the heart of policy making” in: Science and Society. Action Plan, Brussels, p.21;
13. European Commission (2007): Ethics for researchers, Facilitates research excellence in FP7, p.5
14. Michael C.Loui (2009): “Ethics and Social Responsibility for Scientists and Engineers” in Friday Forum, University YMCA, Illinois, February
15. Steliana Sandu S., Gheorghe Zaman, Radu Gheorghiu, Cristina Modoran (2009): JRC Scientific and technical Reports, ERAWTCH Country Report 2008, An assessment of research system and policies, ROMANIA, JRC-European Commission, IPTS, EUR 23766EN/2, 2009
16. Steliana Sandu, Michael Dinges (2007): Impact of policies and public financing instruments on R&D investments, in Romanian Journal of economics, nr.1/2007, p.47
17. Paola Criscuolo, Rajneesh Narula (2002): A novel approach to national technological accumulation and absorptive capacity: Aggregating Cohen and Levinthal, MERIT, 2002;
18. Rajneesh Narula (2004): Understanding absorptive capacities in an “innovation systems” context: consequences for economic and employment growth, MERIT – Infonomics Research Memorandum series, cod 2004-00
19. Julie Hermans, Annick Castiaux (2007) “Knowledge Creation through University-Industry Collaborative Research Projects” in The Electronic Journal of Knowledge Management Volume 5 Issue 1, pp 43 - 54, available online at www.ejkm.com
20. Steliana Sandu (2002): Transferul de cunostinte si tehnologie de la cercetare la industrie(The transfer of knowledge and technology from research to industry) in the book : Inovare, competenta tehnologica si crestere economica (Innovation, technological competence and economic growth), Editura Expert, Bucuresti, p.168

PRICING STRATEGY IN THE CONTEMPORARY MARKET ECONOMY

MAGDALENA PLATIS*
ELEONORA GABRIELA BABAN**

Abstract

In the contemporary market economy organizations must develop and implement a pricing strategy to achieve their objectives. If in the past organizations acted in stable conditions of competition, today they are forced to restructure their pricing strategies, and not only in conjunction with dynamic manifestations of competitive economic environment. The management of companies always had an empirical component, but in time, scientific management has demonstrated its usefulness. The more so in the contemporary economy, where change is a visible variable at both legislative and economic, social, informational needs, appropriate strategy management becomes critical for the strategy. In these circumstances the price as a strategic tool appears as a variable for organizational success or failure, and its determination become a complex process. This study has a principal goal which is marking the principal aspects regarding the price strategy, which has an importance in the well function of the company's management. The essential objectives of the study are: 1). explaining the importance of the pricing, as an essential element of the marketing mix in the contemporary context; 2). presenting the main factors which influence the price decision; 3). identification of the elements that stands up in making the price strategy; 4). the strategy analysis of price determination.

Keywords: *strategy, price, competition, pricing, marketing mix*

Introduction. Importance of using effective pricing strategy

The elements presented in this paper, highlights the importance in a firm for conceiving and implementing a price strategy.

A fair price strategy correctly used, can bring the desired benefits, and the profit that any organization wants.

Is essential to identify the key factors that influencing the price decision. These factors are summarized in this paper. Being significant items of the price strategy, the cost calculation and the price calculation accurately summarizes how product price is made for the final customer.

The prices in the Romanian economy are experiencing dynamic development marked by changes in legislation, marked by direct links to the phenomenon of price and indirect links relating to production activities.

The price interacts with a variety of economic variables in the process of determining the price, the most visible link is the relationship between the price and the consumer production processes; the relationship between prices and performance indicators of national economy; the relationship between the price and the gain dynamics, but also the dynamics of consumption.

The price dynamics is oriented by the producers behaviour (producers theory) and also by the consumer behavior (consumer theory).

Today, consumer's attention is focused towards a wide range of products and they are directly influenced by the products price. Price determination is a dynamic process and each organization must take decisions regarding the pricing strategy. A strategy is a plan which an organization is required to use, to successfully realize its targets. Pricing strategy is actually a reference to the attitude that organizations must adopt. The certain criteria that a company must

* Professor, Ph.D., Faculty of Business and Administration, University of Bucharest (e-mail: magdalena.iordache-platis@drept.unibuc.ro).

** Assistant, Faculty of Business and Administration, University of Bucharest (e-mail: baban.eleonora@yahoo.com).

take into account, is to guide the long term activities that should be determined from the beginning. Using a pricing strategy organizations try to anticipate the action of the factors and determining the price level in accordance with these actions. Using a pricing strategy, organizations are trying to anticipate the actions of the factors and also determine the price level in accordance with those actions.

For example, the demand for a good that consumers are willing to buy depends on its price. But this rule is not applying when appears a consumer brand, because then the consumer buys the product and the base on his buying behavior is a high brand loyalty and so, information processing of the price is lower.¹ The price is closely correlated with its psychological implications and therefore the trader embraces tactics to sustain these psychological implications on the price. Strategy and tactics are two distinct concepts. Pricing strategies are successful strategies when organizations are focused on market opportunities and business environment. So, the organization can easily obtain competitive advantage after it assesses the potential risks, weaknesses and strengths. Pricing strategy is a successful strategy if the organization has achieved the desired performance. Pricing strategy is a tool used by organizations in order to successfully archive their targets. An entrepreneur must have leadership skills, must be clever to successfully implement a pricing strategy.

The conceiving of the price strategy is the core of the marketing plan and its implementation result in generating the activities that are creating the income. An enterprise may use different non-price strategy without ignoring the importance of its implementation.²

Relevant theoretical aspects of the marketing mix

The price is a market instrument, it has a complex type and is the result of the confrontation economic interests of consumers and producers.

As Didier Michel says in his study "Economy". The game rules, "the sale price of each item, therefore, arise from a compromise between two conflicting risks: first, the risk of losing customers if the price gets to high, secondly, the risk of compromising the profit if the price drops to much".³

In the literature review, there are several theories of price, but the most disputed theorys are the objective theory and subjective theory.

The price can be defined as, "the amount of money (the sum of money) which is transferred from the buyer to the seller in exchange for goods or services." ⁴In other words, we can say that the price expresses the value of the goods that the consumer is willing to pay to the seller or is the amount of money paid for the asset.

According to the objective theory, the price expresses the workload targets for product built (production cost), and according to the subjective theory, the price expresses the good's utility and the consumer's satisfaction.

In contemporary perspective, the price means information, other wise it express "something" given by added value and by the possible limits of the market. „In a world where money is "information" and information "coined", the consumer pays twice for every purchase: first money, and a second, providing information that is worth money." ⁵

The marketing mix, a fundamental concept of the modern theory in marketing, is presented like "a mix of tactical and controllable tools of marketing, which the firm combines with propose of bring on the market the reaction wished."⁶With a background of a couple of years, the

¹ Diana Maria Vrânceanu, „Politici de preț”.

² Rodica A. Boier, „ Inovare și succes. Strategii de marketing pentru produse noi”.

³ Michel Didier, „Economia. Regulile jocului”, Editura Humanitas, București, 1994, p. 230.

⁴ Gheorghe Crețoiu, Viorel Cornescu, Ion Bucur, „Economie. Ediția a II- a, revăzută, adăugită și actualizată”, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 175

⁵ Alvin Toffler, „Puterea în mișcare”, Editura Antet, București, 1995, p. 105.

⁶ Philip Kotler, „Principiile marketingului”, Editura Teora, București, 1998, p.134-135.

marketing mix is the most valuable instrument of marketing. The correct understanding of this concept requires the anticipated understanding of the action mechanism expected in the company. In the most practical form, first expressed by Neil Borden in 1964 and restated by Mc Carthy in 1965, the mix involves a combination of four elements, "pillars of marketing" primary target for achieving the goals of all economic agents: product, price, promotion and distribution.

The price in the marketing mix is an economical variable with an effect that can't be immediately anticipated, because the price is a flexible component which holds an intermediary position on the market, not such as endogenous or exogenous.

In the literature review, the price is presented as being the only variable's marketing mix that generates revenue, the other variables are generating only costs. The tool of profitability, price plays a decisive role in economic life, influencing as much as producers of economic goods and the consumers. Consumers are trying to satisfy their needs only buying a variety of products.

Philip Kotler classifies factors which are affecting pricing decisions in a firm in: internal factors and external factors.

The internal factors affecting pricing decision are: the organization's marketing targets, pricing strategy, cost, and organization's management.⁷

Figure number 1: Internal factors that influence the price decision



When a company defines clearly and rigorously its main and secondary targets it can easily determine the price. The current marketing targets are those targets in the view of entrepreneurs, who aim to maximize profits and market share, and to produce goods that have a high quality from the goods produced by the competition. Of course, once established the marketing targets, is needed an action plan for their implementation. And now, the manager should be able to fully combine and use the opportunities offered by the price, be a leader to harness the opportunities of business, namely to have an action plan, and here comes the strategy of marketing as an effective means of achieving objectives.

Using marketing costs, allows mainly the strict determination of the sensitivity of the quantity produced or sold by the traders.

⁷ Philip Kotler, „Principiile Marketingului”, capitolul 15.

The cost is therefore the cornerstone of any economic price that is required to sell a product. In generally, a company wants to set a price to cover both the costs of production, distribution and sale, and to generate a gain on the extent of effort and risk undertaken. This causes the following categories of costs: total cost, which consists of total fixed cost and total variable cost, average cost, which in his turn is composed of average fixed cost and average variable cost. It is very important for a manager to determine a fair price, to know how costs vary for different levels of production.

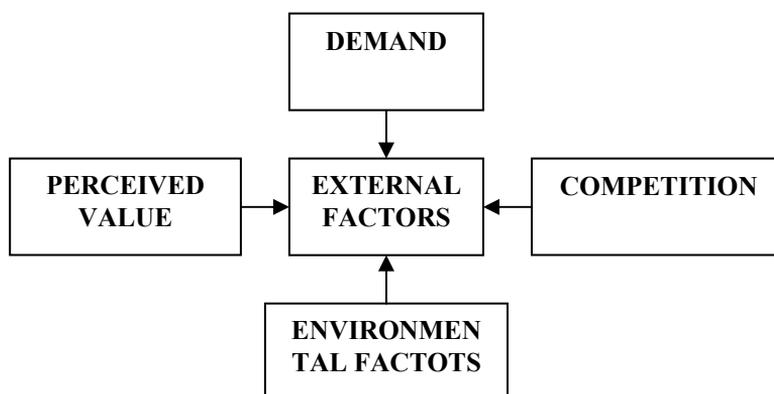
Any economic activity involves resources and therefore, an opportunity cost. Any cost of production is an opportunity cost, which may be expressed not only in real terms but also in monetary terms (value of work to be waived).

The cost in monetary terms is the sum of: effort, resources, time, risks assumed, the work required for the production and distribution of goods or a service.

The production cost is reflected in the price of a product price that is determined by the sum of resource costs that contributed to its manufacture. The process of price determination is oriented by the leadership of an organization, which is decided which are the main targets and what pricing should be adopted by receiving information from managers in place below.

External factors affecting pricing decision are: demand, competition, perceived value and price to the final consumer, short term environmental factors (political factors, economical factors, and cultural factors).⁸

Figure number 2: External factors that influence the price decision



The application is an economic variable whose dynamics can not be predicted accurately. The relationship between demand and price effect is a causal relationship which must be known by the entrepreneurs before setting the price of a product. The demand is the amount of good that consumers are willing to buy at a certain time. If the product price is higher, the fewer consumers want to buy, and if the product price is lower, the consumers are concerned to acquire that product faster. The product price is providing different information about the product. The way in which the information is interpreted depends significantly on how consumers perceive this information.

When a product has a lower price, consumers have certain doubts about its quality.

But a leading product with a high price has the same meaning for the consumer, because it is associated with the product brand image.

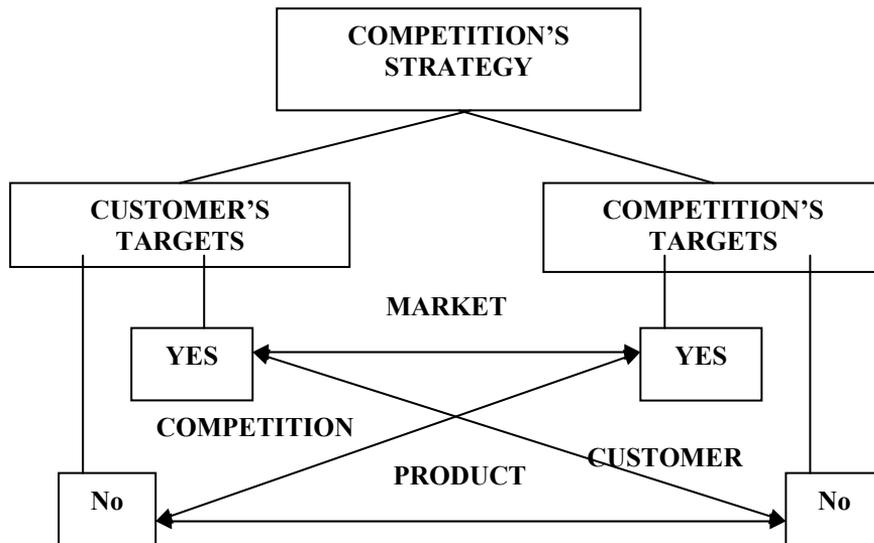
Thus, we can say that the perception of price and value depends on external factors (brand, price, packaging), but also related to internal factors (personality, consumer motivation).⁹

⁸ vezi Philip Kotler, „Principiile Marketingului”, capitolul 15.

⁹ Diana Maria Vrânceanu, „Politici de preț”, Editura Uranus, București, 2006, p. 105-106.

There are several competitive strategies, grouped in targeted competition's strategies and targeted customer's strategies.

Figure number 3: Competition's strategies



Targeting the competition can lead to: lower price, cost reduction, supply development, product promotion spending increased. The customer targeting can lead to significant price reductions in developing after-sales activities.

The consumer assessment is based on the following items: the degree of novelty, unique character, complementary relationship with other products, and the relationship of substitutability, product availability in time, space and flexibility of economic interests of the manufacturer.

The competition, namely prices and offerings of competitors, is affecting the prices of similar products of an enterprise. When determining the price of a product similar to the competition, the company's price strategy must take account of the price competition, because setting a high price compared to competitors, could attract customers who are choosing to purchase that product from the competition, because the product is offered at a lower price. At the same time, it can not be set a very low price, because it would be unethical and that process could lead to an exit from the market competition. Thus, not only, remains the setting of a price close to the price of competitors products, allowing the consumers to find the product wished, selected by their own criteria (brand image, quality product able to satisfy customer's desires).

In the pricing setting are involved a series of economic factors (economic crisis or period of expansion, the inflation rate), and also, state intervention in the economy can influence price decisions.

Pricing strategy must go through certain stages (Annex 1, Figure number 1):

- 1). Presenting the main targets of price;
- 2). Identify the strengths and weaknesses of the organization;
- 3). What is the position of the competition: evaluation of opportunities and threats;
- 4). A rigorous analysis of marketing: the marketing mix influences and price policy;
- 5). Attract the necessary resources;
- 6). Final pricing.

The price objectives must be clearly set and then must be found the effective price strategy. The targets of the price that any company wants to achieve, are: objectives aimed at survival,

maximize revenue, maximize profits, maximize sales volume, bringing the benefits of market, identifying specific criteria for determining the price.

To highlight the conditions on which a strategy of price and may have to adapt, are the three dimensions of price: a).high prices, which generates the following strategies: skimming pricing strategy (the firm seeks the strategy of realizing the market's objectives), premium prices (creating and sustaining an exceptional product); advantage prices (to ensure a profit); b).average prices that generates the following strategies: imitation prices - requires imitative adaptation; differential prices requires vary needs adjustment; c).resulting lower prices following the strategies: umbrella prices are price protective; penetration prices, prices of market penetration, which expresses the price of products entering the market quickly; psychological prices, expressing prices ending in figures 7,8,9.

The strategy used by a firm should take account of the life cycle of the product. Thus if the product is new on the market it can be used the price skimming strategy or price penetration strategy. The diversity and sustainability of the price are two essential conditions to be expected when setting the price strategy.

The price diversity is analyzed in conjunction with product mix, identifying the following three situations:

- a). The price system coincides with the system type;
- b). The price system is superior to the system type;
- c). The price system is lower to the system prices items.

Given the price sustainability, namely the ability of firms to strengthen their strategic orientation and to maintain prices, price changes can take place after the criteria time or proportion, or both as follows: price changes from time to time (depending on the competition side); changes in rate (lower or higher) required for the initiation of a mutations in a competitive firm. Identifying a price strategy is made by choosing a strategic orientation (variants) according to the following criteria: level, diversity, sustainability.

Significant elements of the pricing strategy. Price calculation. Cost calculation.

Nowadays there is fierce competition among firms, therefore the entrepreneur has been forced to establish strict price strategy of products. If gains from sales of products in a given period are greater than costs made by the firm, we can say that the company is generating profit and thus it will remain a long time on the market.

Therefore determination of products price offered on the market that cost calculation, highlights specifically goods and services whose sale generates profit.

Knowledge and application of cost calculation within an enterprise provides an overview of a business.

Knowing a business cost structure in a firm, highlights ways of managing a business, because their knowledge is a strength for any enterprise in which it carries on the business.

At the level of an organization price calculation and cost calculation are essential elements of pricing strategy. Company B is a limited liability company which is selling various furniture products and activates appropriate to the Romanian commercial law. Company A is a furniture manufacturing company and also being one of the representatives providers of the Company B. From the Company's production report to present the price calculation are selected two of the products which were bought by company B and sold to the final customer: kitchen X and kitchen Y.

Price calculation

General case:

Cash price to the final customer = Price without VAT (Provider price without VAT) + Addition (set by merchandiser) + VAT (value added tax: 1, 19 or 19%).

Example

Company B buys from the Company A, kitchen Y with the cash price of 1805,72 Ron and sells to the final customer with the price of 2686 Ron ($1805,72 \text{ Ron} * 1,25 * 1,19 = 2686 \text{ Ron}$) (25% is Company's B addition).

Price Product (with VAT) to the final customer = VAT + addition seller + addition producer + production price without VAT

Cost calculation

Production cost analysis of the company A:

Cost to the beneficiary (without VAT) = Production Price (without VAT) * Addition + 1379,58 Ron $* 1,309 = 1805,87 \text{ Ron}$.

Product price when Company invoiced to the company B is: $1805,87 \text{ Ron} + 343,12 \text{ (VAT value)} = 2148,99 \text{ Ron}$.

Company's B price product to the final customer is: $2148,99 \text{ Ron} * 1,25 = 2686 \text{ Ron}$

Pricing strategy-utility and efficacy in the competitive contemporary context

Pricing strategy is a set of guidelines that defines the behavior of firms in the process of price formation and maintenance and also in the substantiation cost process and should follow an economic construction which necessary means targeting profit.¹⁰ In the literature review are highlighted five ways of defining the strategy namely: action plan, stratagem, model behavior, position, expectation. Strategic direction of prices is subordinate to the competitive advantage. Competitive advantage expresses the ability of an organization to impose a market position by charging a lower production cost, manufacturing and selling various products and with a superior quality compared to competing products.¹¹ Pricing strategy used by organizations can become a successful strategy. Success is conditioned by the ability of a manager to be a winner and to success in business. Success strategy is based on four fundamental concepts: concept of potential – defines the profile and the personality of a manager; concept of process – which identifies ways of action for achieving the objectives; product concept – which identifies the distance between the objectives and the performance of a firm; concept of context – that identifies all the components of the business environment. Successful development strategy requires knowledge of the manager's personality and also requires the influence of the business environment.

A firm is efficient if it implements correctly the price strategy. The quality of the price strategy is very important for any entrepreneur. The successful strategy is to exploit the competitive advantages while minimizing the risks that threaten an enterprise.

The pricing strategy adopted by the firm must be a flexible strategy, realistically conceived, comprehensive thus, by applying it to obtain the desired performance. The entrepreneurs must meet the customers needs through out the goods and services produced, and for this strategy is required an enhancing and a continuous adaptation to customer needs.

The leadership role in an organization is essential in determination of a correct strategy, because its implementation is in close correlation to how a company is organized.

A key role is played by a good development of the leaders with professional skills which will choose a certain strategy. The leaders are calling for action, the managers are taking decisions and stimulating people and moving their efforts towards implementing a rigorous pricing strategies.

The leaders and managers must make a system work in sustainable competitive advantage. "The competitive advantage is the result of a hole system of values (...) The whole system of individual activities or competitive abilities, skills or resources can not be associated separate by the system or strategy".¹²

¹⁰ Vasile Anton, „Marketing interorganizațional”.

¹¹ Michael E. Porter, „Despre concurență”.

¹² Michael E. Porter, „Despre concurență”, Editura Meteor Press, București, 2008, p. 61

By implementing a successful strategy the firm seeks to mobilize the material and financial resources to successfully execute their objectives. To achieve performance, a company must formulate a set of objective which must express the efficiency of using the resources in its work. To achieve its targets the firm must ¹³: identify products to which the company concentrates its efforts; seek competitive advantage, as it provides a strong competitive position; pursue growth vector that is pointing towards the development of the organization.

Conclusions

In terms of social and economic dynamics, the marketing environment with great risks can lead to the desired performance of the entrepreneurs.

To realize its targets a company must choose the right strategy price. A price strategy well applied can ensure a favorable position for the firm on the business market.

The competition today is fierce, and organizations are seeking to maintain their position on the market, or even using different ways to enhance the action.

The strategy is focuses on the means to be used by a company, for operating the activity that will generate the desired gain.

The company will be able to apply the correct strategy for achieving lasting strategic advantage against competitors. Attracting a large number of customers and keeping them is the aim of any company that wishes to obtain a business success.

Finding an effective pricing strategy, organizations can realize that their price targets, gets a large market share and profitability increases. Strategic orientation of a process involving manufactures behavior and also the consumer behavior. Consumer's attitude towards the products, namely the frequency of buying a product, is influencing the calculation of future prices. To succeed in business, organizations must exploit all the information on price, must research the market, and also must improve the financial and informational resources. Orientation after the competition is a key element which influences the pricing process. Strategies that rely on price competition targeting rests on the answers to these questions:

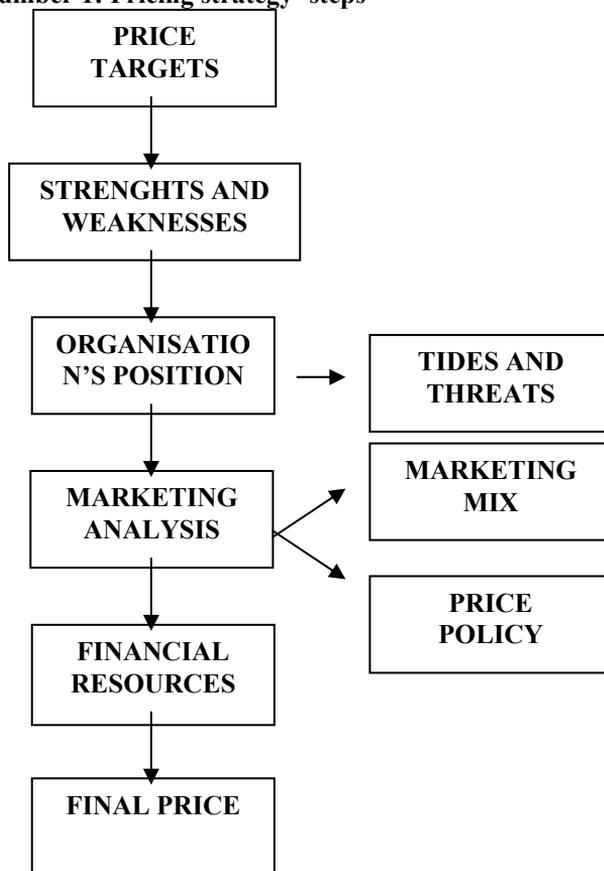
- 1). If the price increases, what will do the competitors?
- 2). What is happening with the offered quantity?
- 3). Initiation of a price movement is necessary?
- 4). To what extent the price dynamics contributes to increased profits?
- 5). To what extent the price supports the dynamic business objectives?
- 6). Production cost can be recalculated if the price drops?

In time, using effective pricing strategy organizations have developed and maintained both in times of expansion, economic boom or recession. For this reason, using effective pricing strategy organizations can development over a long period of time. If the strategy is ethical and loyal an organization gets better results.

¹³ Mihai Diaconescu, „Marketing”, Editura Universitară, București, 2005, p. 66

Annex 1

Figure number 1: Pricing strategy- steps



References

N: Vasile Anton, *Marketing interorganizațional* (București: Editura Expert, 2006), 91.

B: Anton, Vasile. *Marketing interorganizațional*. București: Editura Expert, 2006.

T: (Anton 2006, 91)

R: Anton, Vasile. 2006. *Marketing interorganizațional*. București: Editura Expert.

N: Rodica A. Boier, *Inovare și succes. Strategii de marketing pentru produse noi* (Iași: Editura Libris, 1997), 53.

B: Boier, Rodica A. *Inovare și succes. Strategii de marketing pentru produse noi*. Iași: Editura Libris, 1997.

T: (Boier 1997, 53)

R: Boier, A. Rodica. 1997. *Inovare și succes. Strategii de marketing pentru produse noi*. Iași: Editura Libris

N: Manfred Bruhn, *Marketing* (București: Editura Economică, 1999), 56-57.

B: Bruhn, Manfred. *Marketing*. București: Editura Economică, 1999.

T: (Manfred 1999, 56-57)

R: Bruhn, Manfred. 1999. *Marketing*. București: Editura Economică.

N: Gheorghe Crețoiu, *Economie. Ediția a II-a, revăzută, adăugită și actualizată* (București: Editura C.H. Beck, 2008), 175.

B: Gheorghe Crețoiu, Viorel Cornescu, Ion Bucur. *Economie. Ediția a II-a, revăzută, adăugită și actualizată*. București: Editura C.H. Beck, 2008.

T: (Gheorghe Crețoiu. 2008, 175)

R: Gheorghe Crețoiu, Viorel Cornescu, Ion Bucur. 2008. *Economie. Ediția a II-a, revăzută, adăugită și actualizată*. București: Editura C.H. Beck.

N: Mihai Diaconescu, *Marketing* (București: Editura Universitară, 2005), 62-66.

B: Diaconescu, Mihai. *Marketing*. București: Editura Universitară, 2005.

T: (Diaconescu 2005, 62-66)

R: Diaconescu, Mihai. 2005. *Marketing*. București: Editura Universitară.

N: Michel Didier, *Economia. Regulile jocului* (București: Editura Humanitas, 1994), 230.

B: Didier, Michel. *Economia. Regulile jocului*. București.: Editura Humanitas, 1994.

T: (Didier 1994, 230)

R: Didier, Michel. 1994. *Economia. Regulile jocului*. București.: Editura Humanitas.

N: Magdalena Platis, *Prețul și formarea lui* (București: Editura Economică, 1997), 9-10.

B: Platis, Magdalena. *Prețul și formarea lui*. București: Editura Economică, 1997.

T: (Platis 1997, 9-10)

R: Platis, Magdalena. 1997. *Prețul și formarea lui*. București: Editura Economică.

N: Ion Popa, *Management strategic* (București: Editura Economică, 2004), 23-26, 35-37.

B: Popa, Ion. *Management strategic*. București: Editura Economică, 2004.

T: (Popa 2004, 23-26, 35-37)

R: Popa, Ion. 2004. *Management strategic*. București: Editura Economică.

N: Michael Porter, *Despre concurență* (București: Editura Meteor Press, 2008), 61-63.

B: Porter, Michael. *Despre concurență*. București: Editura Meteor Press, 2008.

T: (Porter 2008, 61-63)

R: Porter, Michael. 2008. *Despre concurență*. București: Editura Meteor Press.

N: Alvin Toffler, *Puterea în mișcare* (București: Editura Antet, 1995), 105.

B: Toffler, Alvin. *Puterea în mișcare*. București: Editura Antet, 1995.

T: (Toffler 1995, 105)

R: Toffler, Alvin. 1995. *Puterea în mișcare*. București: Editura Antet.

N: Maria Diana Vrânceanu, *Politici de preț* (București: Editura Uranus, 2006), 105-106.

B: Vrânceanu, Diana Maria. *Politici de preț*. București: Editura Uranus, 2006.

T: (Vrânceanu 2006, 105-106)

R: Vrânceanu, Diana Maria. 2006. *Politici de preț*. București: Editura Uranus.

N: Philip Kotler, *Principiile Marketingului (ediție europeană)* (București: Editura Teora, 1998), 134-135, 734, 743.

B: Kotler, Philip, Gary Armstrong, John Saunders, and Veronica Wong. *Principiile Marketingului (ediție europeană)* . București: Editura Teora, 1998.

T:(Kotler 1998, 134-135, 734, 743)

R: Kotler, Philip, Gary Armstrong, John Saunders, and Veronica Wong. 1998. *Principiile Marketingului (ediție europeană)*. București: Editura Teora.

N: Philip Kotler, *Managementul Marketingului*, (București: Editura Teora, 1998), 616-617, 626-627, 637-650.

B: Kotler, Philip. *Managementul Marketingului*. București: Editura Teora, 1998.

T: (Kotler 1998, 616-617, 626-627, 637-650)

R: Kotler, Philip. 1998. *Managementul Marketingului*. București: Editura Teora.

THE ROLE OF RESERVE CURRENCIES IN THE WORLD ECONOMY

Andrada BUSUIOC*
Cristian Radu BIRĂU**

Abstract

The paper addresses the issue of states' influence on the world economy through international reserves and especially through the foreign exchange reserves. The states can play a key role on the stage of the global economy not only through commercial exchanges, but also through the assets that the central banks hold in reserve currencies, gold and special drawing rights. Another form of states' influence on the financial markets, through the financial assets they hold is represented by the sovereign wealth funds. The paper argues that certain states, which hold important amount of financial assets, have the economic power to determine trends and movements both in the financial and the real economy. An important factor in states' influence is the international reserves' structure, i.e. the percentage of each currency in all reserves. Thus, the paper tests the hypothesis of the correlation between the financial and real economy's movements and changes (announced, intended or realized) in international reserves' structure of certain countries. For many states, the international reserves they hold no longer play just the protective role of covering the import bills for a certain period of time, but also strengthen their power in the international market. Therefore, the largest exporters of the world are not necessarily the same states that set the trends on the financial market or in the real economy at certain points in time. An analysis over the evolution of the reserve currencies (mostly dollars, but also yen or euro) show that fluctuations appear when states decide upon different changes in their international reserves structure, such as changes in the percentage held by each currency. The power these states hold through their currency reserves have such importance that simple declarations of officials are enough to move the market.

Keywords: *reserve currency, economic crisis, foreign debt, dollar, yuan, yen, euro*

Introduction

In recent years, due to the rapid growth of the emerging markets, especially in Asia, there has been a significant accumulation of foreign exchange reserves. At the end of 2005 the stock of international reserves was 4.25 trillion dollars, having doubled in five years. The supply comes primarily from US current account deficits, while on the demand side stand the emerging market and developing countries, which have tripled their reserves since the end of 1998. They have accumulated their reserves not only through current account surpluses from exports, but also through capital inflows and they use the foreign assets as protection against financial crises and also as a tool to intervene on their currency market. Another category of countries with important amounts of foreign exchange rates is that of the oil exporters such as Russia, Mexico and the Middle East. The large amount of foreign exchange reserves represents an important tool of influence on the international markets.

The foreign exchange reserves of the states

Official international reserves or international reserves include foreign exchange and gold, silver, Special Drawing Rights and IMF reserve positions. The foreign exchange reserves are the foreign currency deposits and bonds held by the central banks and monetary authorities.. These are assets of the central bank held in different reserve currencies, mostly the US dollars and used to back its liabilities, e.g. the local currency issued, and the various bank reserves deposited with the central bank, by the government or financial institutions.

* Ph.D. Candidate, Academy of Economic Studies (e-mail: andrada_busuioc@yahoo.com).

** Ph.D. Candidate, Academy of Economic Studies (e-mail: cristian.birau@gmail.com).

There are several currencies used as reserve currencies. The United States dollar is the most widely held reserve currency in the world today. Throughout the last decade, an average of two thirds of the total allocated foreign exchange reserves of countries have been in U.S. dollars. The euro is currently the second most commonly held reserve currency, comprising approximately a quarter of allocated holdings. When the euro was launched, on January 1, 1999, replacing the Mark, French Franc and ten other European currencies, it inherited the status of a major reserve currency from the Mark. Since then, its contribution to official reserves has risen continually as banks seek to diversify their reserves and trade in the euro-zone continues to expand. The United Kingdom's pound sterling is the third most used reserve currency, a severe drop from the first position, held in the 18th and 19th centuries. In recent years, the need for diversification of the reserve currencies has led to a growing percentage of the pound in foreign reserves, to almost 5%, as a result of the favorable, stable image among the investors. The Japanese yen is part of the IMF's Special Drawing Rights Valuation, whose value is determined daily by the IMF, based on the exchange rates of the currencies making up the basket, as quoted at noon at the London market. The valuation basket is reviewed and adjusted every five years. The SDR Values and yen conversion for government procurement are used for Japan's official procurement in international trade. Another currency considered as a reserve currency is the Swiss franc, because of its stability and also the stability of the Swiss banking system. However, the share of all foreign exchange reserves held in Swiss francs has historically been well below 0.5%. The daily trading market turnover of the franc however, ranked fifth, or about 3.4%, among all currencies in a 2007 survey by the Bank for International Settlements¹.

The features of the currency reserves

The settlement of an international currency is explainable through the fact that it is a medium of exchange, unit of account, and store of value and it is more efficient to use a single currency (or a limited number) as the exchange medium to trade across multiple currencies, than bilateral trading in all pairs of currencies—in the same way that it is more efficient to use domestic money to trade goods than barter. There are two advantages for using a limited number of currencies – first, the fact that there are fewer foreign exchange markets, thus reducing set-up costs for market makers and second, with fewer markets, the volume of transactions in each will likely be higher, in general reducing transaction costs.

An international currency is not imposed by any government or supranational structure, but it reaches this position through a tacit agreement of the actors on the foreign markets. There are several factors that lead to a currency being selected as an international reserve currency². First, international currencies are usually associated with large, competitive economies, especially those that have important economic and financial activity, being thus capable to generate a large market for foreign exchanges. They have the advantage mentioned above, of the lower transaction costs.

The second factor refers to a well developed, open and liquid financial system explaining why, in the 19th and the beginning of the 20th century the sterling was the dominant international currency (London was the world's preeminent financial market). The use of dollar is also explained by its deep, liquid, and well-diversified financial markets in New York, but it also explains the lack of trust in the dollar in the past year, as a result of the financial crises. International currencies are also held as stores of value, such as the short-term instruments, working balances, international bonds, and official reserves, etc. Thus, an international currency must be perceived as sound, hard to be inflated and non volatile. Since the investors try to minimize risk through diversification, it is likely that several currencies are used as international

¹ *Triennial Central Bank Survey*, December 2007, Bank for International Settlements, retrieved from <http://www.bis.org/publ/rpfxf07t.pdf>

² Lim, Ewe Ghee, *The Euro's challenge to the dollar: Different views from economists and evidence from COFER and other data*, IMF Working Paper 06/153, June 2006.

currencies. Another factor is the political stability, due to the fact that the changes in the political system usually affect the economy and, implicitly, the currency. The last factor is represented by the network externalities, a phenomenon that is specifically associated with international currencies and refers to the fact that a good or service becomes more valuable as more people use it.

The network externalities were presented as an argument against the replacement of dollar as a reserve currency. In June 2009, Russian officials suggested that they may invest more of their reserves in their BRIC partners (Brazil, Russia, India and China) and in September the United Nations conference on Trade and Development issued a report that blamed the dominance of the dollar for playing an important role in the recent build-up of global imbalances.

The roles of foreign reserves

Foreign exchange reserves can also be used as a tool for implementing different monetary policies, such as a “controlled floating exchange rate”. Central banks can buy or sell currency using their reserves and, thus, influence the exchange rate. Various banks use this method in order to keep their currency floating within certain limits. A high volume of foreign reserves ensures a great influence over its currency and, implicitly, over other currencies. China is set as an example of influencing the exchange rate through its intervention on the market, selling or buying dollars in order to keep the yuan within the wanted limits. China’s monetary policy is strongly connected to its commercial policies, the exchange rate being used as a tool to stimulate exports. Therefore, China has kept for years the exchange rate of the yuan versus dollars at a low rate, making exports more profitable. The result of its market operations aimed at preventing their currency from appreciating was an accumulation of substantial reserves.

For the US, a stronger dollar was needed in order to finance their high balance deficits. The problem with this tacit arrangement is that at a certain point it can be broken by the part that holds the power, i.e. the reserves. A decision in the contrary direction – selling dollars in order to appreciate the currency – could lead to a severe depreciation of the dollar and, due to the contagion of the markets, it could result in a dollar run away.

There are disadvantages for the country holding the reserves, also, such as the fluctuations in exchange markets that reflect in gains and losses in the purchasing power of reserves. An important depreciation of the currency in which the foreign exchange reserves are held results in massive losses. For example, China holds massive U.S. dollar-denominated assets, but the U.S. dollar has been weakening on the exchange markets, resulting in a relative loss of wealth.

Foreign reserves can also be used as a monetary tool to influence the inflation rate. The intervention on the market through the selling or buying of currency determines either an expansion or a contraction in the amount of domestic currency in circulation. The central bank can issue more domestic currency and purchase the foreign currency, which will increase the sum of foreign reserves. Since the domestic money supply is increasing, this may provoke domestic inflation. Besides, the inflation rate is strongly connected to imports, which can be stimulated or, on the contrary, discouraged through the exchange rate.

Foreign reserves are also used as a safety net for disruptive short-term movements, even those central banks that strictly limit foreign exchange interventions counteracting the high volatility of the currencies.

The acquisition of foreign currency from foreign exchange markets in order to increase the accumulation of exchange reserves may be interpreted by the market participants not as reserve accumulation, but as interventions aimed at influencing the exchange rate and, thus leading to a lack of credibility of other goals of monetary policy, such as price stability. Therefore, a central bank should take into account the fact that the accumulation of foreign exchange reserves might affect certain macroeconomic goals, due to the reaction of economic agents to this behavior of the

central banks on foreign markets³.

Foreign reserves are used for the prevention of the crises, but there is no data to demonstrate such an assumption⁴. Moreover, the accumulation can be seen as a “mercantilist” policy. As the dollar has been depreciating, there are concerns that large reserve holders might release these assets rapidly in the market.

Trends in foreign exchange reserves composition

One of the trends that characterize the evolution of the foreign exchange reserves in the past years is diversification, supported by factors like the introduction of euro, greater liquidity in other major currencies and the rising current account and fiscal deficits of the United States which increase the lack of trust in dollar.

Around two-thirds of global central bank foreign exchange reserves are in US assets, raising concerns about “concentration risk”. A major shift to euro and other currencies would determine a significant depreciation of the dollar, and even a reconfiguration of the current system in which the dollar plays the central role and also a change in states’ international power. Thus, a decrease of the utilization of dollar as a reserve currency would reduce US influence, which is able to finance large and prolonged current account deficits in its own currency.

This is likely to happen, as most countries with large reserve holdings, especially those in East Asia, conduct an export strategy oriented towards US market, having, therefore, a consistent interest in maintaining exchange-rate stability relative to the dollar.

The road of a currency to becoming a foreign exchange reserve is also related to its use as a financial tool⁵. For example, although the euro hasn’t yet reached an important position as a foreign exchange reserve, it is used by a growing number of firms and sovereigns raise external finance issuing euro-denominated securities. Also, the use of the euro as a currency for the settlement or invoicing of international trade transactions has also shown a notable increase in recent years (ECB, 2005). Alan Greenspan, the former chairman of the Federal Reserve said in September 2007 that the euro could replace the U.S. dollar as the world's primary reserve currency. It is “absolutely conceivable that the euro will replace the dollar as reserve currency, or will be traded as an equally important reserve currency. Several studies show that the euro may replace the U.S. dollar as the major reserve currency by 2020 if the remaining EU members, including the UK, adopt the Euro by 2020 or if the recent depreciation trend of the dollar persists into the future.

Most of the foreign exchange reserves accumulated by the emerging market central banks are invested in US government securities. There is, however, a strong debate over the perspectives of the euro becoming a credible competitor to the dollar as reserve currency, as an alternative for risk diversification. Moreover, according to the available data on the currency composition of foreign exchange reserve held by emerging market central banks, the share of the euro has gradually increased since the launch of the European Monetary Union. There is visible, however, a diminishing dynamic in the past years.

The specialized literature shows that central banks behave like normal investors trying to achieve the highest return for any given level of desired risk which is commonly believed to be small for central banks. However, there are other factors that influence central banks’ behavior, such as the necessity for interventions on the market, the level of imports or the external debt. Therefore, the decision to invest in dollars, euro-denominated bonds and other currencies take into

³ Goncalves, Fernando M, Accumulating Foreign Reserves under Floating Exchange Rates, IMF Working Paper 08/96, April 2008.

⁴ Sumlinski, Mariusz, International Reserves-Too Much of a Zipf's Thing, IMF Working Paper 08/11, January 2008.

⁵ Papaioannu E., Portes R., Siourounis G., Optimal currency shares in international reserves. The impact for the euro and the prospects for the dollar., ECB Working Series, 694/november 2006

account the above mentioned factors, aiming, at the same time, at minimizing the portfolio variance in real local currency terms.

Studies⁶ showed that a standard minimum variance portfolio in local currency (abstracting from transactions demand considerations) is dominated by the “anchor currency” if the country operates de facto an exchange rate peg or tightly managed float. Therefore, countries in Asia and Latin America tend to have high optimal dollar shares whereas the euro dominates the reserve portfolios of countries in Emerging Europe. Countries with more flexible exchange rates tend to have more diversified portfolios. Even when transactions demands are taken into account, the pattern remains - the countries in Asia and Latin America hold most of their reserves in dollars, while Emerging Europe opts for euro. The two currencies are considered “safe haven currencies”, when investors tend to redirect from emerging to mature markets.

Emerging market central banks have recently accumulated very large amounts of foreign exchange reserves. Since 1999 foreign exchange reserves held by developing countries have more than quadrupled and now amount to more than four trillion dollars (around 75% of global foreign exchange reserves).

Table 1. *The ten largest countries by foreign exchange reserves*

Source: *various sources, compiled by the authors*

	Country	Value (billion USD)
1	China	2.400 (Dec 2009)
2	Japan	1.019 (Jun 2009)
	Euro Zone	716 (Oct 2009)
3	Rusia	441(Jan 2010)
4	Taiwan	348,2 (Dec 2009)
5	India	279,7 (Mar 2010)
6	South Coreea	270,9 (Nov 2009)
7	Brazil	245 (Mar 2010)
8	Hong Kong	240 (Nov 2009)
9	Germany	184 (Sep 2009)
10	Singapore	182 (Sep 2009)

Until now, a large share of these foreign exchange reserves of emerging market central banks has been invested in US government securities. However, recently a debate has emerged whether more diversification was to be expected, in particular in the light of high absolute reserve levels for many countries. Euro has become a credible competitor for the dollar as reserve currency especially because the euro-denominated bond markets have become very liquid and are comparable with the dollar-denominated markets in terms of size.

Even before the euro’s launch in 1999, economists had differing views of its challenge to the dollar’s status as the world’s dominant international currency. Some were optimistic the single currency of the European Economic and Monetary Union (EMU) would challenge the dollar immediately and even replace it eventually as the dominant currency.

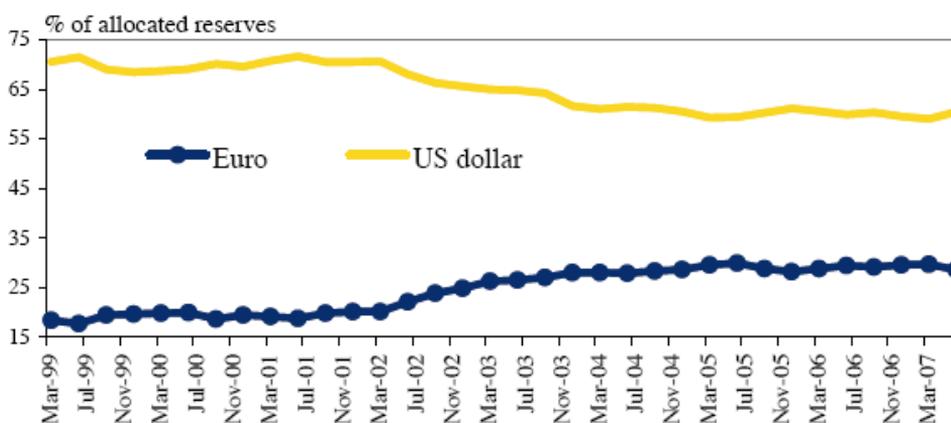
An exact analysis is very difficult to be done, because of the lack of data. The Currency Composition of Official Foreign Exchange Reserves(COFER) database of the IMF includes only around one half of emerging market, most of the countries transferring a large part of their reserves

⁶ Beck, Roland, Rahbari, Ebrahim, Optimal Reserves Composition in the Presence of Suddens Stops, The Euro and the Dollar as Safe Heaven Currencies, ECB Working Paper, no. 916, July 2008

into sovereign wealth funds. If we consider only the countries that report the currency composition of their reserves to IMF, the share of the dollar in emerging market reserves has decreased from 71% in 1999 to 61% as of June 2007, while the share of the euro has increased from 18% to 29%. However, most of this shift has taken place until the end of 2004, since then the aggregate currency shares remaining relatively stable

Chart 1. Evolution of foreign exchange reserves in euros and dollars

Source: www.ecb.int



The Semi Etalon of the International Financial System:

A special place in the world of reserve currencies is occupied by the dollar, which since its introduction in the mid 1785's has been an attractive international currency both for private and public investors. However, the vocation of the dollar as an international currency has been identified after World War II, based upon the premises of Europe's reconstruction and on the wealth generated during the conflict by the American economy. Since then the USD has become a "semi etalon" for the international monetary system. This reality has brought the US currency on the primary stage of financial turmoil that not once has been reflected on more or less inspired quotes that made history: "the dollar is our currency, but your problem"⁷. However a question that raises is related to if this order of the international monetary system is natural or rather empirical.

During the 1960s, American historian Charles Kindleberger has argued that the US growing international debt in dollars was possible only because of the consequence of the USA being the only country capable of assuring the international financial intermediation. Further on the American economist Robert Triffin correlated this important position of the US with the necessity of adapting the USD emissions to the needs of international financial system. However the US has declined responsibility in this area for some time now and left the international system to float free, correlating it only to quantity of dollars optimum for US needs. The lack of correlation between the international request and the national offer of dollars is surely a source of creating instability at the level of the international monetary system. This aspect was observed during the Vietnam War when President Johnson's campaigns weakened the American economy and generated high inflation levels. This inflation quickly affected other economies and at an international level, the excess dollars were subject to increasing country reserves. Unfortunately, the generated inflation affected countries and even though more dollars poured in country's

⁷ Declaration of John Connally, US Treasury state secretary made towards European finance ministers in 1971.

treasuries, the currency's buying power dropped significantly. After Bretton Woods, the dollar started immediately to depreciate in value related to the currencies of major US commercial partners. In 1970, a USD was valued at 3.6 deutsche mark, while in 2008, the same dollar was evaluated to 1.25 deutsche mark⁸. During a period of 30 years the dollar lost some 40% of its value. Germany was one of the most hit countries by the inflation phenomena from the '70s and in order to regain control of the economy had to denounce the rules of Bretton Woods. Further episodes when the dollar's hegemony was contested are: 1987, when a stock crash associated to the incompatibility to the Louvre agreements took place, 1995, during the Mexican crises and the 2000's when the foreign debt of the US has reached new highs.

Even under those circumstances, the only currency that has managed to gain field in the portfolio of country reserves is the euro, issue that could inspire the idea that an existing currency cannot takeover the role of the dollar without a dramatic change in the global conditions. Further more, this gain registered by the euro is not a consequence of the dollar losing ratio, but rather of the fact that the euro comes to replace other currencies in reserve baskets, especially the CHF and the JPY. Practically, the dollar has managed to overpass the major challenges that it was confronted with, but the price could also be the current economic crisis. Table 1 offers perspectives over the proportion of currency reserves at year's end.

Table 2. *Evolution of the exchange reserves - worldwide level (per currency and year).*

Source: www.imf.org

Currency / Year	1973	1995	1997	2000	2003	2005	2006	2008
USD	64.50%	59.00%	65.20%	66.60%	65.90%	66.50%	65.30%	64.00%
JPY	0.00%	6.80%	5.80%	6.20%	3.90%	3.60%	3.10%	3.20%
GBP	4.20%	2.10%	2.60%	2.90%	2.80%	3.70%	4.40%	4.00%
CHF	1.10%	0.30%	0.30%	0.30%	0.20%	0.10%	0.20%	0.10%
EUR (DM)	5.50%	16.00%	14.50%	18.80%	25.30%	24.40%	25.20%	26.20%
Others	24.70%	15.80%	11.60%	5.20%	1.90%	1.70%	1.80%	2.50%

The Unstable Dollar

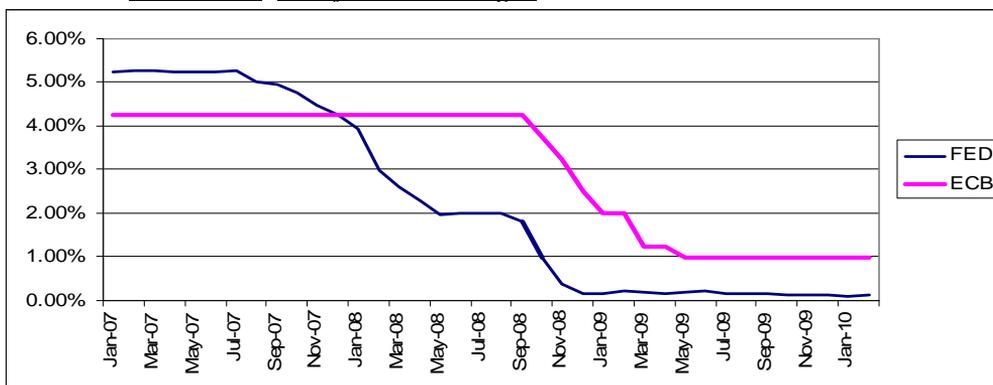
The above data reveals that the dollar is the most used currency in the world⁹, its importance being enhanced by the fact that it is used both as a reserve currency and for commodities trading. Since the start of the financial crises, the evolution of the dollar was random, appreciations and depreciations having as a final result the same exchange rate value of the American currency to the one before the debut of the crises¹⁰. The unstable evolution of the dollar which can be seen from Chart 2 compared to the unique European currency indicates a strong appreciation of the USD in the early steps of the crises. This growth is precisely based upon the conservatory presumption that the dollar is the safest currency in times of economic turmoil. The second stage of the euro-dollar evolution during the crises is a strong depreciation of the American currency which can be explained by the revelation of the true impact of the economic problems on the American economy, doubled by worsening macroeconomic conditions.

⁸ CEB estimation based upon the presumption that the deutsche mark is still on the market. Source: www.ecb.int

⁹ *IMF Annual Report 2009*. Source: www.imf.org

Chart 2. *Evolution of the Euro vs USD*Source: www.ecb.int;

At the end of 2007, an article entitled “Panic about the dollar”, published in “The Economist” argued that the accumulation of facts such as: the financial crisis, the high deficits and the discredited image of the US president are the premises for a depreciation of the dollar. Strange enough the dollar has seemed to be a more powerful, than credited with by the economists since immediately after a recovery period begun. The recent appreciation period of the dollar vs the euro, has as most plausible explanation not to the surprising revivalism of the American economy, but rather to the same problems that US was confronted with, transposed on the other side of the Atlantic. Overall, the exchange rate of the dollar even though has fluctuated on short periods of time, on long term has remained stable.

Chart 3. *Evolution of FED&ECB interest rates*Source: www.ecb.int; www.federalreserve.gov

The unstable evolution of the dollar versus euro is quite interesting also compared to the evolution of the interest rates. Generally big interest rates attract investors, who exchange foreign currency and contribute to the appreciation of their capital lay out beneficiary’s currency. In many cases investors tend to neglect the exchange risk, if the interest rate is high enough to respond to their needs. Thus, if one applies this theoretical frame work to the specific case of the FED vs ECB interest rates, notably the USD appreciated when Euro zone interest rates were lower than in the States, while the euro appreciated in the opposite situation¹¹. Since during the crises, the euro zone

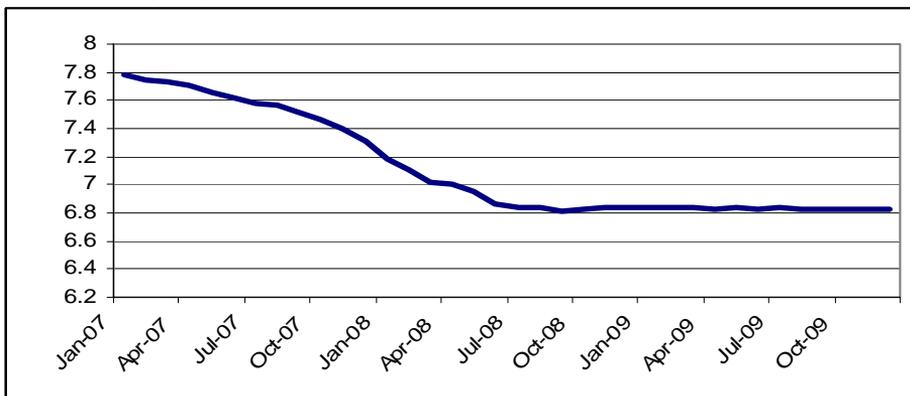
¹¹ As resulted from the comparison of data series deferred for Chart 1 and 2. Source: www.ecb.int; www.federalreserve.gov.

interest rate was higher than the one in the USA, the dollar registered a decline. However, recent times revealed an appreciation of the dollar, which seem not to be supported by this interest rate theory, but rather which resides in other contexts. One important issue that may influence this last aspect is that till now, the dollar was associated to the only trustable currency for holding both investments and cash in times of economic instability. Still, its role is nowadays more and more challenged both by the problems of the US economy and the overall international environment, but even so the currency appears to be tougher than its issuer.

Since crisis' start, the behavior of non Americans investors has become more focused in placing money in assets different than the ones belonging to the US. On the other side, as a response to this dropping demand, American investors have begun more and more to redraw capital to their homeland¹². Further on, during the crises period, both US bonds and other types of financial assets denominated in dollars, registered significant declines. Thus the offer for dollars was diminished encouraging a stronger exchange rate. But the true dilemma beside this normal play between request and offer is related to the reason why the crisis hadn't triggered a mass tendency to dispose of the American currency as one can expect, as a result of a weakened economy. One explanation can reside in the above mentioned fact that for some time now, the dollar has been proven to be the safest currency during difficult times, but things seem to be more complex than this.

Chart 4. Evolution of the YUAN vs USD

Source: www.pbc.gov.cn



An important role in this overall picture is surely played by the Central Banks, which have for so much time now been used to keep one country's reserves in USD. Even though things have begun to change in recent periods, some Central Banks still hold the key to understanding this peculiar dollar evolution. Such an important bank is the Chinese Central, which during the economic crises has begun to allow the national currency, the yuan, to appreciate. Starting with 2005 the Chinese People's Bank removed the fix yuan-dollar rate allowing the appreciation of the Chinese currency even though Chinese exports became less competitive. This issue has brought in time the spectrum over the undervaluation of the Chinese currency related directly to the control exercised by the state over the yuan. Thus, starting with 2007, Chinese Central has begun to allow a mild devaluation of the yuan, under international pressure¹³. Based on those premises and on the

¹² American Treasury Bulletin June 2009. Source: www.ustreas.gov.

¹³ China is assumed more and more responsible for the prolongation of the economic crises because of its overvaluation of the yuan.

fact that China is holding huge commercial surplus cashed in foreign currency, especially dollars, which correlated to the devaluation of the yuan lead to the appreciation of the USD, involuntary sustained by China.

Beside this, some states such as China, have continued to register positive commercial excess during the economic turmoil, which had as a final result the enlargement of their foreign currency reserves, even if not by the same impressive values as before. This specific situation is largely applied for the countries that registered an economic growth during the crises or for which the downturn was limited. The other perspective is that of the other countries having large USD reserves, but which have been spent on saving their own currency from depreciating to historical levels. In these positions were Brazil, Russia, South Korea or India. As a general tendency, the emerging countries have registered significant drops in their reserve levels, while the developed countries, as expected, have kept their reserve levels the same, with a small preference for raising those levels from crisis start¹⁴.

Because around 65%¹⁵ out of the total Central Banks' reserves are in dollars, at this level, a clear shut down of the demand for dollars was due from the behalf of Central Banks during the crises. But how come that Central Banks have become the most significant creditors of the US economy? This answer lays in our opinion in the way private investors react to different risks, by diversifying their portfolio and thus decreasing their exposure to dollars. This situation is due to the fact that a private investor can focus on buying stocks, bonds and assets belonging both to companies or countries. However Central Banks focus more on country bonds, on the premises that "a country will never go bankrupt"¹⁶. The geopolitical and economic vocation of the US has encouraged, in time Central Banks to purchase American bonds, based precisely on the above mention idea. Since Central Banks, or the major demanders for American assets, have begun to put into circulation more dollars, than clearly the value of the dollar should have registered a drop. Based upon this it seems that the USD appreciation periods were a result of the generic idea that the dollar is a safe currency despite the problems that lay behind its imminent.

The Dollar and the American Model:

By far the American economic growth model is based upon debt accumulation and consumerism. At a close inspection, the economic history of the US, is divided in 3 stages. The first is related to the creation of the new state on the New Continent. The newly formed country had to finance its territorial and infrastructural development. Because of this the US, begun to accumulate foreign debt, which was paid during the second stage, that overlaps the World Wars. This period was extremely profitable for the US economy which has managed to produce goods and services which were then being sold to the nations engaged in the conflict. This has generated massive capital reserves on US side. Those reserves were used for further development of the country but also the reconstruction of the war zones as a direct will to consolidate geopolitical influence over the beneficiary countries. The permanent spending of the US in different areas has triggered the last stage of the evolution of the American economy that coincides with a growing foreign debt. This points to the idea that an economic cycle is due for the American economy, but more and more worries are due because of the lacking capacity to prove its capability to cover up the debts.

¹⁴ Benassy-Querre, Agnes. "Le dollar face a la crise: une refuge pas tres sur". *Problemes Economiques* 2987(2010): 6.

¹⁵ Based on IMF data, represented in Table 1. Source: www.imf.org

¹⁶ Declaration of David Rockefeller, Chairman of Chase Manhattan Bank

The fluctuating evolution of the exchange rate of the dollar versus other major currencies can be correlated to the status of the American economy, which is experiencing from some time now, among other problems those high deficit levels. The deficits are one major cause of the contemporary economic crisis, based upon the idea that a country can neither accumulate actives, nor debts without having to face a correction at a certain moment. In this specific case of the US, this correction was supposed to be a depreciation of the dollar based upon the huge US debt towards China, which has become in recent period the largest US borrowing market. Thus to soften the account balance for the US and to bring it to a sustainable levels, an adjustment taking the shape of the depreciation of the dollar is likely. Interesting enough when comparing American foreign debt to exports, the indicator reveals a worrying situation, because of the value of 5.38¹⁷, worst than Brazil, Congo or Zambia.

The US problems concerning the last episode of foreign debt were initiated in the 2000s, when a series of events took place. Those events were related to the Asian crises, event that has triggered major changes in the Far East. One of those changes was related to the transformation of the Asian Tigers and China from net importers to net exporters and from debtors to creditors of other economies. Beside this, the ascending trend of crude oil prices, has further on increased the foreign debt that the US is confronted with. The role of the dollar as a key factor in the international monetary system has surely encouraged this debt increase without raising any additional suspicions over the capacity of the American economy to generate good and services that could cover up for the money found abroad. But the American supremacy of the '90's, which actually left the dollar and the US without any competition on global level, was based upon the ITC industry and the pronounced technological advance of the US. However in time the distribution of the technology that allowed the USA to take the title of "world's unique hegemonic power" has been diffused. Parallel to this, the geopolitical situation of the world has changed dramatically, the fall of the Iron Curtain having brought new shifts on the World stage. Mainly, Europe's consolidation and the regroupings in the east between the old foes Russia and China having brought at least some minor competition for the USD, that now is slowly attacking the position of the dollar as key currency in the world economy. .

Generally speaking, this rather odd American model based upon spending money has contributed to in a great deal to the globalization process. Equal if talking about the globalization of financial markets or just about the growing interconnections between countries at profound levels, the US consumerism proved to be the one element that brought countries closer. In the specific case of the globalization of the financial markets, the US demand for foreign debt, allow giant public or private excess savings from China, Japan or Germany to reach a destination where profits were satisfactory. Further on the American model seemed to be what triggered the creation of the EU.

The basic condition due to which the US managed to achieve such important foreign debt levels without raising any doubts on the legitimacy of its debt, is due in our opinion to the vocation of a reserve currency of the American dollar. Further more, this idea is also supported by the durability of the debt. The crises has indeed brought a reorientation of investors towards other currencies and put significant pressure on USD's capacity to generate high profits, but "a reserve currency will not lose its status from one day to the other"¹⁸. Beside this, in order for something like this to happen a major event is to be triggered, related either to weakening the US or to offer

¹⁷ *The Economist World Figures*. Source: www.economist.com

¹⁸ Mistral, Jacques. "Le billet vert et la versatilité du modèle économique américain". *Problemes Economiques* 2987(2010): 12.

an alternative for the dollar being the main reserve currency. If the first option is related to such a dramatic event that it would shake the most solid bases of the human society, the second option is a peaceful shift in time from one currency to the other. Such a shifts have already taken place in history, but probably the most known is the one of the pound sterling, which has been replaced by the dollar as major reserve currency at the end of World War II.

Future of the Dollar and the Emerging Reserve Currencies

Even though some alternatives were generated after the World Wars to the need of international financial transactions, very few had as much success as the dollar. If the causes of this ascend were already analyzed, the future of the dollar is yet to be discussed. Tacit acceptance of the dollar as an international currency by most nations has determined the neglect of other currencies and thus installed the dollar at the very foundation of the international monetary system.

Currently the dollar's position is challenged by the economic status of the US, but also by radical voices all over the world who are asking for a reorientation towards other reserve and payment currency. On one hand, old US foes from the Middle East are asking more vigorously for their main export product to be transacted in other currency than the one of the USD. Iran, a country that has been placed on the "Evil Axis" by the US, and the world 3rd largest crude oil exporter is campaigning against the USD. Strange enough, it seems that in recent times Iran has gained another battle, by the transformation of the GECF¹⁹ from a forum into an organization. Further more, Russia seems to be Iran's newly found ally in this battle, because the country is still nurturing the hyper power position it has lost in the early '90s. Clearly Russia has a good card to play considering its energetic potential, and maybe the first step considered would be to transact gas world wide into rublas, since the country is the Word's largest natural gas producer.

Another uncomfortable situation for the dollar comes from China, which on long term is likely to become world largest economy. Huge Chinese surplus has supported the money hunger of the US for the last decade, but China is worried about its massive exposure to USD. Only recently the Chinese Central Bank's governor declared that an alternative for the dollar is recommendable on long term, thing that is not quite easily digested in Washington. Also the closing relation between Russia and China is another hot topic that could affect the role of the dollar as a reserve currency. In this moment it is certain that if China decides to release on the market dollars from its reserves, there is a great chance of at least to throw the dollar into new historical minimums. However all facts seem to point out that China is wanting more and more a diversification of its reserves, and since neighboring Russia started to take into consideration also the euro as a reserve currency, it is likely that this will happen sooner or latter also for China.

Nowadays, only some 3 currencies beside the dollar still prove to have the three attributes of an international reserve currency, mainly: the euro, the yen and the yuan.

The euro since its creation in 1999, was intended to be beside an interregional currency, a worldwide reserve currency at the disposal of central banks. However it seems that the euro is trading when it comes up to competing with the dollar, even though from 2002, it gained more market share in the portfolio of central banks. The recent appreciation of the dollar vs the common European currency but also the macroeconomic issues that rumble through the EU members have influenced this in a great manner.

¹⁹ GECF – Gas Exporting Countries Forum

The yen is also weakened by the problems of the Japanese economy and constantly losing field as a reserve currency, but it still holds the attributes of a reserve value, exchange instrument and measuring unit on international stage. The weak evolution of the yen can be associated to two different issues. The first aspect is related to the Japanese foreign debt, which has reached new highs and being evaluated at some 300% out of the country's GDP. The second issue would be related to the monetary policy of the Bank of Japan, which for some time now in order to encourage investments has left reference interest rates close to 0%. Thus the role of the JPY is downgraded to lower than its true potential as a reserve currency.

On the other hand the yuan seems to promise to become an interesting reserve currency in the coming future. This is due to mainly two causes, which relate to the Chinese economy. Mainly, during the last decade China managed to become world largest exporter, thing that allowed its authorities to accumulate great fortunes out of the positive commercial balance. Another aspect that assures the rising of the yuan at the rank of reserve currency would be the high liquidity level of China in foreign currency, but also the intended undervaluation of the yuan. The only problem resulting out of this is that a further appreciation of the yuan could mean another fall back for the dollar. A further argument for this arising is the fact that both China and Russia, through recent declaration, feel that it is time to change the dollar's role as a main reserve currency, and then why not to pursue the replacement with the yuan.

Conclusions

The supremacy of the dollar as a reserve currency is more and more questioned and the competitors are getting stronger. The shift towards the euro and other currencies considered as trustful is already visible and different countries and supranational entities have supported this trend. The paper showed that countries that hold important foreign exchange reserves have the economic power to determine trends and movements both in the financial and the real economy and that their power depends on the composition of their currency reserves, but an ever greater attention should be given into another study to the future role of the yuan in the reserve currency equation.

This article is a result of the project „Doctoral Program and PhD Students in the education, research and innovation triangle”. This project is co funded by European Social Fund through The Sectoral Operational Program for Human Resources Development 2007-2013, coordinated by The Bucharest Academy of Economic Studies.

References

1. Aglietta, Michel. “Le dollar: pivot du systeme monetaire international”. *Problemes Economiques* 2987(2010):17-24
2. Beck, Roland, Rahbari, Ebrahim, Optimal Reserves Composition in the Presence of Sudden Stops, The Euro and the Dollar as Safe Heaven Currencies, ECB Working Paper, no. 916, July 2008
3. Benassy-Querre, Agnes. “Le dollar face a la crise: une refuge pas tres sur”. *Problemes Economiques* 2987(2010): 3-8
4. Click, Reid W. “On the composition of Asian central bank reserves: Will the euro replace the dollar?”. *Journal of Asian Economies* 17(2006): 417-426
5. European Central Bank. www.ecb.int (retrieved January-March, 2010)
6. Federal Reserve. www.federalreserve.gov (retrieved January-March, 2010)
7. Francu, Marin “Managementul rezervelor valutare”. *Tribuna economica* 16(2005): 77-79
8. Goncalves, Fernando M, Accumulating Foreign Reserves under Floating Exchange Rates,

IMF Working Paper 08/96, April 2008

9. International Monetary Fund. "World Economic Outlook", "COFER", www.imf.org (retrieved January, 2010)

10. Lim, Ewe Ghee, The Euro's challenge to the dollar: Different views from economists and evidence from COFER and other data, IMF Working Paper 06/153, June 2006

11. Mistral, Jacques. "Le billet vert et la versatilité du modèle économique américain". *Problèmes Économiques* 2987(2010): 9-16

12. Papaioannu E., Portes R., Siourounis G., Optimal currency shares in international reserves. The impact for the euro and the prospects for the dollar., ECB Working Series, 694/november 2006

13. People's Bank of China. www.pbc.gov.cn (retrieved March, 2010)

14. Ron, Paul . *End the Fed*. New York: Grand Central Publishing, 2009

15. The Economist. www.economist.com (retrieved March, 2010)

16. Sumlinski, Mariusz, International Reserves-Too Much of a Zipf's Thing, IMF Working Paper 08/11, January 2008

17. Tradeville. www.tradeville.eu (retrieved March, 2010).

18. United States Treasury Department. www.ustreas.gov (retrieved January-March, 2010)

19. Yotov, Ilian. *The Quarters Theory: The Revolutionary New Foreign Currency*. New Jersey: John Wiley & Sons Inc., 2010

THE HEALTH OF ROMANIAN BUSINESS ENVIRONMENT

ION GR. IONESCU*

Abstract

In the conditions of integrity, the scale of internal marketing doesn't represent an simulator advantage, and so it transfers for the competition of direct investments, in the cost of plan and qualify the job strenght, at the level of fiscal corruption. At the level of intereuropean trade, the unique marketing is the source of opportunities, but also for the rise of competition. The elimination of fizical barriers and of custom – house formalities, have facilities and it facilitates of transporting the goods in and from UE, it reduces the operational costs and optimizes the cash of fluxing, trough the dissapearance of paying the TVA, in custom . The action for healing the business environment is centered on the sustaining of the private enterprising and on the simulation of free will initiative. For touching this objectives it is considered to dismiss the obstacles from the way of private initiative. It it necessary to be aware of the prosperity of the citizen and the society it is recaptured in an economy of marketing functional, and it can't exist in the state of right, of a private property and a strong half class.

Keywords: *single market, business medium, company, private initiative, economy*

Introduction. The Corporatist Environment of romanian business

The marketing environment. Romania was posted on the 38 place, in a classification done by Economist Intelligence Unit (EIU), from 60 countries, about the attraction of the marketing environment, anticipated for the period 2005 – 2009, rising 8 positions, compared to the period of 2000 – 2004.

„Every country was qualified with a mark calculated, regarding 70 elements grouped in 10 categories, with direct implications to simulation or breaking the business. The model evaluates the qualificatives from the past five years and does the anticipation for the next period, untill year 2009¹. „The Britain analysts, estimated that the states from Eastern Europe have recorded and will record significant rises of attractivities of the business environment, specially in the case of the new country members of European Union. Our country has already adhere at the Union, the economic analysts say that our country occupies a good spot in the classification . According to EIU, the mark for Romania raised from 5,18 to 6,53 points. However, our country is behind some countries from the region like Bulgaria, Slovakia, Ungaria, Poland. On the first place in the classification it's Danmark, followed by Canada and the United States.

The studies illustrate,, a favorable image on the next years, of the business world environment . The global tendency of freeing and of reglementation is sustained by some factors, like the regional integration and the intence competition for attracting the investments from outside².

The romanian co-operative business envirome Once with the adhere for European Union, the co-operative environment suffered changes and structural remodelations and significant, the impact of the adhere reflectionise, in a minor or big manor, concerning all of the companies from Romania, regarding the economic field in wich it activates, the capital structure and the size of this.

It exists enough signals that certify that some romanian companies were aware of the opportunities and the afferent costs of accesing of an unique marketing, for over 450 millions of

* Lecturer, Ph.D., “Dimitrie Cantemir” Christian University, Bucharest (iionescu_levant@yahoo.ca).

¹ Senica Micu, România își îmbunătățește mediul de afaceri, în “Realitatea Românească”, 01 aprilie 2005, p. 3.

² Ibidem.

people. Without the risk of being wrong, we can say that, since the moment of integration "de facto", the impact of it could not be ignored of the management of the companies.

In the conditions of integrating, the dimension of the intern marketing doesn't represent an advantage, and so it transfers the competition for the internal investments, in the plan of costs and the one of qualification of the force of business, and the level of corruption and fiscalities. At the level of the inter european trade, the market is unique and the source of opportunities, but also for a growing competition. The elimination of the barriers and the vama formalities, has and have facilitated the transportation of goods in and from UE, it reduces the operational costs and optimizes the flow, through the disappearance of necessity of TVA payment, in custom controls. „The removal of the costum controls barriers have created the implementation of premis of paneuropean strategies of logistics and distribution, for multinational companies that are present in Romania. Under the condition of improving the infrastructures and the implementation of a stimulative legislation for the growing of the intercommunication transactions. Romania has become, in good terms, a regional distribution center for the european multinational products³.

In theory, every situation has some rises. Referring at the unique marketing, first of all, it produces a competition, that comes from the exporter from UE, that find the acces easy, from the rasing of our legislation, with the european one. Further more, the investments postadhere, have grown the competition on horizontal, for the services and products offered for the local caterer. Then the comunitary aquis supposedt that the substantial costs for companies. The suplimentary costs, with the implementation of the legislation, norms and european standards, in the fiscality domain, the qualities and the marks of the products, reflect, definetly, in the final price of the product and romanian services. This sensible rising of the prices, in some economic sectors, makes the presson of the competition bigger performed to the comunitary product.

Also "although the intercomunitary trade is facilitated, from the logistic point of virw, trough the elimination of the custom-house formailites, administrative paiement appeared for the romanian companies. So, the import/export operations, afferent for the trade with UE doesn't exist anymore, being replaced by the aquirement and delivery - deals that develop in conformation with the necessity of the comunitary system⁴. In new conditions, the romanian companies have the necessity to deposit suplimentary declarations, regarding transactions intercomunitary with goods and have the need of documents that justify the transports of goods in other member state. The companies implementate internal procedures and leases for delivery for the assurance of the accomplishment of the necessity of TVA. Also, the systems of IT are addapted for the register and extract all the informations and necessities for the emission of new statements. Among the indirect costs of integrity we can mention: preparing of the personnel, the logistic and financial comparments - aplication of the comunitary legislation, the chaning of the IT systems and the costs with the health and secure norms, implied by the UE.

For the companies that are already implicated in intense relations with the US, the integration represented, an opporunity. At the same time, the clinging at UE, made many IMM's dissapear, in the case of that they didn't have the capacity of mobilization of financial resources, to strew the costs of integration.

The major instrument, that charge the authorities, for the consolidation of the sector of IMM's, is the state helping, that can be the subsidy, the waiver and adjusment of the taxes, the partial costs of the protection of the environment and the personnel, the export promovation. All this measurements respect the strict limits, implied by the US, in the purpose of hestiating the clipping of competition.

"The environment of corporational business always has his winners, the biggest are the european multinational companies that activate on the market. They had the capacity of absorbing

³ Mihaela Mitroi, Tax Partner, în "Business Magazin", nr. 27, 26.08.2007, p. 31.

⁴ Ibidem.

the costs, benefits of experience and know – how from the companies of the group, that are in the state members. The elimination of the barriers of the tariff made the products competitive and allowing the implementation of regional centers of distribution. Of course, the existence of the stable environment of business and the armonization of the legislation can determinate the moving of the capacity of production to the estern borders of UE, in the searching of a cheap force of labor⁵.

Only the companies who were very aware of the impact of the adhering of UE and in the same time, capable to identify the potential risks and to make changes, they could manage the unique market, implied of the integrity and benefits the opportunities brang by that, managing to contribute at the creation of a business environment, health, sable, and with the possibility of sustaining the economic competition.

The financial business environment and his features

A series of particularities implied a different landing of the financial sector, in the setting that they made different services detached to bank, ensurance, exchange and public finances. The specifics are reflected in the state of some definicions and concepts: the bank system, the domains of the bank activities, the bank politics, bank society, bank activities, inter banking marketing.

The extern bank environment, defined beeing as an assembly of factors, into a professional expression, “comprehend all the components of the financial civilization, including people, like a customer or groups, including the intrests and their economic facts and social, systems that exist, including politics, science and technology, cultural and even art, just like they were historical acumulated, into a place on Earth, without dissociate, assembly of the acumulation of the same type, that were or they do in other places of our planet.

„The bank oppose their own culture and financial civilization, as a result of acumulating their members , with their material resources, finances, intelectual, with their own intrests, hopes and capabilities and , together define the so called variables.

The analysis of the business environment and financial, oblige the activities of a bank, in assembly of his components, bank services, begining from the level of macroexistence and international and concentrating his attention over the his national microexistence .

Intern environment – the position of an financial-bank institution in the frame of the business environment, represents the determinant element of his delimitation and specialized activities, financial banking. The double situation that appear, the financial banking institution and it’s compoents of the envirmnt, oblige at the wording banking, made by two elements that are in interdependence. Practicly the banking institution, has to find in every moment, the optime rate, between the actions that attract the utilisation of them, intrrest and the quality of the services, that represent the instruments of his polical key.

„The state comes in the frame of the financial marketing, banking and capitals, within the Central Banks and istitutions of operations that take place on the market. The specific of the financial banking is reflected, in the highest gade, first of all, to management and marketing, and the intern one, that regard the delivery of the products and banking services, at the meeting with the client, taking place services that requier ambiance, equipement, contact personel, client (product), price, promoting and actions regarding the product delivery.

Regardint the particularities of the internal activities of a banking firm, it implies a process of communication very quick, between the prestation units (banking filiates) and management and the prestation act. Communication is a complex character, because it implies many operative units, that are far then the central residence.

Other services, in their financial banking environment, at the superior management level, can be created, with easiness and mobility, new structures (services with clients, marketing

⁵ Ibidem.

compartments or preferential relations). It has to be taken in mind, in every moment, the instability that plane permanent over this marketing environment.

The insucces of many actions are, over all, the simplist abordations and traditional and most of all, the low corelation of proceses, teching and going fast.

The health of the romanian business environment

The action of healthing the business environment is centered on the sustaion of the private enterprise and stimulation of free will initiative. For reaching this goals, it is consideret to be necessary breaking the obstacles from the way of private initiative. It is necessary of the citizen prosperity and of society, finded into an economy of functional marketing, that, can't exist out of state, of a private property and a strong glass.

For the health of the bank environment, it is necessary for coherent politis that need to:

I. Fiscal relaxation

Regardint the political fiscality, Romania had and has some serios of priorities⁶:

- Reduction of mark tax, from 25 %, at 16 %;
- Keeping the unique quotation of 16 % for the rate for the people.
- The deduction base and suplimentary base will be kept so that the persons who have low income don't be affected;
- The reduction of quotation for the contributonal for social fonds, starting with 2006, for theemployers and for the one who employes the employers, like in 2008 to be 39,5 %.

The measures regarding the reduction of direct quotations are found already in the Fiscal Code and has new adjustments.

In parallels with the fiscal relaxation , but with the economical crisis, some measurements were taken so that they can contribue at the corelation of the budget, in the spirit of respecting the laws:

- Removing the practicies of sparing of the owe to the budget;
- The enhance of economic fiscalization , in detriment of subterranean economy;
- The punishment of fiscal evaison as a offence of financial economy;

II. Financial Marketing

Of course, some normes were adopted, from the perspective of guvernamental atributions, with the policy with National Banks, to rule, on middle terms and long, at the next efects over the financial markets⁷:

- The consolidation of bank system and the growth of the credibility, on the other hand, the participation and determination of comercial banks at the efort of a restructurated economy;
- The diminuation of bank domination, of financial sourses, of the business environment in the support, with specified ways, of growth on the capital marketing;
- The limitation of the eviction effect, as follow for the financial deficit, of current account of public treasury;
- The limitation of the creation of a moral hazard, as following for the preponderence of public loaning on the monetary (bank) intern marketing;
- The limitation of producing cvasi monetary, as follow to the selling of the headline of state at the rate of bank intrest;
- The limitation of specified method, at the advice of Governement and with cooperation with The National Bank, of the tendings of oligopolist structure of the bank marketing, so that the cost of capital can be reduced for IMM

⁶ [www.legislatie.just.ro/Constituția României](http://www.legislatie.just.ro/Constituția_României)

⁷ *Ibidem*, p. 32.

III. The control of the corruption

Because they didn't succeed in the semnificative progresses in the control of corruption, The Romanian Government, declares zero tolerance for this fenomenon, almost generalised in the romanian society. Beeing the expresion of crises of system, the fight against the corruption is the transformation the way of the system is functioning. In this sense, the authorities take measurements of reducing the private domain of the state and the birocracy, measurements for a better clarity and legislative stability, the assurance of the transparent decision, the depolitization of the justice.

In the vision of Government, the free will competition, the free will acces at the public informatins, the transpaerent acces at the resources, consists with the marketing, the most efficient forms of combat for corruption.

Foremost, the measurements anti corruption that are taken for making the business environment better, are⁸:

- The ireversible and gradual retreat of the state from economic administration;
- The retreat of the comprehend of the public decisions;
- The elimination of the economical procedures and preferencial;
- The growth of the financial marketing, with the money market of merchandising;
- Giving up at the position of monopoly in providing the public utilities;
- The clarification of the system of the subsidy in economy;
- Giving up ath the preasures of the politic order, performing over the managers;

IV. The elimination of administrative barriers

Concerning the elimination of the administrative barriers, the measurements regarding the fight against corruption will be followed⁹:

- The elaboration of a simple legacy, clare and stable;
- The simplicity of the formalities regarding the entrence and the exit of the marketing firms;
- The reduction of the administrative productions regarding the autorizaton, aproval and notices.

V. The consolidation of the business environment

„The measurements regardint the consolidation of the business environment are and will be corelated with the ones who regard the stimulation of the private initiative and investments. The Government actions are and will be faced for the consolidation of the business environment stable and predictable, eliminating the monopoly of the state, unjustified from the economic point of view or the conciderents of national security and the Ibidem, p. 38-39privatization of public utilities, the breaking up of the oligarhic structures and the consolidation of the free will competition, the rising of the transparent environment and the governmental politics, and monetary politics, and the liberalization of the marketing¹⁰.

VI. The political competition

The assurance of the normative – institutional conditions for the working of the free will competition, a major desideratum of the Romanian Government. In this matter, it will be followed, this objectives¹¹:

- The indepedece of the Competition Council, including naming the members at the recomandation of the parlamentary comissions of speciality;
- An antitrust legislation;

⁸ Ion Gr. Ionescu, *Mediul de afaceri*, Editura Ex Ponto, Constanța, 2008, p. 38.

⁹ Ibidem, p. 38-39.

¹⁰ Ibidem, p. 39.

¹¹ Ibidem.

- The limitation of the state sector at the production and distribution of the public goods;
- The reglementation of the helping state and other public interventions that distort the competition of economic agency, and distorts the free will competition, according to the comunitary acquis.

VII. The politics in the IMM domain and cooperation

Supporting the IMM sector represents an important solution for the balance of the negative effects of the process adjustments, structural and restructuring of the industry, creating economic alternatives and social, sustaining the consolidation of the middle class.

The specific actions have as objectives the creation of the institutional frame, legislative and financial, favourable for growing of the initiative private IMM's.

In this matter, the leading directions of actions are¹²:

- The cost reduction of the credits for IMM, with making the legislative frame better, regarding the private financial institutions, adaptation at the needs for small enterprisers and middle ones, credit cooperatives, popular banks, specialized institutions for the agricultural financial working, the hall-mark of the credits;
 - The improvement of the relation between the state authorities and the enterprising with the simplicity of the procedures of control, with the attitude modification regarding the investors;
 - The introduction of the economic urge that can encourage IMM so that it can become service providers for the big companies in national economy;
 - The simplicity of the administrative procedures, regarding the register of the firms or update the dates regarding the "life" of a firm;
 - The transparent administration of the comunitary funds destined for growing of the IMM's in Romania;
 - The allocation of a right quantum from PIB, for a prepared program of human resources, marketing and for making the quality of productions and services better, for the acces at the facility of IMM's on the unique European marketing;
 - The growth of the link between districts and informations for IMM, and the creation of a lik for territorial representation of National Funds of Credit Guarantee for IMM;
- In cooperational domain, the prime directions of governmental actions are:
- The restoration of the cooperatist system, applying the new effective laws regarding cooperation ;
 - The stimulation of making cooperatives for valorification of the agroalimentionation products , constituted on the model base of European Union;
 - The implementation of some projects designed for cooperative stimulation of handicraft.

VIII. The working market

The Romanian Government has as a target the complete liberalization of the working market, also the assurance of the contractual liberalization in the establishment domain of working relations.

The adoptive measurements that regard the direction actions are¹³:

- Reglementation of the relationship between employer and employ , on the simetric judgment base;
- Reglementation of the working relationship, so that they will be respected by the character of the romanian economic marketing; reintroduction of the civil conventions as instruments of establishment of the working relations;
- Taking the right choice of esencial institutions, for the right of working, like the assuming

¹² Ibidem, p. 60.

¹³ Ibidem, p. 41

of employers.

A powerful government is not the one who wants to control everything, but the one who knows when to quit at a part from its power for giving power to the laws and marketing. The growing of marketing is the way in which the act of government will fulfill some hours of a functional economy of marketing : the establishment and predictability of the marketing environment „the efficient use of the resources, the liberal working of the economic force, of service, the limitation of byrocratic excesses and the diminuation of corruption¹⁴.

Conclusions

For the health of the romanian business environment it is needed quickly of a new conception of ansamble , in simplification and making the legislative frame work, and also administrative, the diminuation of the byrocracy and corruption, an administrative burden, regarding the reduction of the administrative procedures.

In the same time, we will accentuate the acceleration of the procompetitive reforms for promovation of a competition environment, fair, with the elaboration of implementation of some strategies of integrity and transparation for making the growing of the environment good, evaluation and valorification of factors with the impact over the competition of the firms and promotion of the measurements of making the legislative frame good.

In crisis conditions it is necessary for the facility of acces of the firm at the European structural fonds and mecanisms of financing threw the ability of institutions: The Romanian fond of Guarantee for IMM, The Guarantee Fond for Agriculture, The Romanian fond for IMM since 2009.

It has to be a continuous assurance of a high level of protection of customers:

- the aplication of legislation;
- the protection of customers against the comercial practicies incorrect, and the risks that can take place in their life, health , security and economic interests
- the growth of the organisms of European Union, with the state members, and the civil society;
- the stimulation of the individual selfprotection and association of customers in the completion of the direct protection offered to the state institutions.

For the actual stage, that is marked by financial – economic crisis it is implied a good use of the capital marketing by authorities:

- the plasement withing the Exchange of Bucharest Values (EBV) of some issuance of state;
- the sales withe EBV mecanisms, with the public offer, of some packageges of actions from the compnies of state from energy domain;
- suplimentary offers of actions of some societies listed on EBV that the state still keeps the actions;
- the initiation of projects of normative actions that have goals for consolidation of the environment of business and the growth of activities in the liberal professions from the domain;
- the intensification of the dialog and the growth of the transparent reglementations, with the formalization of the private – public consults, in the sphere of the reglementation of management from the domain of environment of marketing and the liberal professions;
- the reduction and simplification of the administrative procedures with an impact over the environment of (counter) unique, for the rezolving of all administrative problems;
- the implementation of the legal frame of reglementation of the activities in the professional domain and liberal, in accordance with the european foresight regarding the admitting of the professional qualification and services on the intern marketing;
- colaboration with the direction of specialities in the institutional frame and public, on the

¹⁴ Gheorghe Pîrvu, *Economie europeană*, Editura Sitech, Craiova, 2005, p. 93-94.

themes referring the impact of the european integration over the business environment and free professions.

References

- Ionescu, Ion Gr., Mediul de afaceri, Editura Ex Ponto, Constanța, 2008.
- Micu, Senica, România își îmbunătățește mediul de afaceri, în “Realitatea Românească”, 01 aprilie 2005.
- Mitroi, Mihaela, Tax Partner, în “Business Magazin”, Nr. 27, 26.08.2007.
- Pîrvu, Gheorghe., Economie europeană, Editura Sitech, Craiova, 2005.
- www.eurochambres.be/Content/Default.asp
- www.legislatie.just.ro/Constituția României

INCLUSION OF KOSOVA INTO REGIONAL ECONOMIC INTEGRATIONS AND CEFTA AGREEMENT

MYRVETE BADIVUKU-PANTINA *
MIHANE BERISHA-NAMANI **

Abstract

Kosovo economic integration with other regional countries is an imperative that must be implemented for two reasons. Firstly, it is important that Kosovo be treated as an equal partner to these countries, and secondly to identify forms through which Kosovo economic development would be stimulated, by extending trade, enabling expansion of trade and direct withdrawal of investments from abroad. CEFTA is regarded as the best model in preparing countries of the region concerning their European integrations through their increased trade and economic cooperation. During the 2007 Kosovo has imported from 156 countries and products made in Kosovo were exported to 61 countries around the world, but trade with countries of the region (CEFTA members) and the European Union represents the majority of Kosovo's foreign trade. The purpose of this paper is to clarify the position of Kosovo from the aspect of its economic integration with the countries in the region, especially in the framework of CEFTA Agreement. Forms of economic integration in the region, the CEFTA agreement, macroeconomic indicators of countries members of CEFTA, comparison of benefiting and consequences of Kosovo from its membership in CEFTA will be treated and analysed in this paper. In the end the paper will provide some recommendations implementation of which would affect the accomplishment of greater benefiting for Kosovo from its membership in CEFTA.

Keywords: *Kosovo, integration, economic development, CEFTA*

1. Introduction

Regional Economic integration originated from the ancient time, when emperors or state leaders made efforts to conduct integrations between countries through conquering ideal in order to apply strategies that would impact the improvement of economic, political etc. conditions. Regional economic integrations are not a new phenomenon. Some communications and trade processes appeared between different civilisations even in the ancient times. From the voyage of Marco Polo six centuries ago, regional economic integration – through trade, factors of movement and communication, by means of useful knowledge of the time – there was a general growth trend.

The world of today is characterized by great regional and world integration processes, which are presented as a need and necessity for future socio-economic development, as well as for realization of the highest rate of welfare of people. With a quick development of production forces, especially with third technical and scientific revolution, national markets are becoming very narrow while the need for cooperation among countries is becoming larger, by presenting this way the need for integrating of various countries within the regional or world integration economic processes, within which free movement of people, goods, services and knowledge will follow.

During 90's of XX century, but also nowadays at the beginning of XXI century, various world countries are adopting new accesses on development, which are based on economic liberalization and in recognition that today their greatest challenge is integration to world economy where they find their chance for their future economic development. Today, ways of cooperation among countries are based on ignoring the existing borders, mutual cooperation among world

* Associated Professor, Ph.D., Faculty of Economics, University of Prishtina, Kosova (e-mail: myrvetebadivuku@yahoo.com).

** Associated Professor, Ph.D., Faculty of Economics, University of Prishtina, Kosova.

population based on freedom and equality among entities¹ of market economy.

History proves that economic cooperation is the only sustainable path toward peace and stability, and that integrations of an economic character have a perspective, such as the case of the EU. Regional economic integrations are the right pathway through which smaller countries could benefit from large markets, therefore Kosovo's European prospect should be seen from the economic perspective.

2. Regional economic integrations and Kosovo

By signing various integration treaties, countries that join integrations surrender part of their state sovereignty, however, the entire process is undertaken bearing in mind the potential benefits that could be achieved from integration in any walk of life.

Balkan Countries, in order to develop and strengthen friendly relations, need to increase economic cooperation and areas of mutual trade exchange. This will surely contribute toward an accelerated economic development and European economic integration, and in the improvement of relations between the countries of the West Balkan region. Free Trade Agreements (FTAs) play a key role in the dynamics of economic development as well as in the establishment of equal market opportunities. In 2005, the Stability Pact commenced discussion in deepening the level of trade cooperation through the establishment of Unified Zones of Free Trade. The FTA network participants have unanimously expressed their support for the initiative, and in Bucharest, the Prime Ministers of the eight Southeast European Countries (SEE) commenced negotiations on the expansion of the Central European Free Trade Agreement (CEFTA).

The Central European Free Trade Agreement (CEFTA) Association is an agreement on the free conduct of trade that includes eight countries: Kosovo, Albania, Macedonia, Montenegro, Serbia, Bosnia and Herzegovina, Croatia and Moldavia. CEFTA is an EU pre-accession instrument. Every country of the former communist bloc that has become an EU member today was a member of CEFTA beforehand. Concurrently, every country that is undergoing the process of EU accession has become a CEFTA member. Therefore, Kosovo's entry into the EU means the liberalisation and intensification of trade relations with EU countries. From this point of view, CEFTA provides Kosovo with an opportunity to practise and learn the rules of the game in a regional market, in order to face the EU integration process successfully.

The method in which CEFTA facilitates the development of trade is based on close cooperation between participating countries at political and technical levels, harmonisation of policies, institutions and regulations that relate to trade, liberalisation of customs fees, elimination of non-tariff barriers and application of favourable regulations on origin. However, it is important to understand that the application of CEFTA is not only related to the liberalisation of customs fees in trading with regional countries. On the contrary, customs fees are merely a small fragment of what CEFTA encompasses.

For a country that does not possess access to the sea, such as Kosovo, regional integration in general, and good trade relations with neighbouring countries in particular, are of a great importance. Free trade is necessary for Kosovo, because not only does it allow the importation of raw materials and final products that are not produced in the country, but it also ensures access to markets with potentials for conducting exports. Moreover, it is important to understand that large investors are not that interested in the two million inhabitant market of Kosovo as much as they are interested on the regional 20-30 million inhabitant market, in which case they can utilize the workforce and the raw material market, and moreover, where they can sell their products. However, it needs to be acknowledged that CEFTA is not a magical solution; however, it is merely a possibility to resolve problems. If the possibilities provided by CEFTA are not utilized efficiently, benefits will be diminutive.

¹ Ahmet Manqellari, International Trade, Tirana, 2004, page 139

Benefits of Kosovo from CEFTA may be viewed both from the political and economic aspect. From the political aspect it is undisputable that Kosovo may only benefit from CEFTA. Kosovo has become a completely sovereign participant in this regional initiative. Moreover, by becoming part of CEFTA, Kosovo has become part of the regional cooperation mechanism that promotes political stability in the region. Thus, Kosovo is resolving problems by means of dialogue and negotiations, not confrontation and threats.

Even from the economic aspect the benefits of Kosovo are vast. Firstly, Kosovo undertakes a series of obligations on institutional reform in many important fields, such as state subsidies, competition, public procurement etc., it would difficult to undertake such reforms due to the political and administrative will that they require. Secondly, the region will conduct a harmonisation of policies, institutions, laws and procedures through CEFTA. This makes the region more attractive to foreign investors, because they would not prefer to work in a regional market in which the rules of the game change each time they cross a border.²

Joining CEFTA, apart from benefits also brings consequences for Kosovo. Concretely, the Kosovo economy, although it is part of the regional CEFTA market, is suffering, due to the fact that the agreement not being respected by Serbia, Bosnia and Herzegovina and Montenegro. Notwithstanding the fact that Kosovo products have been banned from entering the markets of Serbia and Bosnia-Herzegovina, or even transiting through these territories, Kosovo has not set reciprocity measures against the products of these countries. Kosovo, in the opinion of many economic analysts from Kosovo, is the most liberal economy in Europe with regards to the free and uninhibited movement of people, capital and goods; however the negative effects of this liberalisation are suffered by its own economy.

3. Economy and the trade balance of Kosovo

During 2008 the Kosovo economy had a real increase of GDP by 5.4%. the Economic increase in 2008 was generate by the increase of private consumption and public investments, that were mainly financed from the Banking sector credits, emigrant remittances, considerable increase of public spending as well as foreign assistance. The state of the labour market remains difficult, with the persistence of a high level of unemployment, above 40%, and continues to remain a challenge for the country's economy. During 2008 the Banking sector, which continues to play the key role in the financial system of Kosovo, had an annual norm of increase in deposits of 26.4% and credits 32.7%. Along with the broadening of activities, the Kosovo banking sector continued this high rate of constancy. Even in 2008 the high level of economic dependency form imports continues to take place, which has resulted in a high level of trade deficit, about 43% of GDP. It is expected that challenges for the Kosovo economy during 2009 would be great, bearing in mind the continuation of expansion of the crisis which in Kosovo is expected to be reflected mainly through the decrease of remittances and direct foreign investments, as well as the eventual tightening of credit give allotment by the commercial banks.³

Kosovo cannot fulfil its needs by domestic production; hence it is importing almost the most elementary articles. For years, Kosovo is faced with a high trade deficit as regards trade exchange with the world.

If we were to analyze the 2008 trade balance of Kosovo we would notice that imports increased by 22.2%, which is a large increase compared to 2007 (20.1% in 2007), whereas exports increased by 20.2%, which compared to 2007 is a much lesser increase (49.1% in 2007). As a consequence of a higher rate of increase of imports and lower rate for exports, a decrease of the coverage of imports with exports from 11% as it was in 2007 to 10.8 in 2008.

² Kosovo Chamber of Commerce, Economic Developments and the business environment in the Republic of Kosovo 2007, Prishtina, 2008

³ Central Bank of Republic of Kosovo (CBK), Annual Report 2008, page10

Table 1. Kosovo trade balance, in millions of Euros

Description	2005	2006	2007	2008
Exports	56.3	110.8	165.1	198.5
Imports	1100.0	1252.1	1503.3	1837.0
Trade balance	-1043.7	-1141.3	-1338.2	-1638.5
Trade balance (% of GDP)	-34.0	-35.8	-39.1	-43.0
Coverage of imports by exports	5.1	8.8	11.0	10.8

Source: CBK – Central Bank of the Republic of Kosovo, Annual Report 2008, page 45

The structure of exports in 2008 was dominated by basic metals and mineral products which comprise 63.3% and 9.1% of total exports, respectively. The third category relevant in terms of total exports is food products, which in 2008 comprised 5.4% of Kosovo exports (5.1% of exports in 2007).

The structure of imports in 2008 continues to be similar with the preceding years, where the largest portion is comprised of mineral products that largely include oils (19.6% of total imports). The second largest category in the structure of Kosovo imports was food products that comprised 13.2% of total imports. Other categories in total imports remain basic metals with a 9.3% participation and transportation means with 6.8%.

4. Kosovo trade exchange with CEFTA countries

Trade with regional CEFTA member countries comprises the most relevant portion of Kosovo trade exchanges, with a rate of 38.6% of the total foreign trade for 2007. This is the highest indicator compared to all the other CEFTA member countries, which proves a high trade integration of Kosovo in the region. Kosovo exports in CEFTA member countries have increased by 34.3% to about 47.6 million Euros and represent more than 49% of all of Kosovo's exports, whereas imports from CEFTA countries during 2009 achieved 569 million Euros, with an annual increase of 7.4%, comprising about 38% of total Kosovo imports. It is worthwhile noting that Bulgaria and Romani are not considered part of CEFTA anymore, as they have become part of the EU since 01.01.2007. Entry into force of CEFTA has made it possible for all non-agricultural products with an origin from CEFTA countries to be exchanged without any customs fee within the region. With regards to agricultural products of Kosovo, it is worth noting that CEFTA represents a very important market, as 44% of imports and 80% of exports of agricultural products of Kosovo are conducted with CEFTA countries.⁴

Macedonia is the key trade partner of Kosovo, as in terms of imports also in terms of exports, covering 16% of Kosovo imports and exports. In 2007 a considerable increase of Kosovo exports to Macedonia was marked, about 85.2%. Moreover, an improvement of the quality of the structure of exports was marked, whereby a greater participation of unprocessed products is noticeable, such as flour, ferrous-nickel, construction tiles, and refreshing drinks. On the other hand, Kosovo imports from Macedonia in 2007 market a decrease by 8.4% compared to 2006. The key factor that has impacted the decrease of imports from Macedonia is the entry into force of Administrative Instruction 2006/16, which prohibits the import into Kosovo of oil by-products which do not meet European standards. Since Macedonia was the main supplier of these by-products for Kosovo, the entry into force of prohibition of these by-products has had an impact on the decrease of imported quantities of oil, mainly imported from EU countries, mostly Greece.

Albania is the second most important country with regards to Kosovo exports, covering more than 15% of total exports. Imports from Albania are twice as high as exports; however, compared to other countries of the region, imports from Albania are still low. Trade exchanges of

⁴ Ministry of Trade and Industry, Trade exchanges of Kosovo 2007, page 5

Kosovo with Albania are characterized by a vigorous increase from one year to another and a satisfactory reciprocity of imports with exports. During 2007 exports in Albania increased by 72%, whereas imports increased by 65%, compared to 2006. If we were to analyse the trade exchange of Kosovo with Albania in the 2005-2007 period, we observe that Kosovo exports to Albania almost tripled, whereas imports have doubled. Even in the structure of exchanged goods we observe positive changes, since except for agricultural and farming product, we have an increase of the participation of processed goods from the industries of both countries.

During 2007 trade exchanges with **Serbia** were characterized by more than a 16% increase of imports (placing Serbia as the second trade partner of Kosovo with about 15% of total imports) and a decrease of exports by 17%, which comprises about 10% of Kosovo exports. The largest portion of trade exchanges with Serbia is comprised of products from the food, agro-industry, construction and medicament industries.

Trade with other CEFTA countries, excluding Moldavia, with which Kosovo has minimal exchanges, is also characterized by a satisfactory increase of imports and in particular exports toward these countries.⁵

5. Kosovo's benefits from CEFTA integration

For a country with no access to a sea, regional integration in general and good trade relations with regional states are especially of a great importance. Trade relations are necessary for Kosovo because such relations not only make it possible to import raw materials and produced goods that cannot be produced in Kosovo but it helps Kosovo having access to markets with greater absorbing possibilities.

The following are the facts in favour of Kosovo joining the CEFTA Agreement:

- Broader market
- Attraction of direct foreign investments
- Removal of technical obstacles in international exchange of goods
- Rules and cooperation with regional countries
- Preparations and acclimatization for pre-entrance to European Union

It should be understood that big investors are not that much interested for minor markets, as is the case with Kosovo, a market populated by two million people. They are interested in larger markets, probably markets with a population from 20 up to 30 million people, as is the case with CEFTA. These investors can use labour force and raw material market where they can later sell their products.

CEFTA Agreement enables the removal of technical obstacles applicable to Kosovo exporters beforehand, such as: rules of origin, recognition of vehicle plates of Kosovo, unexpected and irregular border payments, recognition of documents issued in Kosovo, problems with visas and problems of interpretation of bilateral trade agreements. CEFTA allows Kosovo producers to use all raw material imported from CEFTA state members as they were Kosovo products and to export its final products with zero customs tariff in each CEFTA state member. CEFTA benefits may be observed in several views, such as from political and economic view.

From the political point of view, Kosovo became a participant with full sovereignty in this regional initiative; therefore Kosovo did not remain a black hole in the Balkans or hostage of its status. Also, by becoming part of CEFTA Kosovo becomes part of regional cooperation mechanisms that improves political stability in the region. Furthermore, CEFTA increases the negotiation capacity of Kosovo vis-à-vis bigger regional countries. The resolution of disagreements that Kosovo has with regional countries shall become part of regional problem resolution whereby all parties shall exercise pressure over a discriminatory party.

⁵ Ministry of Trade and Industry, Trade exchanges of Kosovo 2007, page 6

From the economic aspect, Kosovo shall have more benefits, by becoming a member of CEFTA Kosovo takes over a number of obligations for carrying out institutional reforms in important fields, such as state support, competition, public procurement etc. Moreover, its membership shall urge Kosovar producers to improve the quality of their products while facing the competition from CEFTA member states. However, it should be understood that CEFTA does not offer a magic solution but a possibility to solve problems.

6. Facts that speak against entrance of Kosovo to CEFTA

If we refer to data regarding macroeconomic indicators in Kosovo we shall find some factors that speak against Kosovo joining CEFTA. These factors are mainly of political and economic aspects:

- Low level of Gross Domestic Production (GDP)
- Low competition capacity of economic operators in Kosovo
- Very low exports compared to imports
- Low stimulation of Kosovo producers.

Low level of GDP - This parameter demonstrates the low economic capacity of Kosovo, namely low level of production and its difficult economic structure. Based on economic theory, it is favourable within an integration process that only states with similar level of economic development be integrated. Such a conclusion weakens the position of Kosovo in relation to other CEFTA member states.

Low competition capacity of economic operators in Kosovo – this is another negative factor that weakens Kosovo's position within CEFTA. Most Kosovar producers use unsophisticated production technology. Also, Kosovar producers are faced with great production problems (power cuts etc.).

Low level of exports compared to imports – this also shows that Kosovo in general depends mostly on foreign products and it exports very little. This shows that due to small production capacities Kosovo's economy is not sufficiently prepared for integration into this agreement. Based on the abovementioned conclusions, it results that CEFTA member states shall obtain a market where they will sell their products while Kosovo producers have little chance to do it with their own products.

Low level of stimulation for Kosovo producers – When comparing Kosovar producers with those of CEFTA member states, we have noted many complaints by Kosovar producers related to the low level of stimulation and unfavourable tax policies in comparison to the ones in place for the members of this regional agreement.

Non-adherence of agreement by all CEFTA member states – Concretely in the case of Kosovo, the CEFTA Agreement is being violated by Serbia and Bosnia and Herzegovina, which export their goods to the Kosovo market, and on the other hand, they do not recognize goods that originate from Kosovo, and do not allow such goods to enter their markets.

7. Conclusions and Recommendations

Based on the abovementioned factors, both positive and negative, we can conclude that joining the CEFTA Agreement is fairly reasonable. Non-integration is not the path to undertake in the current market economy.

From the research herein it can be concluded that the importance of integration processes, whether bilateral or multilateral, is inevitable and this reminds us that relations between Kosovo and Balkan region countries, more concretely countries of the Central Europe Free Trade Association (CEFTA) depend on a process that has its origin, its evolution stage which is fairly dynamic, however it also has its continuity which is impacted directly or indirectly by all changes of economic aggregates, whether microeconomic or macroeconomic.

From the analysis of the trade balance of Kosovo it was observed that Kosovo faces a continuous problem, which is the trade balance deficit. This means that Kosovo is dependent on imports, whereas its capabilities to place local products in the external markets are limited. Kosovo also faces a low GDP level, which means that Kosovo has a very weak economic force; respectively its production level faces numerous difficulties. Moreover, if we rely on the principle that countries that join integration, CEFTA, or another, need to be at approximate the same level with the other countries of that integration, then the inclusion of Kosovo in this integration will be in contradiction with this theory. Kosovo will enjoy benefits from liberalisation only in the long-term, through the increase of the level of domestic production and increase of exports, which automatically reflects in an increase of GDP.

In order for the relations of Kosovo with CEFTA member countries to be good and in order for their economic processes to have an impact, there is need for adequate education of new generations, concurrently professional development through permanent training for those involved in this processes.

On the other hand, it is the duty of businesses that aim the modernisation and improvement of their activities by opening up to new technologies and improving their management system, by broadening their vision to the regional and European market, and by focusing more on the quality of their products.

Hence, in the future, monetary and fiscal policy of Kosovo is to be oriented towards stimulation of local production. In this way, by encouraging local production industry, we shall establish conditions for decreasing the level of dependence on foreign markets, shall offer more types of products to foreign markets, and, as a result of all this, will be improved trade balance of our country.

In conclusion, I would like to point out that CEFTA needs to be adhered to equally by all member states, which means that its rules are meant to be mandatory for all member states, which should not act as was the case of Serbia and Bosnia and Herzegovina in relation to Kosovo. Or in case a member state violates the Agreement, the principle of reciprocity is to be applied in order not to damage only a single party but both parties should be in the same position.

References

1. Badivuku-Pantina, M., 2001, Multi-National Corporations and their Role in Establishing New Economic World Order, Prishtina, Kosovo
2. Badivuku-Pantina, M., 2005, Kosovo and Regional Economic Cooperation, Prishtina, Kosovo
3. Berisha, S., 2002, International Economy, Prishtina, Kosovo
4. Berisha, S., *Integrimet Ekonomike Evropiane*, Prishtine, 2005
5. Central Banking Authority of Kosovo (CBAK), Annual Report 2006, Pristina
6. Central Banking Authority of Kosovo (CBAK), Annual Report 2007, Pristina
7. Central Bank of Republic of Kosovo (CBK), Annual Report 2008, Pristina
8. Chamber of Commerce of Kosovo,
9. *Eko Biznesi*, May 15, 2009, Rrjedhat ekonomike në Kosovë, Pristina
10. Elke Thiel, *European Integration of Albania: Economic Aspects*, University of Bamberg, Foreign Professor, Economic Faculty, University of Tirana, May 2004, Albania
11. European Commission –Directorate – General for Economic and Financial Affairs “West Balkans in Transition” 12/2004.
12. International Monetary Fund, *Kosovo – Changes in Classification on National Income Accounts (NIA)*, Kosovo Main Indicators, 2004-2007, April 2008, Prishtina, Kosovo
13. Kosovo Chamber of Commerce, *Economic Developments and the business environment in the Republic of Kosovo 2007*, Prishtina, 2008

14. Kristo, I., Biznesi Nderkombetar, Tirane, 2004
15. Limani, M., 2004, European Economic Integrations, Pristina, Kosovo
16. Manqellari, A., 2004, International Trade, Tirana
17. Ministry of Labor and Social Welfare, Annual Raport 2004, Pristina,
18. Ministry of Economy and Finance, Budget of 2007, Pristina
19. Ministry of Trade and Industry, Annual Foreign Trade Report 2006, Pristina
20. Ministry of Trade and Industry, Trade Exchange of Kosovo 2007, Pristina
21. UNMIK European Union Pillar, Economic Policy Office, Kosovo Economic Outlook, March 2006, Pristina
22. Progress Report of Kosovo for 2005, European Committee, Brussels, November 2005, SEC (2005) 1423
23. UNMIK European Union Pillar, Economic Policy Office, Inducement of Kosovo Economic Growth, July 2005, Prishtina
24. World Bank, Kosovo Monthly Economic Briefing, November/December 2005, Prishtina

ELECTRONIC FINANCIAL CITY

Amir HEYDARI*

Abstract

In recent decades due to amazing advances in science and technology there have been extensive changes in economic fields. Today the speed of access to information has a vital role in sustainable development of economic institutions and economic policymaking's of the users. What is of utmost important for the managers of companies and organizations is awareness of the events in and out of the organization and faster resolving of the issues and problems, and identifying opportunities. From another point of view investors and observing institutions want clear and improved structure in the companies and organization and emphasize the positioning of responding. Main characteristics in today's business is interaction between professional accountants and computer information systems. The effect of Information Technology (IT) on reporting and continuous auditing has been due to environment necessities as traditional systems have graduating lost their popularity with the emergence of new technologies and the quality of information from those systems and in accordance decision makings have decreased. In this paper we refer to the importance of information technology in establishing financed city and its effect on qualitative characteristics of accounting information, and to practical application sample in accounting and financial areas.

Keywords: *accounting information systems, web-accounting, qualitative characteristics of accounting information, eXtensible Business Reporting language (XBRL).*

1. Introduction

Nowadays wonderful changes have occurred in the field of Information Technology and they have led to many developments; so that, changing trends have been created in various fields. The most important characteristic of the information technology, include: high speed of the access to the information; being update; possibility of the electronic exchange of the information; high quality and it's very cheap and decreasing price. Given to this fact that so far no step has been taken to establish an electronic fiscal city, in this paper in addition to refer to the needed vehicle that should be considered as the electronic fiscal city, typical applications of each of them can be described separately [11,17].

2. The effect of Information Technology on accounting

Effect of the Information Technology (IT) on the fiscal reporting in due to the environmental necessities. Strategy of the traditional systems has gradually lost their credit with appearance of the new technologies and the quality of the information resulted from them and consequently the quality originated from the decision-makings has been decreased.

The information technology is a key element in elimination of the temporal and space restriction; better and quicker access to the information and more importantly, in being update. In other words, technology has changed the way of doing the works and has caused paper to be turned to the electronic packages. High-level usage of the internet is one of the appearances of applying of the information technology in such away that harmonized fiscal systems of the companies and organizations are directly connected to the internet [22].

The user of the fiscal information in every point of the world can refer to the website of the company and always observe the fiscal statements with the last changes and analyze them. Users of the fiscal information and auditors can manipulate their obtained information for preparation of

* Msc in accounting and member of Young Researchers Club (YRC) Republic Islamic of Iran (e-mail: amir.heydari.acc@gmail.com).

the desired reports by using the intelligent software; planning systems of ERP institution; hypertext marking language; extensible marking language (XML), extensible trading reporting language (XBRL). Thus, printing and distribution of the fiscal statements in the periods are not needed, this fiscal reporting in which information are always accessible through internet (or its potential substitute), is called online financial reporting. Hardware's applied software's, intelligence software's, internet networks and their vehicles, internetbased protocols and other technologies online financial reporting based on the researches and surveys that have been done during recent two decades, researches have found that: using the computer texts (hypertext related to the fiscal statements can effect on the judgment of the users [6,19].

Hopwood believes that in despite of many researches that have been done about (conducted) the content of the fiscal statement; but there is not much done about their representation. Various technologies that recently have been applied in the representation of the fiscal statements and have not existed in the past have limited the research in this field [10].

3. Effect of information integrated system on accounting

Accounting information system as a part of the management information system should provide useful information for making-decisions. Only the information can be useful that in addition of having the qualitative characteristics of fitness and being in time can be accessible simply by the managers with the least time and cost. With creation and fast extension of the internet and incorporation of the information technology and accounting information system, a new phenomenon called accounting come into the existence in the sphere of the web-based accounting and turned into a vehicle for collection and reporting the information in the field of the accounting. If the web-based accounting is used, the qualitative characteristics of the accounting will increase and the information can be obtained more simply. Thus, we can claim that if the system of web-based accounting is used, the useful background for the logical economic decision-makings will be provided for the managers of the economic institution.

4. The effective of information technology on quality characteristic of accounting

Given to the importance that the board of the US fiscal accounting standard (FASB) has given to the qualitative characteristics of the accounting information in the No.2 statement of the concept of the fiscal accounting (SFAS), we can consider the effect of the harmonized system of the information on being in time and reliability of the accounting information [8,9].

The surveys show that in the system of the integration of the information, increasing the qualitative characteristics, being in time and fitness of the information and also preparation of the information that provide the simpler access to the fiscal reporting's, have positive effect on the economic decision-makings of the directors. Also, this system incorporate and categorize the complicated information and giving more details about operating and fiscal information if necessary; in this case, it contributed to disclosure the information completely and make the fiscal reporting's to be more understandable. In other words, utility of the information will increase for prediction of the future events in this system and we can say that the power of prediction and value of the feedback of the information will also increase. The integrated system of the information can provide the access to the remote information simply, it removes the temporal and space limitations for access to the information and increases the speed of the information and operations flow in the various units and parts of the organization. Also, the results obtained from the surveys show that extensibility of the system of the accounting information in the field of internal flow in this system is very simple, and if the organization developed geographically, this system can be conformed to it.

5. Accounting information system

Information integrated system (IIS), is the information systems that cover all of the valuable systems of the original information bank in suitable and related form. This system in addition of

the benefits of an associated and comprehensive software system, can increase the organizational unity and utility of the accounting information for the managers. A system is a set of two or several related parts that cooperate with each other in order to reach one purpose. Accounting information system includes the individuals, approaches and the ways of the information technology. In proportionate to the activities of the companies, accounting information system enjoys different intricacies; but, all of the cited system is similar in these three cases: similar structure; similar processes; and similar purposes.

Accounting information system (AIS) as apart of the management information system (MIS) provide useful and in time information for decision-making. The following are among the other parts of the management information system:

- Marketing information system
- Production information system
- Human Resource information system
- Decision Support System
- Expert Systems
- Executive Information Systems [1,3].

6. Web-based accounting

Web-based accounting (WBA) is a new technology that has come into existence in the sphere of the fiscal reporting and management and accounting systems. Given to the significant growth of the information technology in the recent decades and posing the issues such as electronic trade and consequently a third wave that has been occurred in recent years in the information technology show the necessity of using of this technology in the field of the accounting information systems.

Having enough and useful instruction and training before play the professional role and enjoy of the continuous training in the course of the professional work is all that is necessary for creation and preservation the capabilities that allow the accountants to do the professional work and more importantly, the right of the work and being in the service of the public benefits or public interest. Web literally means spider's web; but, in the field of the computer knowledge, this word refers to the World Wide Web. Web-based accounting refers to the recent meaning of this word. When information users obtain accounting information system of the company through internet, instead of Local Area Network(LAN) or one personal computer(PC), that have their own temporal and space limitation, users have access to the information by World Wide Web [2,7].

Web-based accounting is the accounting information system that uses the world web and in more exact sense, the World Wide Web that summarily is called web to collect, transfers and reports the fiscal information. Companies provide many possibilities and facilities for the users of the fiscal reporting are especially internal users by establishment of their accounting information system based on World Wide Web. In simpler meaning, web-based accounting system is a complete accounting system that is founded based on one web server. Everyone in the world can access to this accounting system and it is done by a simple browser and its establishment and enforcement in the company. Accounting based on the World Wide Web is a new technology that is used in the fiscal reporting field and accounting and management information systems.

7. XBRL

The primary idea that led to the creation of the eXtensible fiscal reporting language (XBRL) was very simple. Unlike internet standard pages or print column in which the fiscal information are given in the integrated text form, in this language, a recognition label that can be tracked by the computer is given to every data; for example, net profit of the company has its own label in this language. Computer software provide automotive processing of the trade information by using XBRL labels and difficult and costly process of the manual register and recompress on of these

items are avoided. XBRL is a language for the electronic relationship of the fiscal data that is creating a profound change in the fiscal reporting world wide. Another definition for XBRL is as the following: A language for definition, production, business and distribution of the fiscal reporting's. We can define XBRL in this form that: XBRL is a language of the definition of the data that creates the possibility of trading the understandable and integrated fiscal data [4].

XBRL is a kind of trading (business) reporting language that can be extended [21]. This language is a standard for electronic exchanging of the data between the companies and organization through internet and can increase accuracy, precision, efficacy, and transparency of the fiscal reporting and regenerate the way of transferring and using the data by the internal and external organization [24]. Every trading unit, for exchanging the fiscal and trading information with other units needs one-by-one exchange of the information with that unit. Computer consciously recognizes the data and information that have been written in this language. In other words, computer can read, analyze and save the information of XBRL, text and presents it to the users. This language can increase the speed of the processing of the fiscal data significantly and decrease the possibility of error by providing the automotive control of the information by using XBRL [15]. Companies can save the costs and report the fiscal information with more efficacies. If the fiscal data has been collected with XBRL language, users of these data such as investors, analysts, fiscal institution and legal authorities can find and control their desired data with more speed and efficacy and finally compare and analyze them. Bill Glitz (2000) declares the new approach of Microsoft Company in the application of XML in the future products of Microsoft, called this language the internet subsequent revolution, XBRL creates many advantage in preparation, analysis and exchanging the business (trading) information. XBRL can provide saving in the cost, more accuracy, improvement of the accuracy and reliability of the information for all of the persons that relate to the preparation or using the fiscal information [16].

XBRL is a free and open standard that has been created by the international and non-profit consortium. XBRL is a member of the families that are based on XML that is a standard for electronic exchange the data between the companies and internet. XBRL and XARL services are based on the exchange ways (approaches) of the internet message. Internet is naturally unsafe. These two reporting services can not reach their own complete potential power without the needed security. Today security approaches include IDs and passwords of the users and transport-level, point-to point security for issuing the data in the internet such as SSLTSL, S_HTTP, and VPN. Access to the control techniques that are based on ID and password of the users can protect files and data from unauthorized access; but, it can not guarantee the accuracy of the information. Transport-level, point-to-point security is not enough for the security of the information that circulate between several agents or marking up the parts that have been selected from a set of the information. Thus, alternative security approaches are needed for compensation of these limits. In forming of XBRL, certain labels are used for data items can be processed effectively by computer software. Powerful structure of XBRL provides very effective controllability of the data of the company by computer software. This computer language supports all of the standard works related to collection, saving and using data of the company. Every trading unit in order to exchange the fiscal and trading information with other units, it needs one-by- one exchange of the information with those units. But, this one-by-one relation requires various programming that cover various fields. Furthermore, it is not economical in terms of the time and cost. XBRL removes surplus structures and provides transportation between the trading units as the following graph [13].

7.1. Using of XBRL

XBRL can be used for a broad of the fiscal and trading units. It is also used for the following affairs:

- filling loon reports and application forms
- evaluation of the trading risk,

- Formal- publications of the accounting, providing a standard method- that has been prepared by the formal authorities from the accounting notes [18].

7.2. Process of implementation

Regardless the size and limits of the reporting activity, enforcement of the reporting system based on XBRL can be considered in six steps that include recognition of the truth, planning, allocation of the resources, implementation and establishment. That is show in the following figure.-3-7-) Charles Haphman who is a member of CPA and founder of XBRL, along with his cooperators gave a paper under "one trading case for XBRL" in 2005 in which explained the way of acquisition the advantages of XBRL. Creation the order between the data is among the most important benefit (advantage) of using XBRL. In contrast to the irregular input, regular in pot can be exchanged with higher efficacy. Other advantages of using XBRL in haphmans paper are as the following:- saving costs with preparation of the inputs on one from and producing many outputs automatically, because, companies and organizations often avoid reintroduction of the inputs and other manual works.- reinforcement of the relation between subordinate companies and sectors with higher speed and reliability.- more concentration on the analysis of the data, prediction of the results and decision making as compared with troublesome work of the collection – collection and preparation of the data that lead to quick decision- making with higher efficacy.possibility of more effective use of the internet in transportation of the information to the investors that leads to the improvement of the relation with them through providing more transparent information that satisfy the customers. Simplification and more flexibility of the reporting process and reduction the cost of preparation the tax return and other reports that are required by the competent authorities. - quick receipt of the response from the organization such as the banks and supervising organizations.free presentation of the trading systems and software's that are encountered with problem for substitution. Using XBRL provides high speed in the auditing process for independence auditors, and they need some knowledge about the language of the program. AICPA, the new model of the fiscal reporting, emphasizes on updated and online reporting by using of XBRL. Profound components that from the model are:

- Reliable information systems that collect and analyze the information.
- Fiscal and non-fiscal enforcement measurements of a certain industry
- better and higher quality expression that has been written in the conditions of unnatural individuals.
- Accountability of the companies and organizations.
- updated distribution and publication of the information [12].

Although XBRL directly has an important effect on the final component (updated distribution of the information) is indirectly a vehicle for other four components.

7.3. XBRL and independent auditor

Using XBRL allow understandable fiscal and non-fiscal information to be published. This is done by providing the standard words through effective system of the accounting information. Thus, a user of the fiscal statement in Germany, reads the information as much understandable s the us user. Updated fiscal reporting through XBRL decreases the usual forms of the incomes management and increases the accountability of the companies and organizations in two ways:

First, manipulates reported information by reduction of the time of the management. Second, increases it is transparently by increasing the access of the user to the information. Updated report requires updated accounting. Although auditing of every transaction is impossible during it is enforcement, accounting of the systems and used process is not impossible in collection and reporting the information. Many auditors believe that using the updated auditing has not any effect on their occupation. Because, traditionally, many companies and organizations analyze the published information as soon as possible, regulation of the fair disclosure (FD) needs the

disclosure of the important information for the public. Long-term purpose of regulation the fair disclosure is to increase the confidence of the investor in authenticity and usefulness of the market. New rules that have been incorporated with the technological promotion require updated auditing and reporting. Today independence auditors should be informed [14,21].

7.4. Future of reporting by using XBRL

XBRL can have very important role in the future where all of the possibilities can be obtained, companies and organizations can not have any excuse for the lack of using XBRL. In 22, December.2006, English country requires all of it is companies to accept and enforce XBRL until 2010. Companies that can enforce XBRL will have many benefits in the future. The companies can satisfy their investors by online representation of the fiscal documents through XBRL. They also can better understand their past trading decision-makings and better predict the decisions related to the future. In this reporting system, delay in the representation of the information reaches to the minimum-level, then the decisions can be made immediately and management can be sure of the decisions that have been made. With these comments in longterm companies costs will decrease by reduction of the false decisions. As mentioned above, with enforcement of this new technology, investors and fiscal analysts will enjoy many advantages in the future. Also, enforcement of this kind of reporting in long term leads to the reinforcement of the fiscal markets and economic dynamic. In a paper that has been published in 2000 by Vasarchelyi, Kogan and Alles under "Accounting in 2015", it is expressed that companies that mechanize their accounting operation by implementation and enforcement XBRL and new technologies, they will weak the role of the accountants and auditors, this is why the accountant and auditors should think of their occupational future from now [5,23].

Conclusions

In this today developing world, fast access to the related information is very important for decision-making. Given the speed of the environment changes, the speed of the transportation of the information is also considered by using the electronic exchange of the fiscal accounting information and reporting based on world wide web, the cost of the preparation, processing and application of the information will decrease, geographical and time gap between the units of the organization will be removed, and the wide and branched organizations will be appeared as a related and without boundary arena. Also, given the movement towards being digitalized and presence of the fourth wave namely metaphorical arena and by using the posed vehicles and techniques in this paper, we can found the needed infrastructure for making an electronic fiscal city between the organizations, companies and all of the governmental and non-governmental organs.

References

- [1]Hopwood,A.G.,Introduction.Acct.Organ.soc.21,1, ,pp.55-56,1996.
- [2]Bates, M. J. The invisible substrate of information science. *Journal of the American Society for Information Science*, 50(12), 1999.
- [3]Beattie, V., & Pratt, K. Issues concerning webbased business reporting: An analysis of the views of interested parties. *The British, Accounting Review*, 35, 155–187, 2003.
- [4]Bergeron, B. *Essentials of XBRL. financial reporting in the 21st century*. Hoboken, NJ: Wiley, 2003.
- [5]Bijker, W. E., & Law, J. (Eds.). *Shaping technology/building society*. Cambridge, MA: MIT Press,1992.
- [6]Bovee, M., Ettredge, M. L., & Srivastava, R. P. Does the year 2000 XBRL taxonomy accommodate current business financial reporting practice? *Journal of Information Systems*, 16(2),

165– 182,2002.

[7]Branson, M. Using XBRL for data reporting. *Statistical Journal of the United Nations, ECE* 19, 201–204,2002.

[8]Buchanan, S., & Gibb, F. The information audit: An integrated strategic approach. *International Journal of Information Management*, 18(1), 29– 47,1998.

[9]Burk, C. F., & Horton, F. W. *Info-Map: A complete guide to discovering corporate information resources*. Englewood Cliffs:Prentice-Hall, 1988.

[10]Daniels, J. XBRL may ease IFRS transition. *Charter*, September, 60–61, 2004.

[11]Davis, C. E., Keuer, W., & Clements, C. Webbased reporting. *The CPA Journal*, November, 29– 34, 2002.

[12]Debreceeny, R., & Gray, G. L., Financial reporting on the Internet and the external audit. *The European Accounting Review*, 8(2),335–350, 1999.

[13]Debreceeny, R., & Gray, G. L., The production and use of semantically rich accounting reports on the Internet: XML and XBRL.*International Journal of Accounting Information Systems*, 2, 47–74, 2001.

[14]Debreceeny, R., Gray, G. L., & Rahman, A., The determinants of Internet financial reporting. *Journal of Accounting and Public Policy*, 21, 371–394, 2002.

[15]Philips, M. Colvard, R., " XBRL : The new financial Reporting Language has arrived", *Tennessee CPA journal*, June, 2007.

[16]Schmerken, I., " XBRL Will Transform financial Reporting" *Wall Street Technology*, 2000.

[17]Watson, Liv., " XBRL : The Changing world of Financial Reporting". Publication of EDGAR online, Inc, 2005.

[18] Efrim Boritz , won Gyun, Auditing an XBRL Instance Document : The Case of United Technologies Corporation – J No – August 2007.

[19]J.E.Bortiz , won G.Assurance Reporting for XML – Based Information Services: XARL (Extensible Assurance Reporting Language),No 2004.

[20]Financial Reporting in the XBRL Age: A Step – by- Step XBRL Implementation- ferf (financial executives research foundation) 2005.

[21] J.Efrim Boritz , Won G, Security in XML – Based financial reporting services on the Internet , No – 2005.

[22]Méndez . Sheila . Analysis of XBRL documents representing financial statements using Semantic Web Technologies ,2006.

[23] Debreceeny, R. , Gray , G.L., “The production and use of semantically rich accounting reports on the Internet: XML and XBRL” , *International journal of Accounting Information Systems*”, vol 2 , Issue 1 ,pp 47-74. Available at: <http://www.Science Direct.com>,2001.

[24] Premuroso, R.F. , Bhattacharya , S., “Do early and voluntary Filers of financial information in XBRL format signal superior corporate governance and operating performance?” *International Journal of Accounting Information Systems*, In press, Available at: <http://www.Science Direct.com>, 2008.

THE REFLECTING OF THE USAGE PRODUCTION CAPACITY IN THE INDICATORS OF THE COSTS TO THE COMPANY

AUREL IȘFĂNESCU*

Keywords: *expenses index to a business figure of 1000 lei; capital; production capacity.*

Improving the use of production capacity has a number of positive effects which are properly reflected in the main economic and financial levels of the enterprise. We believe that the quantification of those effects is important for our economic practice given the interdependence between technical – productive and financial activities, the later being not just a reflection of the former but also a conditioning factor of this because the recovery of consumed resources is also determined by the way those resources were consume, process directly involving the technical – productive potential of the enterprise.

Another aspect of improving the utilization of production capacity consist in the use of working time, characterized, in the economic practice, by the level of maximum time capital use available (G), which is the ratio of time actually worked (Te) and the maximum capital available (Tmax).

The effect of increasing of the maximum level of capital available is the increased production. Increase ratio (percentage) of production (ΔQ) obtained in this way can be determined based on the relation:

$$\Delta Q = 100 \cdot \frac{100}{IG} \text{ where IG is the index level of the use of maximum capital available}$$

$\frac{G_1}{G_0}$. As an example you need the following information:

-Lei-

No.	Indicators	Provided	Achieved
1.	Production manufactured/ Output	1.400.000	950.000
2.	Maximum capital available (thousand hours working machine)	760	740
3.	The actual work capital (thousand hours car)	750	703
4.	The level/ degree of the utilization of maximum capital available	0,9868	0,95

So that the I_G is 96,27% $\left(\frac{0,95}{0,9868} \right)$ a reduction of 3,73%.

As consequence the correspondent reserves (percentage) of production is 3.87%, and the absolute amount of it is 36,765 lei (3,87% x 950.000), which means that, considering the output of fixed assets, had the maximum capital been used 98,68% of effective production would have been 986.756 lei (950.000 + 36.765).

* Professor, Ph.D., Faculty of Economic Sciences, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest

The increase of production volume as a result of a better use of production capacity entails other effects such as:

a) The decrease in liquidation expenses to a business figure of 1000 lei. The liquidation is a part of conventionally constant expenses. Therefore the respective influence will be determined on the relation:

$$\frac{C_a}{I} - C_a, \text{ where } C_a \text{ represents the liquidation expenses made in current period. If, for}$$

example, $C_a = 70$ lei, then, the decrease obtained would be $-2,6$ lei $\left(\frac{70}{1,0387} - 70 \right)$;

b) The decrease of physical expenses to a business figure of 1000 lei. Since liquidation is a part of physical expenses, it will influence their level. But in the structure of physical expenses are other elements which do not depend on production volume. As a result, because of the increase in production, their level will change according to the relation:

$$C_{mf} \frac{1}{I_q} - C_{mf}, \text{ where } C_{mf} \text{ - represents the fixed material expenses to a business figure}$$

of 1000 lei. If $C_{mf} = 180$ lei, the effect on the increase in production is $-6,70$

The fixed material expenses to a business figure of 1000 lei, being a part of a hole – the synthetic indicator „expenses to a business figure of 1000 lei” would influence their level which would be reflected not only in the potential profit but also in the added value.

c) The percentage change of material expenses to a business figure of 1000 lei. Taking into account the relation: $I_{CM} = g' I_{C_{mv}} + g'' I_{C_{mf}}$, where g' = represents the of variable material expenses (') and fixed (") of the total amount of material expenses, $I_{C_{mv}}$ and $I_{C_{mf}}$ = the material expenses index and fixed to a business figure of 1000 lei.

In theory, the variable material expenses, change proportionally to the production volume., which means that at 1000 lei has a constant feature $I_{C_{mv}} = 100$.

In this case $I_{CM} = g' + g'' I_{C_{mf}}$. But: $I_{C_{mf}} = \frac{1}{I_q}$. As a consequence $I_{CM} = g' + g'' \frac{1}{I_q}$

Example:

Material expenses to a business figure of 1000 lei 600 lei (100) out of which:

- variable 420 lei (70)

- fixed 108 lei (30)

As a consequence, $I_{CM} = 70 + 30 \frac{1}{1,0387} = 98,88\%$ which means that due to increase in

production by 3,87%, the material expenses at 1000 lei will decrease by 1, 12%.

The procedure is similar for determining the expenses index to a business figure of 1000 lei with the difference that g'' represents in this case the share of variable expenses and fixed expenses in the total amount of production expenses and instead of fixed material expenses, the fixed expenses index will be used to a business figure of 1000 lei

There is the possibility of establishing a connection between the expenses index to a business figure of 1000 lei and the level of use of the maximum capital available.

To this end, the relation $I_C = g' + g'' \frac{1}{I_q}$

$I_q = \frac{q''}{I_C - g'}$. On this basis G' can be established using the relation above, $G' = I_q \cdot G_1$.

As an example, previous data will be filled in with the following:

- expenses to a business figure of 1000 lei 800 lei(100) out of which:
- variables 570 lei(71,25)
- fixed 230 lei(28,75)
- the expenses index to a business figure of 1000 lei, taking into consideration the stepped production previously established, is 98,93%.

$$\text{Respective } I_q = \frac{0,2875}{0,9893 - 0,7125} = 1,0387 \text{ or } 103,87\%.$$

Knowing the maximum limit of I_q (in our case 105,26 – based on the relation $\frac{1}{G_1}$) there is the possibility of establishing a level of expenses up to a business figure of 1000 lei which can be promoted as an objective for the next period. Thus, $I_C = 0,7125 + 0,2875 \times \frac{1}{1,0525} = 0,9856$ or $98,56\% \times 800 = 788,48$ lei.

For the achieving this level the use of 100% of the maximum capital available is a necessity.

The presented procedure is useful when some indexes need to be correlated, after some measures were promoted within the company.

ECONOMIC POLICY. THE PROBLEM OF SUSTAINABILITY

PAUL TĂNASE GHIȚĂ*

Abstract

There are very few economic or social terms that we usually use and that are viewed as different, conflicting, mistaken and diverted as politics and especially economic politics. Neither the term politics nor the situations are not new, but although time has passed, nobody made some elucidations. Some have tried, of course, but the results were not good because of their small character, they had a short period and many, especially those that could have profited upon the term's ambiguity, did not want to. The haziness did not always have the same intensity. It evolved sinuous. It is even now in other countries too, only here more than there, in our country the dizziness of the politic markets has determined on accentuation of this situation. What is surprising is the fact that in "the high spheres" of the politic structures many persons who aspire at the title of intellectual or they take it considering the number of years spent in school, they know too little or even nothing about the significance of the term politics on whose basis they could clarify the problem of the economic politics and they could adopt a certain attitude towards it, either by accepting it or by denying it.

Keyword: *economic policy, sustainability, mechanisms of the markets, the objectives of economical policies*

This kind of thing is not without consequences. In the last decades, there were moments when the word *politics* started a real storm. An expression like politic economy, even if it was the name in other languages of a science, it attract attention and generated suspicions, mistrust and not only. There still are this types of realities, but worrying is their amplitude and sometimes their radicalization. For many, politics is equivalent with lies, dishonesty and deception, etc. Opinion polls show this trend, although sometimes is said indirectly. According to this aspects the politicians "are enjoying" this types of labels. We insist over the idea that the way in which politicians are seen differs and that appreciations go from very positive to the negatives ones expressed in radical terms. Moreover, these kinds of perceptions have known high fluctuations in short intervals.

This complex phenomenon, with many faces, is the synthetic expression of the effects induced by the politics and the politicians' behavior in society, the depth or the superficiality of the politic acts, of how many people were affected and in what way, and the way in which the attitude of the politicians and of the population has modified in time, of the way in which the interest of the politicians has merged with those of business people, etc. Cultural politics are the first in producing this phenomenon.

All of this, and not only, prove the fact that politics, in general, and economic politics, especially, have a capital problem- the sustainability, sustainable or simply the problem of support. To be able to reveal them we need a more complex approach. This is why we will proceed as the proverb says: "If you want to go by a direct route somewhere, take the roundabout way."

At first, we have the word "policy". If we take into account its Greek origins, the dictionaries, almost without exception, underline that, etymologically speaking, policy means living in a society. Of course, the economic policy talks about the corresponding field, respectively the economy of the society. In addition, as we all live in a society, and the economy exist through what we do from an economic point of view, we conclude that policy is an attribute of each one of us, but especially of a (social) group or of society because nobody can exist outside its borders. Therefore, we could talk about each one's policy, of group's policy, of each nation's policy or more. Individually, nobody forms a society, and this is why policy places us in a social group of

* Professor, Ph.D., Faculty of Economic Sciences, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest

bigger or smaller dimensions at a regional, national, multinational, global level. Usually, about policy we talk at these levels, which imply a bigger or a smaller sphere of society. Even when somebody, in communication, uses the expression “my policy” or “my economic policy”, although he start from what he believes he will do or should do, actually he talks about his intentions in regards with the society in which he lives and which constitutes “the subject” upon which he will apply his “treatment” and his “recipe” of economic policy.

The existence in a society has a multitude of forms, aspects and depths. Economic policy shows only a part of it and it is very important that we see what they consist, what is their representations and how do we know about them. The object of economic policy is, in general lines, for all of us almost the same, although there is not any (perfect) identity underneath this aspect. But the way in which the object of economic policy is seen, from any angle, the way in which is explained or interpreted covers a large pallet of, more or less consistent, even if not opposed variants.

For all of those that are interested in economic policy there is a certain consensus regarding its object, which is or should be setting (adoption) of targets or measures and providing conditions for implementing them in practice with the intent to change the economy in the desired sense. Mostly, this is the way in which things are presented, but not absolutely, as some believe that the subject of economic policy should be to establish rules to guide the economic action and not its contents, while others argue that only adds up "gather or providing means for achieving goals".

Differences of point of view are extremely numerous and sometimes enormous when taking the content of the economical policy into consideration, what it should materialize into, and many other aspects too.

It is very interesting that in the literature of the past 2-3 decades (manuals, dictionaries, magazines, different works, expressed points of view), economical policy is believed by definition to be promoted by the political power. Moreover, it is almost always approached on a national level, as if society were a monolith. Here are a few examples: the economical policy is the aggregate of the decisions of the public power; ...is the behavior of the state towards the economy; ...is the aggregate of the actions of the state regarding modifying the economical state; ...is the aggregate of the interventions of the public power towards adjusting the market; ...represents how the state intervenes to reverse the conjuncture etc. In fact, references and, in general, discussions on this theme are about what you could call the official policy (meaning the policy applied by the current public power). The message is clear: this is the economical policy and none other, that which the public power says. In such a case, we must take notice of three very important aspects:

- any definition of the economical policy and the policy of practice in this domain always directly (expressly) or indirectly implies the state, its presence or intervention;
- the contents of the economical policy is set by the political component of power, by the public power;
- in time, the role of the state in economy has followed the cycle of different preferred doctrines, the change of political regimes and cycles (the periodicity) of general elections, which put its mark on the economical policy being promoted.

Relating to this aspect, in most countries it has become so that, in the development of the economical policy and the evaluation of its effects, for a cycle of government of 4 years, the first and final year to be taken as exceptions with a lesser contribution. The first years is considered “lost”, considering the installment to power of the new government and the adoption of measures fitting the current state of the economy, and the final year is “sacrificed” for promoting some measures meant to improve the image of the government and to convince the electorate to back up their program in future elections. The budget of state and the evolution of some important depict these aspects very well.

Centering attention upon the public economical policy has the merit of making the role of public administrations, public and government institutions, the local ones as well as the public

institutions created by this ones to give course doctrines from which the values corresponding to most voters are inspired. The fact that these policies are based upon the validation by most of the electorate of the ideas on which the public economical policy is built upon, with democracy as a political regime, wholly justifies the attention given to it.

Relating to these ideas, the realities of administrative regions are not identical and, as a result, the economical policy must be at least nuanced, if not better made different, from region to region, by giving the correct autonomy to the regional units of public administration (sometimes so great that that you may ask whether this economical policy is still part of the national policy).

With the public economic policy (the one supported by the public power), in all countries there also are the policies of firms, because they exist in society and because they seek to best “implant” themselves in society, to attain its interests. These policies can be more or less in tune with the local or general public economical policy. Firm policies, inevitably, reflect their interests and are validates in accordance with their form of property and their orientation .

Also, we must not forget that, parallel with the public economical policy, at the level of countries, at national or regional level there also are the economical policies of different political parties or of more important electoral forces, which may be different and may oppose each other, and more or less the same towards the public economical policy, depending upon their own conditions.

So, everywhere, to the economy of a country corresponds not one, but multiple economical policies. In almost all cases, the comparative study of them is done by the analysis and evaluation of their provisions using the same criteria, to find and interpret differences. Beyond this method, one way or another, all policies compare with the public economical policy, because this one is applied, and the political market favors in the electoral campaign the power which had a superior economical policy compared to that used till now, meaning a policy superior to the current public economical policy. Winning in elections, of course, also have other conditioning, but this one has a very high share. The comparative study done this way relates or, on the contrary, amplified the merits or drops of some or of other economical policies and assures a more rational base for evaluating each. At the same time, you may see what they have in common and which is the sphere of comprehension of the common nucleus of all the economical policies, but also what they do not have in common, what makes them different and how much towards good or bad. It is obvious that this way you may make up a base for expressing your option, to capitalize on the opportunities each option brings.

In all the moments of comparing economical policies, the sustainability of each has always been important and will also continue to be. The policy with the highest chance of succeeding is the policy with the highest grade of sustainability. Sustainability gives this chance, but capitalizing on it also depends upon other variables. However sustainability is always directly determinant for the public policy, that is for the policy that is being implemented. The opposite of sustainability is bankruptcy or failure. It is clear that the political powers promoting such a unsustainable policy lose their electorate and are removed from power or won't make it to power.

The sustainability or simply the support is a complex concept with a great variability of interpretations and criteria almost impossible to say in their entirety. We render only a few explanatory variables for this concept:

-adherence to the policy of a sufficient number of supporters who, through their votes and actions, may impose and promote it

-provisions, policy contents can be borne, endured, and its results are close to expectations so much that policy becomes convenient or even exceeds initial expectations

-it should reflect economic realities, it should synthesize its needs and it should offer solutions that are at least satisfactory

-for the retained and included objectives in the policy, it should be ensured both the necessary resources and outlets of a satisfactory degree

-to be fair to the economic culture it refers to, to the sources of inspiration

-“to serve with faith” the interests whose it is promoting

- to express a favorable attitude for a change in well, which it should express its credibility

If we only could give details about this conditions of sustainably and we still are afraid of their diversity, their numbers and subtlety. Of course, there are other variants that are explained.

So that an economic policy could be maintained, ideal would be that it should meet all the conditions, but it hard to achieve this thing. Currently, the sustenance is obtained by meeting almost all the conditions, in different degrees of course. Sometimes this objective was obtained even if only the most important conditions are met, as those that work in the economic policy domain appreciate them. Opinion on which are the most important conditions can differ from person to person, from group to group and from one party to another. In this case, the sustenance, as is in the other situations, is obtained by compromise between persons and groups, sometimes as a result of long and difficult talks, thus each one must give up and to receive bigger or smaller satisfactions, so that we can reach a consensus.

We talk about economic policies, but we must not forget that this ones, as other types of policy have the following characteristics:

-they are not concerned with the application of economic sciences to such realities.

Economic policies are actually politic acts; they express the way in which economy should look and change starting from the interest of the political forces that support them. How “scientific” are the changes is hard to say. But we cannot say a priori that there was no link between economic policy and economics, because it is clear that if the policy should reflect the true economics, economic policies would not differentiate that much between them, would be close and more reliable, at least for connoisseurs and technocrats;

→ the content and the good or bad effects of the economic politics is not owed nor to preparing economists in general, nor to preparing the economists who participate in elaborating and/ or applying them. The determination comes from the politic decision. Governments’ decision concerning political economy is always a political one. The economists, whether good or bad, can sometimes influence the political economy, but they decide only when politicians are involved in the decision act;

→ the victories or the errors of a political economy, although they are directly tied to the economy, are not produced by economical causes, rather by political ones because the content of the political economy has been decided inside the political sphere. As long as the political economy is public and has been validated through elections, the political forces receive all the appreciations. The programs of political economy that the opposition comes up with do not bear the same responsibility because they are not applied and they only represent a counter or opposable version to the governmental one. Such programs have certain purposes and importance within a democratic regime. They can be superior or not to the public political economy and show that, starting from the same realities, with good or bad intentions, sometimes based on the same principles or orientations, different political economies can be created;

→ politics that are economically efficient can be inefficient from a political point of view to politicians and their parties. Of course, there can also be the situation when political economies are viable both economically and politically. Economical politics that are only politically efficient imply serious consequences because they are politics created by the government and will surely be applied; because of the negative effects that they produce, they need to be reformed or abandoned under the threat of losing electors and, thus, of losing the governmental power.

The degree of sustainability ensures the advertisement of a political economy. A politics diminishes or loses its sustainability when those who decide with respect to that politics are not well informed in order to stay constant and faithful to it. Moreover, the sustainability can be refused when the results are obviously inferior or opposed to what was anticipated. If the majority (of the electors or of the deciding group) is truly against a certain politics, then it must not be

promoted. When the effects of an unsupported politics are positive and are rapidly visible, this politics could be promoted because it justifies, through its results, the choice of the governors.

Losing the support of a political economy starts because of differences of various types (differences of nuance, of procedure, of duration, of content's significance, of application measure and so on). The differences can exist right from the beginning in a dormant state or can appear on the way. It is clear that supporting a political economy does not mean that it is perceived in the same manner by everybody, but an acceptance under each aspect, as if it is a single opinion. In fact, such a situation is impossible if we take into consideration the many purposes of the sustainability. An affirmative answer of the same intensity to all panoply's components of motivations for the support of economic policy is hard to find somewhere. Instead it should be considered that there is no such possibility. But let's not exclude it yet.

Empirical studies demonstrate directly, but mainly indirectly, that the most frequent reasons of losing the support or of not obtaining it are: economical interests, the structures of political power, ideology and political doctrines, economical and political values of most of the electors and, more rare, the economic status, the training of the involved politicians, the results of the respective politics. It seems strange, but the situations and countries (see Romania) where the very weak results of the economical politics determine the loss of the support are not so frequent as we might think: the same people and parties or social groups, that generally promote the same politics, keep the political power through many legislations.

The sustainability of economical politics is, obviously, under the influence of some powerful political groups, groups that are formed from a simultaneous expansion of two processes, one of concentration – centralization, and the other of approach and homogenization of the action of the persons behavior and the small groups that are part of those, in order to boost their capacity of influence upon those who can decide, upon politicians or offer them support. Similar groups are or can be the trade unions of employers and those like syndicate or of experts from various branches, the different types of organizations of the customers, young persons, elderly or handicapped; environmental organization; lobbying organizations... In fact, those are considered to play a major role in the political market of every country.

The potential of powerful political groups falls under the influence of several factors, most important of which are:

- The homogeneity of participants-participants have a common interest or more powerful interests
- The facilities offered by the active legislation in organizing such groups, to ensure the necessary means financing the actions that they promote.
- Possibilities that each group has to influence voters or public opinion
- The nature of activities undertaken by these groups and their future prospects

Very important for the sustainability of economic policy is the phenomenon known as "rational ignorance", considered an outstanding feature of the market profit. This phenomenon belongs to a transparent domain, considered in a broad interpretation, which represents the bearers applications and the offer on the market of political, economic, to their economic culture and other things.

The bearers application of economic policy – peoples, groups or organizations, based on their interests or what they think is the general interest, from how they interpret; they determine what would be necessary for them to predict economic policy and to achieve their objectives.

The application or application made bring to light a major problem: those that wrote the applications can evaluate and confirm the adequate measures of political economy in order to allow the achievement of their interests? Can they establish if the political offer that they receive, the measures taken in to consideration by the politicians are capable of generating the consequences they had been accredited with?

In order to give proper answer to these questions, the bearers of the applications should

possess profound knowledge in many domains. Attaining this knowledge entails of course, a training and higher or lower costs, to which time is added and, sometimes, many years of development. When in the foreground of the political economy there are problems or issues of detail, the costs and the duration necessary to assimilate the proper knowledge grow even more.

With respect to this situation, the bearers of the application on the market of political economy have, theoretically, free solutions:

- a) To ensure the proper training;
- b) To resort to consulting assistance services on the way;
- c) To resume the training that they have initially formed

The first solution presumes imminently time and investments that the bearers of the applications normally refuse because:

- They have neither the necessary, nor available resources in order to prepare and inform themselves at the level this problem implies. Most of them have to conform to the economical knowledge they have to be satisfied with the information they have access to without specific efforts – through mass-media, speeches held by politicians and political leaders, through the analysis of powerful groups and explanations of the political opponents.;

- In order to apply a certain measure, it is insufficient the existence of only one or a few specialists within the bearers of the application. They don't have the necessary capacity to determine the desired direction. More specialists are needed to induce a wide approval of a perspective. Politicians and their parties offer their voters, meaning the bearers of the application, a program of political economy and not an economical measure and request them to opt for a program that is in fact a package of measures. If someone from the bearers of the demand is well trained on a segment of their needs and / or of the offer proposed to them, then he is put in the situation of evaluating whether there are good or bad measures in the proposed package. If there were more specialists, each focused on a problem, things would be more complicated and the acceptance of the program could be compromised.

Therefore, regarding choice-supporting or not –of the program or programs on economic policy on the market, some ignorance is understandable, in other words, it implicitly becomes "rational." Relatively low knowledge about economic policies held by carriers of the demand on this market and the high costs of appropriation of knowledge makes the electors to guide by the information they have, without costs or with little costs. Such a behavior has a high risk of opportunity. It consists of values towards which the voters may have access when their application would be appropriately reflected in economic and political program and it would be achieved in practice, but which they lost just because of "rational ignorance".

"Rational ignorance" has complex implications for sustainable economic policy. For the bearers of the demand it induces uncertainty, indecision and fear of not being diverted, and to the providers –the possibility of a certain opacity in the wording and support of the offer and, of course, the uncertainty that their message is not correctly perceived.

The higher the degree of rational ignorance grows the more unstable the political market becomes. Bearers of supply and demand change more frequently their political options (programs), often passing from one extreme to another; increasing the need for broader and more detailed explanations; are required more and more evidence that are more relevant and sustainable; the negotiation of training programs amplifies greatly for the necessary quorum, etc. All this diminishes the efficiency of economic policy and the confidence used in making a political program which translates into cost and time delays or postponements of measures that are often very necessary.

From a country's point of view the problem of sustenance of an economic policy is more complex. The sustenance is delivered through packages of economic policies. All supporters follow their political interests, but in the same time they are under pressure from other policies and from those who support these policies. In order to achieve the interests as well, supporters of

economic policy need to know it more deeply and to adapt their training to the opportunities that are offered in it.

Economic policy that is properly supported will be, of course, adopted and applied. Sustainable concerns both demand and supply. Whatever the policy, it must ensure a reasonable balance between supply and demand. Without such a balance is not possible to adopt an economic policy. Sometimes it is still possible that the balance to be tilted somehow towards the demand or supply, but it cannot exist through one of the two exclusive parts.

In this process flow between demand and supply information is particularly important because these are the two variables to achieve adequacy between them. Equally important are the speed of communication and freedom or, in other words, the accessibility to information or removal of their privacy. Over time, both bearers of demand and the providers accumulate more information they can then better reflect on sustainable economic policy, increasing its level of sustainability. This latter point has a very special significance for policies that are already in use, which have been validated through vote and is applied because it ensures their success.

Sustainable economic policy is also sensitive to the existence of one or more political parties with greater or smaller share in the electorate because often, their adaptability to the situations of the moment is more complex and slower.

The objectives of economical policies, through their quantitative and qualitative parameters, the degree of correlation and relevance, the way the constraints and limits which they face are controlled or opposite phenomena offer major motivation as to what regards their sustenance of the refusal of their sustenance. All objectives must be found both in the demand and in the supply of the economical policy. The existence of an objective, especially when this is important only in one of the two variables of the economical policy, can seriously raise questions about that particular economical policy.

On the long term, you may see a certain perpetuation of the most important economical policy objectives, in programs, over successive periods of time. This is due to the complexity and amplitude of those objectives, which imply slower changes, the impossibility of attaining the objective immediately or on a longer term due to needing to make efforts greater than what is possible at the moment, due to diversions which may come up, changes in the favorability of internal and external conditions, persistent confrontation between those for and against them, diminishing operability of the mechanisms of democracy at certain moments etc. Maintaining certain objectives over the long term takes place within the changes which emit from the ever changing terms of action.

Conclusions

The sustenance of an economical policy is the result of certain free options within a democracy and a capitalist market. The option is conscious and is based upon multiple motivations, of which the most important are economical and political interests. Attaining these interests is mediated by the mechanisms of the markets, which function by a certain automatism, with concrete forms differentiated by country or groups of countries. Markets have their limits, which, in the past few years, nobody challenges anymore, and action in the economy, of any type it be, is made through the work of people. That is why the automatism of markets, to the degree it exists, was created and yet again exists due to the actions of people which give way to the sustainability of an economical policy.

Association between Social Responsibility and Financial Performance: A Comparative Study of Some Selected Private and Public Enterprises in Bangladesh

BALASUNDARAM NIMALATHASAN*

Abstract

The present study describes the relation between social responsibility and financial performance of enterprises. In fact relevant financial data of the sample enterprises have been reviewed to give a picture of the social responsibility and financial performance in this regard. The results revealed that there is a mixed evidence of the impact of social responsibility on financial performance of an enterprise, but mostly it is social responsibility performance, which is resulting in a positive increase of profitability. It was revealed from the study that relationship between social responsibility expenditure and financial performance of an enterprise is positive in case of both sectors except relative measures in case of public sector of Bangladesh businesses.

Keywords: Social Responsibility; Financial Performance and Enterprises

JEL Classifications: M14

1. Introduction

The society, who is the only supply source of resources to be deployed in any business enterprise, have got the right to expect from a business enterprise; to be responsible in achieving objectives. A business enterprise has to make sure that the resources; for example the money rose for capital, the raw material collected or procured for production, the people employed as employee, the space rented for business premises and other resources like, minerals, gas or oil purchased – all of these resource are coming from this society. After all the resources acquired and utilized for the operations, finally, the products or services to be sold to the customers i.e., people of the society again, generate revenue of any business enterprise. So, it is a normal expectation of the society that, the business has to take care of the society. The new groups of leaders, who are the managers of business enterprises, have to think to solve business problems of society.

Moreover, business organizations have some obligations to the society, as they created some of the problems in their revenue generating races, and of course, these problems need to be addressed properly. So, corporate executives, employees, shareholders, consumers and other public interested about business operations, today expect organizations to be engaged in some social issues like, reasonable price and quality living of consumer and employee, fair wage, employee safety, fair advertisement, proper fund management, etc. Above all, the people of business enterprises have to be convinced that the arguments placed in favor of corporate social responsibility (CSR) practices are engaged. Rather, companies are aware that they can contribute to sustainable development by managing their operations in such a way as to enhance economic growth, increase competitiveness and ensuring at the same time environmental protection and promoting social rights.

2. Literature Review

Social responsibility is not a non-market goal, but is a set of business policies to most effectively achieve profitability and to assure further profitability (Walters, 1977). The finding as

* Lecturer, Department of Commerce, University of Jaffna, Jaffna, Sri Lanka & Presently working as a Ph.D Scholar (SAARC), Department of Management Studies, University of Chittagong, Chittagong-4331, Bangladesh (email- bnimalathan@yahoo.com).

revealed on this topic although showed that the actual relationship between social responsibility and profits is not conclusively established, yet this is a subject for example study as considered an important aspect for evaluation. In fact both positive and negative relationships were described in different studies. For other variables like return on assets (ROA), return on investment (ROI), etc the position is same. For instance, Bowman & Haire (1975) reported a significant positive relationship between return on equity and social responsibility measure. On the other hand, Malkiel & Quandt (1971) and Shapiro (1973) found a negative association between economic performance and social responsibility (Arif, 1990).

In fact, a recent work reviewed seven earlier empirical studies and concluded “economic performance is not directly linked, in either a positive or negative fashion, to social responsiveness” (Arlow & Gannon, 1982). Whether or not a relationship exists clearly is an important issue for corporate management. If certain actions (classified as socially responsible) tend to be negatively correlated with financial performance of firms, then managers might be advised to be cautious in this area. If, on the other hand, a positive relationship can be shown to exist, then management might be encouraged to pursue such activities with increased vigor or to investigate the underlying causes of this relationship (Cochran & Wood, 1984).

Malkiel & Quandt (1971) and Shapiro (1973) studied the performance of the “clean” mutual funds, those purchasing securities only of corporations they consider to be socially responsible. If social responsibility is good business, their performance is to be attractive. They found a negative association between economic performance and social responsibility. Bragdon & Marlin found a significant, though modest positive relationship between return on equity of seventeen firms in paper and pulp industry and Council on Economic Priorities rating of their behavior in pollution control. Reimann found that favorability of attitudes of top managers towards a variety of societal elements (community, suppliers, customers, government and so on) was generally significantly positively related to company performance rating and negatively related to executive turnover (Krishnamacharyulu & Murthy, 1986).

Studies examining the relationship between social responsibility and accounting-based performance measures have generally found positive results. Bragdon & Marlin (1972), Bowman & Haire (1975), and Parket & Eibert (1975) found generally positive associations between corporate social responsibility and accounting-based measures of performance (as cited in Arif, 1990). Cochran & Wood (1984) found a positive correlation between social responsibility and accounting performances after controlling for the age of assets. In contrast, Aupperle & Colleagues (1985) found no significant relationships between social responsibility and a firm’s ROA adjusted by its ranking in the Value Line Safety Index. Since financial risk and performance vary with industry, Sturdivant & Ginter (1977) compared accounting-based measures of performance for a subsample of the firms rated by Moskowitz to industry averages. They categorized firm as best, honorably mentioned, and worst in terms of social responsibility. Firms given an honorable mention and higher accounting based performance than the other firms (as cited in Arif, 1990).

Based on the previous literatures we can say that there are some studies in the particular area, but no comparative study in respect to social responsibility and financial performance. In attempt to fill this research gap, the author took interest to study “Association between Social Responsibility and Financial Performance: A Comparative Study of Some Selected Private and Public Enterprises in Bangladesh”.

3. Objectives

The main objective of the study is to find out the association between social responsibility and financial performance in private and public sector enterprises.

1. To identify the social responsibility expenses over the last 05 years during 2007-2003
2. To recognize the financial performance.

4. Hypotheses

H₀: There is no association between social responsibility and financial performance.

H₁: There is an association between social responsibility and financial performance.

5. Research Methodology

Research methodology describes research design, sampling procedure, data sources,

5.1 Research Design

This study is comparative design. Put, simply, this design entails the study using more or less identical methods of two or more contrasting cases. It embodies the logic of comparison in that it implies that we can understand social phenomena better when they are compared in relation to two or more meaningfully contrasting cases or situations.

5.2 Sampling Procedure

In this context, Chittagong industrial zone was selected as study area taking into consideration. In fact all important sectors have their head office or branches in Chittagong which provide the scope to take selected sample from Chittagong. A total of twenty business houses were selected for intensive study. For the sake of comparative study among public and private sectors, it was decided to take ten enterprises from public and ten enterprises from private sector. Sample selected for the study covered textile, tea, readymade garments, oil refinery, gas and oil seaport service, automobile, pharmaceutical and glass. Public enterprises incorporated in the samples belonged to the sector corporation like Bangladesh Textile Mills Corporation (BTMC), Bangladesh Steel & Engineering Corporation (BSEC), Bangladesh Chemical Industries Corporation (BCIC). Ten enterprises from them were selected at random from the list of enterprises under these sector corporations. In case of private sector the study intended to cover both local and foreign owned enterprises. Here ten private enterprises were selected as per convenience and data availability opportunities, number of employees and investment from which the enterprise can be considered large one was also the criteria in selecting enterprises.

5.3 Data Sources

Given the nature of the present study, it was required to collect data from the secondary sources. Secondary data of the study were collected from annual reports of the selected sample enterprises. Mostly the annual reports of the sample enterprise enlisted under Chittagong Stock Exchange (CSE) have been examined to collect financial facts (i.e., 5 years) of the enterprise.

5.4 Mode of Analysis

In the present study, we analyzed the collected data by inferential statistics (i.e., correlation) and accounting techniques (i.e., ratio analysis). For the study, entire analysis is done by personal computer with the help of micro soft excel.

6. Analysis and Findings

Analysis and findings describe the under the following sub-heads.

6.1 Correlation between SR Expense and Profitability

It is an attempt to know the percentage of social responsibility to total expenses of firm to evaluate a firm's performance in this regard. The following table shows the figures for maximum five years period of different enterprises of Bangladesh.

The table (Vide Appendix-Table1) showing social responsibility performance reported by Annual Reports of different public sector companies indicates variations of money spent for social responsibility activities of the enterprises. The expenditure patterns have been clear from the corresponding percentages of social responsibility expenses to total expenses. In case of public sector enterprise it was found that this percentage for different enterprises varies from 0.5 percent to 30 percent. This percentage varies by nature of business since in case of a financial institution it was found 27.05 percent on an average while the same average is 0.5 percent for both oil marketing company and glass manufacturing company. But the same average was found almost 8

percent for an electrical goods manufacturing company.

It can be concluded that the social responsibility expenses in the public sector enterprises are not up to the mark in relation to total expenses, but it is static due to some of the enterprises under the sector.

Now the same expenditure pattern can be explained in case of private sector enterprise to get a comparative analysis. The following table shows the same type of expenditure description for five different enterprises of private sector business of Bangladesh. The table-2 (Vide Appendix Table-2) showing expenditure pattern in private sector sample firms indicates variety of percentage of social responsibility expense (SRE) to total expense (TE). It is found that the percentage varies from less than 0.5 percent to almost 50 percent. So the percentage of SR expense to TE reveals that in case of private sector sample firm the variation is higher than that of public sector enterprises. Second, the minimum percentage of private sector was found much lower than that of public and maximum percentage is almost fifty percent in case of private sector enterprise, while the same is not more than thirty percent in case of public sector.

Finally, in private sector business enterprises, the average percentage of SRE to TE for both ceramic and pharmaceuticals enterprises is less than one percent; the same for automobile assembly plant is 5.3%. So, the percentage is higher in case of private automobile assembly plant since it was found 3 percent in case of public sector enterprise. Again, in this private sector since, for a show manufacturing company the average percentage was found 19.20% and in case of Oxygen producing company it was almost 45%.

In this context, the expenditure pattern of SRE and TE shown by percentages and trend lines has given the comparative picture in both the sector enterprises. Now a relation between financial performance and SRE can be examined to understand the comparison in more detail. So the following correlation measures can be of help to get this picture of financial performance with respect to SRE.

Table-1: Correlation between SR Expense and Profitability (Public Sector)

Enterprise	Return on Asset (ROA)	Percent of SR Expense to Total Expense	Correlation (r)
Padma	18.49	0.50	-0.537 (p=0.350)
Eastern	3.91	7.92	
Usmania	3.43	0.53	
Pubali Bank	2.32	27.03	
Pragati Industries Ltd	9.9	2.84	

Source: Annual Reports of the Sample Enterprises

The above table shows correlation between SRE and Return on Asset (ROA). In this case for the public sector enterprises the relation between average SRE of the enterprises and corresponding ROA was found negative and moderate. Also the relationship was found insignificant since 'p' value lies out of the acceptance level (p=0.350). Therefore, we can say that in the public sector enterprise social responsibility expenses have no impact on ROA. Now we can see the same relationship in case of private sector enterprises.

Table-2: Correlation between SR Expense and Profitability (Private Sector)

Enterprise	Return on Asset (ROA)	Percent of SR Expense to Total Expense	Correlation (r)
Beximco	4.95	0.88	0.896*(p=0.040)
Monno	5.72	0.14	
APEX	8.91	20.52	
Aftab Automobile	10.33	3.99	
BOC	16.35	44.18	

Source: Annual Reports of the Sample Enterprises

The above table-2 gives a positive strong correlation between percentage of SRE to TE and ROA in case of private sector enterprises. So it is clear the social responsibility performance has positive impact on profitability. Such relationship was found significant since 'p' value was within the acceptance level. Therefore we can say that even the percentage of SRE to TE was shown wide variety in case of private sector enterprises but it brings positive impact on profitability of the sector.

6.2 Relationship between SRE and Profit Earnings

The same relationship can be shown by absolute measure like SRE and profit earning in the enterprises of both the sectors. In this regard average SRE and average profit figures are used here to find the relationship. The following table-3 shows the relationship.

Table-3: Correlation between SR Expense and Profit (Public Sector)

Enterprise	SR Expense	Profit	Correlation (r)
Padma	99870.80	106262.80	0.997** (p=0.000)
Eastern	30841643.80	28938215.60	
Usmania	21803433.20	684204.80	
Pubali Bank	332178308.50	258547377.00	
Pragati	31612618.80	26210602.00	

Source: Annual Reports of the Sample Enterprises

Even though the relationship given by relative measures i.e., percentage of SRE to TE and ROA was found negative in case of public sector enterprises, the relationship given by absolute measure i.e., between average SRE and average profit figures was found to have a highly strong positive correlation as shown in the above table-3. It means the relation between SRE and profit is highly correlated and found positive. The same measure in case of private sector enterprises was applied and can be seen from the following table-4.

Table-4: Correlation between SR Expense and Profit (Private Sector)

Enterprise	SR Expense	Profit	Correlation (r)
Beximco	19494523.80	887471.00	0.982* (p=0.003)
Monno	35232590.60	794994.80	
APEX	25556.40	89870.20	
Aftab Automobile	164047164.60	22251958.80	
BOC	74363.80	475446.00	

Source: Annual Reports of the Samples

Like public sector enterprise it was found that the private sector enterprises also have a highly strong positive correlation between average SRE and average profit figures. So according to absolute measures the relationship between these two variables was found same in both the sectors.

6.3 Hypothesis Testing

Also the found significant by the corresponding 'p' vale. Therefore, the relationship found by the corresponding correlation coefficient indicates that profitability meaning financial performance and social responsibility performance have got positive relationship in both the enterprises as it is revealed by both the measures except a negative relation between relative measures in case of public enterprises. The reasons of such negative relationship are government interference, budgetary constraints, and higher overhead and big total asset figures. Hence, the hypothesis is partially accepted.

7. Conclusions

The money spent for social responsibility activities is one of the indicators of measuring performance of business enterprises in terms of social responsibility performance. There are other relations, which could be found from the same set of enterprises of Bangladesh. It was revealed from the study that relationship between social responsibility expenditure and financial performance of an enterprise is positive in case of both sectors except relative measures in case of public sector of Bangladesh businesses.

References

- 1.Arif,A.A.(1990). Social Responsibility of Business: The Debate, Issues and Performance, Chittagong University Studies (Commerce),6, 83
- 2.Bowman,E.H.,& Haire, M.A.(1975). A Strategic Posture Toward Corporate Social Responsibility, California Management Review, 8, 49-58.
- 3.Cochran,P.L., & Wood, R.A.(1984). Corporate Social Responsibility and Financial Performance, Academy of Management Journal, 27, 1, 42-50.
- 4.Shapiro,M.D.(1973). Social Responsibility Founds get off to a bed start. Business and Society Review/ Innovation, 5, 81-86.
- 5.Krishnamacharyulu, C.S.G., &Murthy, D.D.(1986).Research on Corporate Social Responsibility Productivity,XXVII,46.
- 6.Malkiel, B.G., & Quandt, R.E.(1971). Moral Issues in Investment Policy, Harvard Business Review, 37-47.
- 7.Walter, K.D.(1977). Corporate Social Responsibility and Political Ideology, California Management Review, Spring, XIX (3), .49.

Vide Appendix

Table-1: Percentage of Social Responsibility Expenses (SRE) to Total Expenses (TE) in Public Sector Business Enterprises

Sample Year	SRE	Total expense (TE) for the year	Percentage of SRE to TE
Padma Enterprises			
2003	92782	17990268	.5157
2004	98843	19253099	.5133
2005	105538	19959593	.5288
2006	107809	23709408	.4547
2007	126342	24888896	.5076
Average	106262.8	21160252.80	.5040
Eastern Enterprises			
2003	25729803	313414363	8.21
2004	27975609	329524891	8.49
2005	27175353	406625152	6.68
2006	31746848	398207628	7.97
2007	32063465	389937511	8.22
Average	28938215.60	367541909	7.92
Usmania Enterprises			
2003	616266	131472586	.469
2004	600236	113236475	.530
2005	736577	116152991	.634
2006	740738	133678848	.554
2007	727207	158326854	.459
Average	684204.80	130573550.80	.529
Pragati Enterprises			
2003	27183800	807466732	3.367
2004	24064323	885380371	2.718
2005	27622399	1064014294	2.596
2006	26438787	1005037827	2.630
2007	25743701	888662821	2.896
Average	26210602	930112409	2.818
Pubali Bank			
2003	185404556	759589673	24.41
2004	279349901	916059387	30.49
2005	289823739	1015427648	28.54
2006	279611312	1132285766	24.69
2007	249871650	955840618.50	23.65
Average	258547377	955840618.50	27.05

Table-2: Percentage of Social Responsibility Expenses (SRE) to Total Expenses (TE) in Private Sector Business Enterprises

Sample Year	SRE	Total expense (TE) for the year	Percentage of SRE to TE
AFTAB Enterprises			
2003	4977702	440654209	1.13
2004	23885731	504544584	4.73
2005	26339173	702938712	3.74
2006	26406335	934467579	2.82
2007	29650853	393987291	7.53
Average	22251959	595318475	3.99
APEX Enterprises			
2003	176475	358393	49.24
2004	105516	564984	18.68
2005	39111	507264	7.71
2006	91160	525880	17.33
2007	37089	384002	9.66
Average	89870.20	468104.60	19.20
BOC Enterprises			
2003	94438	202942	46.53
2004	76695	188183	40.76
2005	88931	203628	43.67
2006	103512	231872	44.64
2007	111870	247027	45.29
Average	95089	214730.40	44.28
MONNO Enterprises			
2003	1983602	588306707	0.337
2004	582550	603555875	0.096
2005	178166	597826092	0.029
2006	875909	632849487	0.138
2007	354747	399772816	0.088
Average	794995	564462267.40	0.140
BEXIMCO Enterprises			
2003	683359	677844534	0.10
2004	495750	112185932	0.44
2005	1438835	155045391	0.928
2006	1523242	90921972	1.1675
2007	296169	23636245	1.253
Average	887471	211926814.80	0.418

ITINERARY FOR IMPLEMENTATION OF AN ENVIRONMENTAL MANAGEMENT SYSTEM AND ITS BENEFITS

SORINEL CĂPUȘNEANU*
DANA-MARIA (OPREA) MARTINESCU**

Abstract

This article treats the problem of environmental management system starting from definition and objectives stipulated according to ISO 14001. The success of implementation of the environmental management system consists in respecting its principles. Also, there are described the implementation stages of an environmental management system in Romania. Each unrolled stage is synthesized and argued succeeding to catch the necessary essence of correct understanding by all participants to implementation process of environmental management system into an enterprise. There are accentuated the long term advantages of successful implementation environmental management system. The article ends with authors' conclusions and some recommendations from the specialists of Romania.

Keywords: *environmental management system, objectives, principles, implementation, environmental quality.*

1. Introduction

The issues discussed in the article aim to present the concept of environmental management system, principles and stages of its implementation in Romania. The importance of this system of implementation of environmental management is detailed based on the long-term benefits it offers. Environmental Management System is that tool that ensures continuous improvement of environmental performance, commercial viability of an enterprise by spiral covering of classic steps for planning and implementation therefore contributing to better management of the company. The problem chosen was approached by many professionals in the field and the author's intention is to clarify the concept of environmental management system and simplify its implementation itinerary in our country, suggesting some lines of approach, facilitating the understanding and acceptance of such system, both by the management company and the employees.

2. Definition and objectives of an environmental management system

To fulfill the Environmental Management Standards it is necessary the introduction of an *Environmental Management System (EMS)*. The system includes: organizational structure, responsibilities, practices, procedures, processes and resources for determining and implementing environmental policy. Environmental Management System allows "*an organization to formulate policy and environmental objectives according to legal requirements and information about significant impacts on the environment*"¹.

To implement and maintain in service a robust environmental management system, an enterprise needs to focus attention on improving environmental performance. Also, *the Environmental Management System* needs to establish, to review and revise periodically the company's environmental policy, objectives and programs originally established. As a result, the system includes among important objective:

* Associated Professor, Ph.D., Artifex University, (e-mail: sorinelcapusneanu@gmail.com)

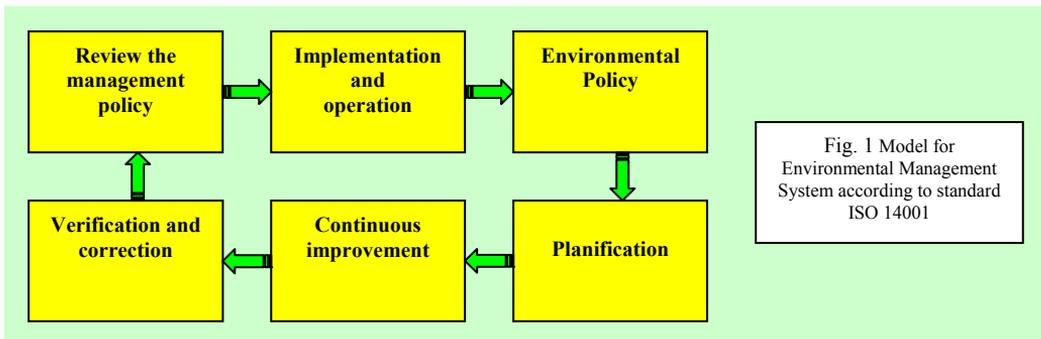
** Artifex University, (e-mail: danamartines@yahoo.com)

¹ S.R.EN ISO 14001, *Environmental management systems. Specifications and user guide*. (Romanian Institute for Standardization, Bucharest, November, 1997).

- recognition by all members of the company that environmental management is one of priorities;
- establishing, maintaining and improving communications with internal and external stakeholders;
- the determination of legislative requirements and environmental aspects related to activities, products or services business;
- involvement of the management and employees undertaking environmental protection, with clear tasks and accounting responsibility;
- encouraging environmental planning for the whole life cycle of a process, activity or product;
- establishing a process to achieve the set target levels of performance;
- providing the necessary resources and further training to achieve performance levels chosen target;
- environmental performance evaluation reported in the company's environmental policy, objectives and directions set, i.e. looking to improve their conduct where violations are recorded;
- establishing a management process audit and review of environmental management system to identify opportunities to improve the system and resulting environmental performance;
- setting powers, authority and procedures that are expected to reduce negative environmental impacts;
- adopting basic principles to help guidance of future work on environmental liabilities.

3. Model of an environmental management system and principles concerning it

A possible model for environmental management system is shown in the diagram below.



The purpose of ISO 14001 "Environmental management systems. Specifications and user guide" is to support environmental protection and pollution prevention. The principles underlying the organization of a system of environmental management in a company are as follows:

A. *Defining environmental policy and responsibility.* A company must clearly define the environmental policy and to assume responsibility for the environmental management system.

B. *Environmental Policy Plan.* An organization must develop a plan that would ensure achievement of environmental policy.

C. *Implementation of environmental policy.* To ensure effective implementation, an enterprise needs to develop incentives and support mechanisms necessary to achieve environmental policy, objectives and directions concerned.

D. *Measuring, monitoring and evaluating performance.* An enterprise needs to measure, monitor and evaluate environmental performance.

E. *Periodic reassessment of the system.* Management should review and assess the environmental management system at defined intervals to maintain its efficiency and continuous

improvement.

F. *Improvement of environmental management system.* A company must harmonize continuous improvement of environmental management system to improve environmental performance at enterprise level.

By following these principles, environmental management system should be regarded as a solid organizational base, continuously monitored and periodically reviewed to provide a correct direction which aims at environmental activities of an enterprise, in response to varying internal and external factors. Presentation of principles, systems and techniques to implement *an environmental management system* are in ISO 14001 and ISO 14004. To improve environmental performance and the system of decision made by the management of the organizations, there were established appropriate instruments of assessment and action plan as: cost-benefit analysis, environmental audits, environmental impact assessment, environmental policy, voluntary agreements etc.

4. Stages of implementation of an environmental management system

Implementation itinerary of environmental management system is as follows:

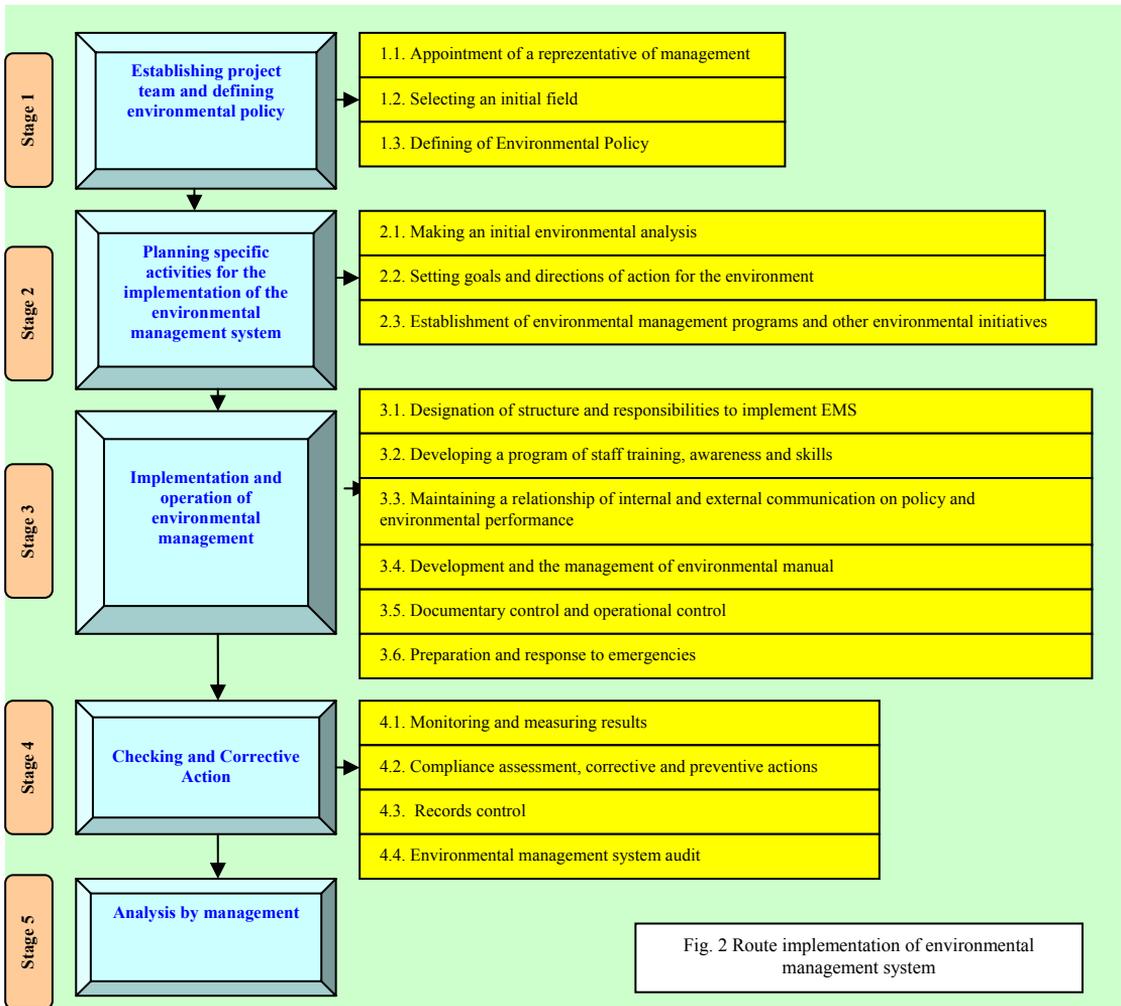


Fig. 2 Route implementation of environmental management system

Stage 1. Establishing project team and defining environmental policy

This step is attending three main activities, namely:

1.1. *Choosing a representative of the management* or a general coordinator of the environmental management system and a committee of environmental management system.

1.2. *Selecting an initial field* (section, factory, etc.) for the implementation of the management environmental in which it can be applied successfully and without disturbing normal activities.

1.3. *Defining environmental policy* by the management of the company will be accompanied by a clear demonstration of the decision to commit resources and to reward performance in support of this policy. Environmental policy statement associated with an environmental management system should include:

- the area covered by the policy and associated environmental management system;
- a commitment to comply with environmental laws and regulations;
- a commitment to continuous improvement of environmental performance;
- a commitment to pollution prevention.

Stage 2. Planning specific actions for the implementation of environmental management system

This step is attending three main activities:

2.1. *Making an initial environmental analysis* required by the selection of environmental issues. The purpose of this review is to make analogies between a specific environmental management system (according to the requirements of ISO 14001) and existing programs or systems. Specific features of the initial environmental analysis are:

- identification of significant environmental issues;
- identification of applicable environmental regulations and compliance of enterprise;
- identification of voluntary environmental commitments;
- evaluation of the preparedness for emergencies.

2.2. *Setting goals and environmental pathways*. The company must establish and maintain the documentation for the environmental management system, registered on objectives and directions of action for each level and relevant function within it. In setting or revising objectives², a company must take into account: legally requirements or otherwise, significant environmental aspects, technological options, the financial, operational or business necessities, the views of stakeholders.

2.3. *Establishment of environmental management programs and other environmental initiatives*. The company must establish and maintain programs³ to target established objectives and directions. These programs include:

- designation of responsibilities for achieving the objectives and guidelines targeted at each relevant function and level of business;
- the means and time to be achieved.

Stage 3. Implementation and operation of environmental management system

Company management must determine and find financial resources and personnel, infrastructure and technology needed to establish, implement, maintain and improve environmental management system. In turn, this stage includes the following under stages, as follows:

² Objectives and directions concerned must comply with environmental policy, including the commitment to prevent environment pollution.

³ If a project covers new developments or new or modified activities, products or services, it will be modified in relevant points to ensure that environmental management applies to such projects.

3.1. *Choosing the structure and responsibilities to implement environmental management system.* The success of environmental management system implementation depends largely on implementation team designated by the management company and the credit it grants to the team. Implementation team with the management department of the company choose the managers responsible and designate their powers on hierarchical levels depending on their degree of competence and involvement in implementing environmental management system.

3.2. *Developing a program of staff training, awareness and skills.* The company must analyze and identify the learning needs of their staff through the organization of programs (training) that will be concluded by an assessment of their knowledge. Competency on the post is getting on staff qualifications, skills, abilities and experience in relevant field. Through these procedures, the company stresses the importance of the conscious aspects of the implementation of an environmental management system focused on:

- the importance of compliance with environmental policy, procedures and requirements of environmental management system;
- significant environmental aspects and social impacts, actual or potential, relating to the work and benefits to the environment by improving individual performance;
- tasks and responsibilities associated with achieving compliance with the requirements of environmental management system;
- the possible consequences of deviations from specified products.

3.3. *Maintaining a relationship of internal and external communication about policy and environmental performance.* The purpose and benefits of such communications may include⁴:

- demonstrate the commitment of the organization and its efforts to improve environmental performance and the results of those efforts;
- increasing awareness and encouraging dialogue about environmental policy, environmental performance and other relevant concerns / achievements in this area;
- receiving, analyzing and sending replies to questions, suggestions or complaints by stakeholders;
- promoting continuous improvement of environmental performance.

3.4. *Development and the administration of environmental management manual.* All information collected from the beginning of implementation, completed stages, the information collected and analyzed the results and conclusions derived from the use of environmental management system should be recorded in a manual environment. The content of environmental manual should be, as follows:

- documents relating to environmental policy, objectives, targets;
- description of the area and components of environmental management system, their interaction and connection with other documents of evidence;
- documents and records required by ISO 14001;
- documents and records set by the management of the company as necessary to ensure planning, operation and effective control of processes related to environmental issues.

3.5. *Documentary control and operational control.* All documents created and used for recording transactions related to the management of environmental management system should be controlled effectively by: developing a particular form of document, attributions of analysis and approval documents for people specialized in this way, maintaining an efficient distribution system. Operational Control provides control Permanent operations and activities associated with identified significant environmental aspects. This type of control can be effectuated by several methods such as procedures, work instructions, measurements, evaluations to determine how the operating criteria are met, etc.

⁴ Ovidiu Țuțuianu, *Evaluation and reporting environmental performance. Environmental indicators*, (Publisher Agir, Bucharest, 2006), 219.

3.6. *Preparation and response to emergencies.* Companies must establish and maintain one or more procedures to identify possible emergencies or accidents with environmental implications, including mode of action in such situations. Verification of the procedures will be regularly carrying out through exercises and simulations held in places determined by the contingency plans.

Stage 4. Checking and corrective action

This takes into consideration attending more under stages compliant with legal requirements and other requirements. These under stages are:

4.1. *Monitoring and measuring results.* It uses procedures based on quantitative or qualitative measurements aimed at monitoring the implementation of activities under the environmental management system compliant with environmental requirements that provide the necessary control data, performance evaluation system of environmental management. On this occasion, by storing information and their analysis, it can be identified those activities that require corrections or improvements during the implementation of environmental management system.

4.2. *Compliance assessment, corrective and preventive action.* Regular assessment of compliance with legal requirements and other requirements shall be in accordance with the commitment of the environmental policy. To achieve this, it may be used the following methods: analysis activities, documentary analysis, routine analysis, interview, inspection of facilities, audit. All information from the regular assessment shall be kept and analyzed carefully, because they could be used to take corrective and preventive actions. In this regard, the implementation team should:

- analyze and correct non-compliance or failure to comply with certain requirements;
- analyze and determine causes, thus establishing corrective action;
- assess the need to implement preventive actions and to record it;
- examine the efficacy of corrective and preventive action taken.

4.3. *Control of the records.* On this way, it is created a documentary archive maintained both on paper and on tape, which includes the following categories of information:

- compliance with legal requirements or other requirements;
- details of non-conformities, corrective and preventive actions;
- information about the characteristics of environmental products;
- evidence of the achievement of objectives or targets concerned;
- permissions, licenses or other legal authorization;
- the results of inspections, operational controls, audit (s) of environmental management system and management reviews.

4.4. *Environmental management system audit.* This is done by competent auditors, objective and impartial, with the assistance of technical experts, selected from the company or outside it. Audit results recorded in the audit report includes among others: implementing and enforcing compliance or non compliance with legal requirements on environmental management system, identify corrective and preventive actions which might be taken.

Stage 5. Analysis by the management team

After running the above four steps and gathering the necessary information resulting from preparation of environmental audit report, the management company shall conduct a detailed analysis on the implementation and operational maintenance of environmental management system.

5. Benefits of implementing an environmental management system

Companies that implement and maintain a system of environmental management have the following advantages:

1. By integrating environmental management with quality management system and labour

protection systems in a company, they benefit from some economies in costs of environmental management.

2. The strategic environmental⁵ management skills developed, the company achieved an improved environmental performance at lower costs

3. The clear allocation of tasks responsible, through the establishment of monitoring systems, to ensure adequate operational controls, by minimizing energy consumption and waste, company acquires a general management and a much better environmental performance. As a result of minimizing waste and energy efficiency operating costs are reduced. By increasing energy efficiency, the company achieved high rates⁶ of return on investment.

4. By jumping graduated from an approach of conformation to environment to one which requires a strategic environmental planning from top management, the company is prepared for future trends in environmental regulations.

5. By reducing demand for natural resources for the company's activities, by reducing the risk of environmental liabilities and practice a proactive management, the company acquires more long-term viability.

6. Companies that have implemented an environmental management system are favoured by investors, creditors, giving them lower interest rates, some state organizations have exemption from payment of certain taxes and environmental requirements, all contributing to a reduction of capital costs and better access to capital markets. Also good access to different market segments can be recorded by following the demonstration and practice of responsible commitment to the environment (according to ISO 14001), being an essential condition for achieving and maintaining their business.

7. Through an environmental management approach that encourages dialogue and responsiveness to the concerns of all parties involved, the company develops the best public relations with the authorities and community.

Conclusions

The implementation and operational maintenance of a system of environmental management bring long-term benefits for the company and this is not only the author's opinion, but also of many environmental specialists. As a result, we plead for implementing and maintaining environmental management system in all companies that want to improve business and the environment. Widespread dissemination of concepts specific to environmental management system is our main target in the next period and this will be done through conferences, presentations, scientific communications, talks etc.

References

1. Munteanu, Ioan Ovidiu, *Ecology and the environment protection*, (Universitas Publishing House, Deva, 2007).

2. Țuțuianu, Ovidiu. *Assessment and reporting of environmental performance. Environmental indicators*, (Publishing House Agir, Bucharest, 2006).

3. S.R. EN ISO 14004. *Environmental management systems. Guide on principles, systems and application techniques*, (Romanian Institute for Standardization, Bucharest, 1998).

⁵ Includes anticipating future environmental requirements and still identify pollution prevention opportunities and not simply react to the law.

⁶ Rates which often exceed the rates that the company obtains on the normal capital market.

ITINERARUL DE IMPLEMENTARE AL UNUI SISTEM DE MANAGEMENT AL MEDIULUI ȘI AVANTAJELE SALE

SORINEL CĂPUȘNEANU*
DANA-MARIA (OPREA) MARTINESCU**

Abstract

This article treats the problem of environmental management system starting from definition and objectives stipulated according to ISO 14001. The success of implementation of the environmental management system consists in respecting its principles. Also, there are described the implementation stages of an environmental management system in Romania. Each unrolled stage is synthesized and argued succeeding to catch the necessary essence of correct understanding by all participants to implementation process of environmental management system into an enterprise. There are accentuated the long term advantages of successful implementation environmental management system. The article ends with authors' conclusions and some recommendations from the specialists of Romania.

Keywords: *environmental management system, objectives, principles, implementation, environmental quality.*

1. Introducere

Prin problematica abordată, articolul își propune să trateze conceptul de sistem de management al mediului, principiile și etapele de implementare ale acestuia în România. Importanța acestui sistem de implementare al managementului de mediu este surprins pe baza avantajelor pe termen lung pe care le oferă. Sistemul de management al mediului reprezintă acel instrument care asigură îmbunătățirea permanentă a performanțelor de mediu, a viabilității comerciale a unei întreprinderi prin parcurgerea în spirală a etapelor clasice de planificare și implementare contribuind astfel la o mai bună gestionare a întreprinderii. Problematika aleasă a fost abordată de numeroși specialiști din domeniu iar intenția autorilor este de a clarifica conceptul de sistem de management al mediului și de a simplifica itinerarul de implementare al acestuia în țara noastră, propunând unele direcții de abordare, facilitare a înțelegerii și acceptării unui asemenea sistem, atât din partea conducerii întreprinderii, cât și din partea angajaților.

2. Definirea și obiectivele unui sistem de management al mediului

Pentru îndeplinirea Standardelor Managementului de Mediu este necesară introducerea unui *Sistem de Management al Mediului (SMM)*. În componența sistemului se regăsesc: structura organizatorică, responsabilitățile, practicile, procedurile, procesele și resursele necesare pentru determinarea și implementarea politicii ecologice. Sistemul de Management al Mediului permite „unei organizații să-și formuleze politica și obiectivele de mediu ținând seama de prevederile legale și de informațiile referitoare la impacturile semnificative asupra mediului”¹.

Pentru implementarea și menținerea în funcțiune a unui sistem solid de management al mediului, o întreprindere trebuie să-și canalizeze toată atenția asupra îmbunătățirii performanțelor ecologice. De asemenea, *Sistemul de Management al Mediului* trebuie să stabilească, să revadă și să revizuiască periodic politica de mediu a întreprinderii, obiectivele și programele stabilite inițial. Drept urmare, acest sistem include printre obiective importante:

* Conf.univ.dr., Artifex University, (e-mail: sorinelcapusneanu@gmail.com)

** Artifex University, (e-mail: danamartines@yahoo.com)

¹ S.R. EN ISO 14001 *Sisteme de management de mediu. Specificații și ghid de utilizare*. (Institutul Român de Standardizare, București, noiembrie 1997).

- recunoașterea de către toți membrii întreprinderii că managementul ecologic este una din priorități;
- stabilirea, menținerea și îmbunătățirea comunicațiilor cu părțile interesate interne și externe;
- determinarea cerințelor legislative și a aspectelor ecologice legate de activitățile, produsele sau serviciile întreprinderii;
- implicarea managementului și angajaților întreprinderii în protecția mediului, cu îndatoriri clare de contabilizare și responsabilitate;
- încurajarea planificării ecologice pentru tot ciclul vieții unui proces, activitate sau produs;
- stabilirea unui proces de atingere a nivelurilor de performanță stabilite drept țintă;
- asigurarea resurselor necesare și continuarea pregătirii atingerii nivelurilor de performanță alese drept țintă;
- evaluarea performanțelor ecologice raportate la politica de mediu a întreprinderii, obiectivele și direcțiile stabilite, respectiv căutarea îmbunătățirii lor acolo unde se înregistrează abateri;
- stabilirea unui proces de management de audit și revizuire a sistemului de management al mediului și de identificare a oportunităților de îmbunătățire a sistemului și performanțelor de mediu rezultante;
- stabilirea atribuțiilor, autorității și a procedurilor prin care se preconizează reducerea impactului negativ asupra mediului;
- adoptarea principiilor de bază în scopul de a facilita orientarea activităților ulterioare privind responsabilitățile de mediu.

3. Model al unui sistem de management al mediului și principiile care îl guvernează

Un posibil model de sistem de management al mediului este redat în schema de mai jos.

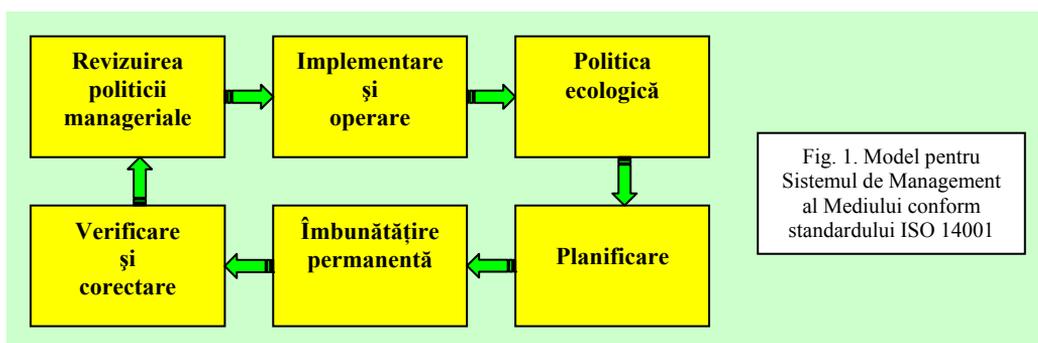


Fig. 1. Model pentru Sistemul de Management al Mediului conform standardului ISO 14001

Scopul standardului ISO 14001 „Sisteme de management de mediu. Specificații și ghid de utilizare” este de susținerea protecției mediului și prevenirea poluării. Principiile care stau la baza organizării unui sistem de management al mediului dintr-o întreprindere sunt următoarele:

A. *Definirea politicii de mediu și asumarea răspunderii.* O întreprindere trebuie să-și definească cu claritate politica de mediu și să-și asume răspunderea față de sistemul de management al mediului.

B. *Planificarea politicii de mediu.* O întreprindere trebuie să-și elaboreze un plan care să-și asigure îndeplinirea politicii de mediu.

C. *Implementarea politicii de mediu.* Pentru a asigura implementarea efectivă, o întreprindere trebuie să-și dezvolte facilitățile și mecanismele de sprijin necesare realizării politicii ecologice, obiectivelor și direcțiilor vizate.

D. *Măsurarea, monitorizarea și evaluarea performanțelor.* O întreprindere trebuie să-și măsoare, monitorizeze și evalueze performanțele ecologice.

E. *Reevaluarea periodică a sistemului.* Managementul trebuie să revadă și să evalueze sistemul de management al mediului la intervale de timp definite pentru a-i menține eficiența și îmbunătățirea continuă a acestuia.

F. *Îmbunătățirea sistemului de management al mediului.* O întreprindere trebuie să-și armonizeze îmbunătățirea continuă a sistemului de management al mediului cu îmbunătățirea performanței de mediu la nivel de întreprindere.

Respectând aceste principii, *sistemul de management al mediului* trebuie privit ca o bază organizatorică solidă, monitorizată permanent și revizuită periodic pentru a oferi o direcție corectă ce vizează activitățile ecologice ale unei întreprinderi, ca răspuns la factorii variabili interni și externi. Prezentarea principiilor, sistemelor și tehnicilor de implementare a unui *sistem de management al mediului* se găsesc în standardele ISO 14001 și ISO 14004. Pentru îmbunătățirea performanței de mediu și a sistemului de luare a deciziilor de către conducerea organizațiilor au fost stabilite instrumente adecvate în planul evaluării și al acțiunii, așa cum sunt: analiza cost-beneficiu, auditul de mediu, evaluarea impactului de mediu, politica de mediu, înțelegerile voluntare etc.

4. Etapele de implementare ale unui sistem de management al mediului

Itinerarul de implementare al unui sistem de management al mediului se prezintă astfel:

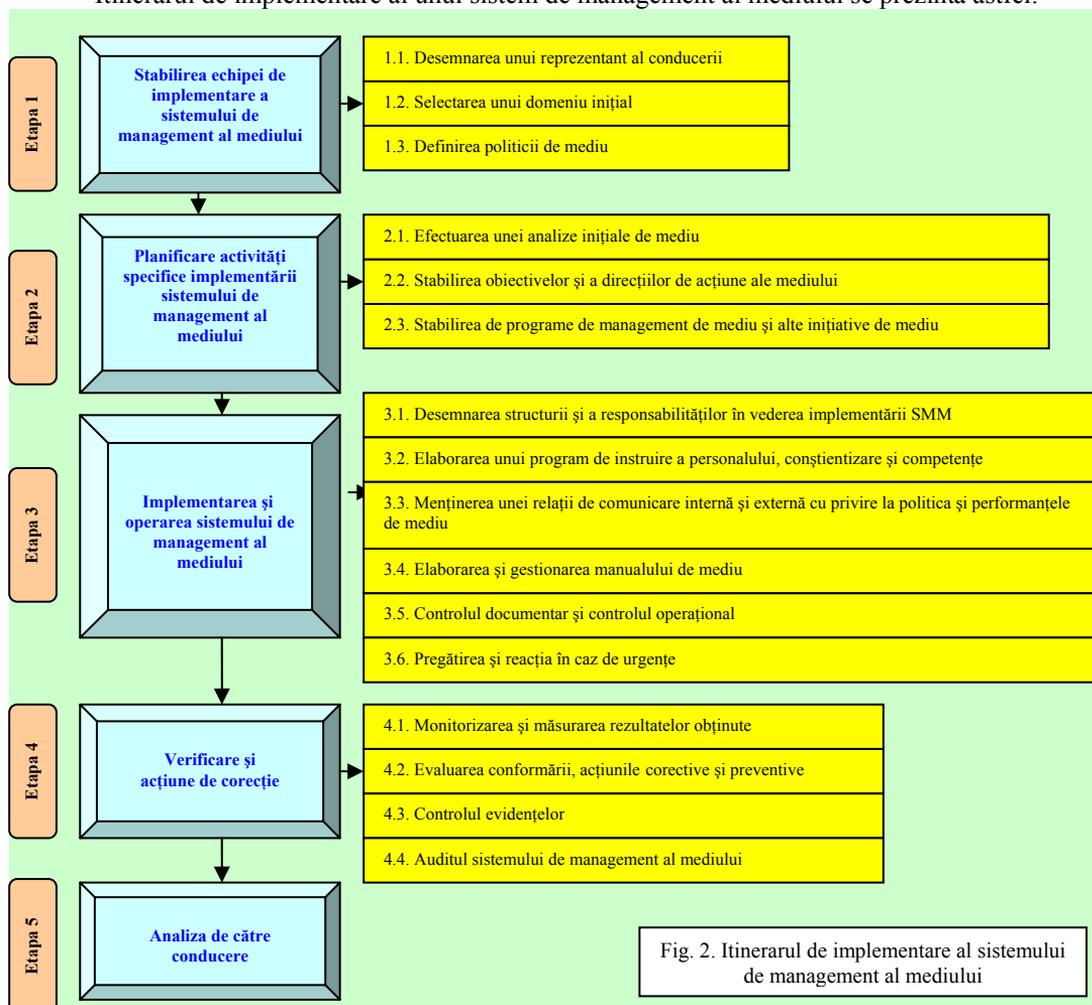


Fig. 2. Itinerarul de implementare al sistemului de management al mediului

Etapă 1. Stabilirea echipei de implementare și a definirii politicii de mediu

Această etapă constă în parcurgerea a trei activități principale, și anume:

1.1. *Desemnarea unui reprezentant al conducerii* sau a unui coordonator general al sistemului de management al mediului și a unui comitet de sistem al managementului de mediu.

1.2. *Selectarea unui domeniu inițial* (secție, uzină etc.) pentru aplicarea sistemului de management al mediului în care acesta poate fi aplicat cu succes și fără a stânjeni prea mult desfășurarea activităților normale.

1.3. *Definirea politicii de mediu* de către conducerea întreprinderii ce va fi însoțită de o demonstrație clară a hotărârii de a angaja resursele necesare și de a recompensa performanța în susținerea acestei politici. Declarația de politică de mediu asociată unui sistem de management al mediului trebuie să includă:

- domeniul acoperit de politică și de sistemul de management al mediului asociat;
- angajamentul de conformare cu legile și reglementările de mediu;
- angajamentul pentru îmbunătățirea continuă a performanței de mediu;
- un angajament de prevenire a poluării.

Etapă 2. Planificarea activităților specifice implementării sistemului de management al mediului

Această etapă constă în parcurgerea a trei activități principale:

2.1. *Efectuarea unei analize inițiale de mediu* necesară selectării aspectelor de mediu. Scopul acestei analize constă în efectuarea unei analogii între cerințele specifice sistemului de management al mediului (potrivit prevederilor ISO 14001) și programele sau sistemele existente. Caracteristicile specifice analizei inițiale de mediu sunt:

- Identificarea aspectelor semnificative de mediu;
- Identificarea reglementărilor de mediu aplicabile și gradul de conformare al întreprinderii;
- Identificarea angajamentelor voluntare de mediu;
- Aprecierea gradului de pregătire pentru cazuri de urgență.

2.2. *Stabilirea obiectivelor și a direcțiilor de acțiune ale mediului*. Întreprinderea trebuie să stabilească și să mențină documentația aferentă sistemului de management al mediului pe *obiective* și *direcții de acțiune* la fiecare nivel și funcție relevantă din cadrul acesteia. La stabilirea sau revizuirea obiectivelor², o întreprindere trebuie să ia în considerație: cerințele legale sau de alt gen, aspectele ecologice semnificative, opțiunile tehnologice, cerințele financiare, operaționale sau de afaceri, părerile părților interesate.

2.3. *Stabilirea de programe de management de mediu și alte inițiative de mediu*. Întreprinderea trebuie să stabilească și să întrețină programe³ pentru realizarea obiectivelor și direcțiilor vizate stabilite. Aceste programe includ:

- desemnarea responsabilităților pentru realizarea obiectivelor și direcțiilor de acțiune vizate la fiecare funcție și nivel relevant al întreprinderii;
- mijloacele și intervalul de timp în care să fie realizate.

Etapă 3. Implementarea și operarea sistemului de management al mediului

Conducerea întreprinderii trebuie să determine și să găsească resursele financiare și de personal, infrastructura și tehnologia necesare stabilirii, implementării, menținerii și îmbunătățirii sistemului de management al mediului. La rândul său, această etapă cuprinde următoarele subetape, după cum urmează:

² Obiectivele și direcțiile vizate trebuie să fie conforme cu politica de mediu, inclusiv cu angajamentul de prevenire a poluării mediului ambiant.

³ Dacă un proiect se referă la noi dezvoltări sau activități noi sau modificate, produse sau servicii, programul va fi modificat în punctele relevante pentru a se asigura că managementul ecologic se aplică unor asemenea proiecte.

3.1. *Desemnarea structurii și a responsabilităților în vederea implementării sistemului de management al mediului.* Reușita implementării sistemului de management al mediului depinde în cea mai mare măsură de echipa de implementare desemnată de către conducerea întreprinderii și de încrederea pe care o acordă aceasta, echipei. Echipa de implementare împreună cu conducerea întreprinderii desemnează managerii responsabili și atribuțiile acestora pe nivele ierarhice în funcție de gradul lor de competență și implicare în implementarea sistemului de management al mediului.

3.2. *Elaborarea unui program de instruire a personalului, conștientizare și competențe.* Întreprinderea trebuie să analizeze și să identifice necesitățile de instruire ale personalului propriu prin intermediul organizării unor programe (training) ce se vor finaliza printr-o evaluare a cunoștințelor asimilate de participanți. Competența pe post se obține pe baza calificării personalului angajat, a aptitudinilor, abilităților și experiențelor în domeniul vizat. Prin aceste proceduri, întreprinderea subliniază aspecte legate de conștientizarea importanței implementării unui sistem de management al mediului axat pe:

- importanța conformității cu politica de mediu, procedurile și cerințele sistemului de management al mediului;
- aspectele de mediu semnificative și impacturile sociale, reale sau posibile, aferente activităților prestate, precum și efectele benefice aduse mediului înconjurător prin îmbunătățirea performanțelor individuale;
- atribuțiile și responsabilitățile legate de realizarea conformității cu cerințele sistemului de management al mediului;
- consecințele posibile ale abaterilor de la produsele specificate.

3.3. *Menținerea unei relații de comunicare internă și externă cu privire la politica și performanțele de mediu.* Scopul și avantajele unor asemenea comunicări pot include⁴:

- demonstrarea angajamentului organizației și a eforturilor sale de a îmbunătăți performanța de mediu precum și rezultatele eforturilor respective;
- creșterea conștientizării și încurajarea dialogului despre politica de mediu, performanța de mediu și alte preocupări/realizări relevante în domeniu;
- primirea, analiza și transmiterea răspunsurilor la întrebări, sugestii, reclamații ale părților interesate;
- promovarea îmbunătățirii continue a performanței de mediu.

3.4. *Elaborarea și gestionarea manualului de mediu.* Toate informațiile colectate de la data începerii implementării, stadiile parcurse, informațiile colectate și analizate, rezultatele și concluziile obținute pe baza utilizării sistemului de management al mediului trebuie consemnate într-un *manual de mediu*. Componenta manualului de mediu ar fi următoarea:

- documentele referitoare la politica de mediu, obiective, ținte;
- descrierea domeniului și a elementelor componente ale sistemului de management al mediului, a interacțiunii lor și a conexiunii cu celelalte documente de evidență;
- documentele și înregistrările cerute de standardul ISO 14001;
- documentele și înregistrările stabilite de conducerea întreprinderii ca fiind necesare pentru a asigura planificarea, operarea și controlul eficient al proceselor legate de aspectele de mediu.

3.5. *Controlul documentar și controlul operațional.* Toate documentele create și utilizate pentru înregistrarea operațiunilor legate de gestionarea sistemului de management al mediului trebuie controlate eficient prin: elaborarea unui format special de document, atribuirea analizării și aprobării documentelor persoanelor specializate în acest sens, menținerea unui sistem de difuzare eficient.

⁴ Ovidiu Țuțuianu, *Evaluarea și raportarea performanței de mediu. Indicatori de mediu*, (Editura Agir, București, 2006), 219.

Controlul operațional asigură controlul permanent al operațiilor și activităților asociate aspectelor de mediu semnificative identificate. Acest tip de control se poate efectua prin mai multe modalități cum ar fi: proceduri, instrucțiuni de lucru, măsurări, evaluări pentru determinarea modului în care sunt îndeplinite criteriile de operare etc.

3.6. *Pregătirea și reacția în caz de urgențe.* Întreprinderea trebuie să-și stabilească și să mențină una sau mai multe proceduri în vederea identificării unor posibile situații de urgență sau accidente cu urmări asupra mediului, inclusiv modul de acțiune în astfel de situații. Verificarea procedurilor se va face periodic prin efectuarea de exerciții sau simulări organizate la locurile stabilite prin planurile de intervenție.

Etapa 4. Verificare și acțiune de corecție

Această ia în considerare parcurgerea mai multor subetape conforme cu cerințele legale și alte cerințe aplicabile. Aceste subetape sunt următoarele:

4.1. *Monitorizarea și măsurarea rezultatelor obținute.* Se utilizează proceduri bazate pe măsurări cantitative sau calitative care au drept scop monitorizarea activităților supuse implementării sistemului de management al mediului conform cu cerințele de mediu, respectiv furnizarea datelor necesare controlului, evaluării performanțelor sistemului de management al mediului. Cu această ocazie, prin stocarea informațiilor și analiza lor se pot identifica acele activități care necesită corecții sau îmbunătățiri pe durata implementării sistemului de management al mediului.

4.2. *Evaluarea conformării, acțiunile corective și preventive.* Evaluarea periodică a conformării cu cerințele legale și alte cerințe aplicabile se realizează în concordanță cu angajamentul asumat prin politica de mediu. În acest scop se pot folosi următoarele metode: analiza activităților, analiza documentară, analiza de rutină, interviul, inspectarea instalațiilor, auditul. Toate informațiile obținute în urma evaluării periodice sunt păstrate și analizate cu mare atenție, deoarece ele servesc la luarea unor acțiuni corective și preventive. În acest sens, echipa de implementare trebuie să:

- analizeze și corecteze neconformitatea sau neîndeplinirea anumitor cerințe;
- analizeze și să determine cauzele, stabilind astfel acțiuni corective;
- evalueze necesitatea implementării unor acțiuni preventive și să le înregistreze;
- analizeze eficacitatea acțiunilor corective și acțiunilor preventive întreprinse.

4.3. *Controlul evidențelor.* În acest sens se creează o arhivă documentară păstrată atât pe suport hârtie cât și pe suport magnetic ce cuprinde următoarele categorii de informații:

- conformarea cu cerințele legale sau alte cerințe aplicabile;
- detaliile neconformităților, acțiunile corective și acțiunile preventive;
- informații privind caracteristicile de mediu ale produselor;
- dovezi ale gradului de îndeplinire al obiectivelor sau țintelor vizate;
- autorizații, licențe sau alte forme de autorizare legală;
- rezultatele inspecțiilor, controalelor operaționale, auditului (lor) sistemului de management al mediului și ale analizelor efectuate de management.

4.4. *Auditul sistemului de management al mediului.* acesta se realizează de către auditori competenți, obiectivi și imparțiali cu sprijinul unor experți tehnici, selectați din cadrul întreprinderii sau chiar din exteriorul acesteia. Rezultatele auditului consemnate în Raportul de Audit cuprind printre altele: conformitatea sau neconformitatea implementării și respectării cerințelor legale privind sistemul de management al mediului, identificarea acțiunilor corective și preventive care se pot lua.

Etapa 5. Analiza de către conducere

În urma derulării celor patru etape și a colectării informațiilor necesare rezultate în urma întocmirii Raportului de Audit al mediului, conducerea întreprinderii procedează la o analiză

amănunțită cu privire la modul de implementare și de menținere în funcțiune al sistemului de management al mediului.

5. Avantajele implementării unui sistem de management al mediului

Întreprinderile care implementează și mențin în funcțiune un sistem de management al mediului dispun de următoarele avantaje:

1. Prin integrarea managementului de mediu cu sistemul de management al calității și cu sistemele de protecție a muncii dintr-o întreprindere, aceasta din urmă beneficiază de anumite economii la costurile managementului de mediu.

2. Prin dezvoltarea competențelor de management strategic de mediu⁵, întreprinderea realizează o performanță de mediu îmbunătățită cu costuri reduse.

3. Prin alocarea clară a sarcinilor pe responsabili, prin instituirea unor sisteme de monitorizare, de asigurare a controalelor operaționale adecvate, prin minimizarea consumului de energie și a deșeurilor, întreprinderea dobândește o conducere generală și o performanță de mediu mult mai bună. Ca rezultat al minimizării deșeurilor și al creșterii eficienței energetice se reduc costurile de funcționare ale întreprinderii. Prin creșterea eficienței energetice, întreprinderea obține rate⁶ mari de recuperare a investițiilor.

4. Prin saltul gradat de la abordarea de asigurare a conformării bazate pe mediu la cea bazată pe sistem și care necesită o planificare strategică de mediu din partea top-managementului, întreprinderea este pregătită pentru tendințele viitoare în domeniul reglementărilor de mediu.

5. Prin reducerea cererii de resurse naturale pentru activitățile întreprinderii, prin reducerea riscului răspunderilor de mediu și practicarea unui management proactiv, întreprinderea dobândește o mai mare viabilitate pe termen lung.

6. Întreprinderile care au implementat un sistem de management al mediului sunt favorizate de către investitori, creditori, oferindu-le rate mai mici la dobânzi, unele organisme de stat dispun exceptarea de la plată a anumitor taxe și obligații de mediu, toate acestea contribuind la o reducere a costurilor capitalurilor și la un acces mai bun pe piața de capitaluri. Tot un acces bun pe diferite segmente de piață pot fi înregistrate ca urmare a demonstrării și practicării unor angajamente responsabile în privința mediului (conform standardelor ISO 14001), constituind o condiție esențială de realizare a afacerilor și de menținere a acestora.

7. Prin abordarea unui management de mediu care încurajează dialogul și receptivitatea la preocupările tuturor părților implicate, întreprinderea dezvoltă relații publice mai bune cu autoritățile și comunitatea.

Concluzii

Implementarea și menținerea în funcțiune a unui sistem de management al mediului aduce întreprinderii beneficii pe termen lung, iar aceasta nu este doar părerea autorilor ci și a numeroși specialiști din domeniului mediului. Drept urmare, pledăm pentru implementarea și menținerea unui sistem de management al mediului în toate întreprinderile care doresc o îmbunătățire a mediului de afaceri și a mediului înconjurător. Mediatizarea pe scară largă a conceptelor specifice sistemului de management al mediului constituie principala noastră țintă în perioada următoare, iar aceasta se va face prin organizarea de conferințe, prezentări, comunicări științifice, mese rotunde etc.

⁵ Include anticiparea exigențelor viitoare de mediu și identificarea continuă a oportunităților de prevenire a poluării și nu simpla reacție față de prevederile legii.

⁶ Rate care adesea depășesc cu mult ratele pe care întreprinderea le obține pe piața de capital normală.

Referințe bibliografice

1. Munteanu, Ioan Ovidiu. *Ecologie și protecția mediului*, (Editura Universitas, Deva, 2007).
2. Țuțuianu, Ovidiu. *Evaluarea și raportarea performanței de mediu. Indicatori de mediu*, (Editura Agir, București, 2006).
3. S.R. EN ISO 14004, *Sisteme de management de mediu. Ghid privind principiile, sistemele și tehnicile de aplicare*, (Institutul Român de Standardizare, București, 1998).

IMPACT AND ROLE OF TRANSNATIONAL COMPANIES IN THE CONTEXT OF ECONOMIC GLOBALIZATION

IULIANA ALEXANDRA ZARAFIU*

Abstract

The expansion trend, at all levels, of the globalization and particularly of the economic field is in full development. The new technologies made possible the globalization, and transnational companies implemented it. By means of the resolutions adopted by them in the field of purchases, production and investments, global markets have been created and the impulse for the increase of interdependencies has been provided for. Based on the data provided by the specialized literature, the paper aims at revealing the role that transnational companies have in the globalization process. In this context, the role of transnational companies in the internationalization-globalization and business management globalization process will be approached. At the same time, the concretization of the overall perspective on the way in which a transnational company operates will be aimed at in the paper, the accent falling on the way in which, by means of the modernization process of the structures and strategies, the companies manage to efficiently adjust to the current competitive environment. The theme is of particular interest, as the organization concept has substantially changed. Whereas the opportunities for international business are high, being determined by diversity, by new technologies and by dynamic environments, the degree of incertitude increases as well and consequently the business risk. Increased attention will be paid to the Romanian reality by the analysis conducted on the business environment in our country in the context of globalization.

Keywords: *Impact of transnational companies in global economy*

Introduction

We are progressively leaving a world in which national economies are relatively isolated from one another by barriers in the path of commercial and investment flows, by physical distances, time zone and language differences, by governmental regulations, cultural systems and business environments, to head to a world in which the national economies merge into a huge interdependent economic system. This process usually referred to as globalization actually means the increase of interconnections between companies, so that the events taking place in a certain part of the world influence, to an increasingly larger extent, people and companies situated in another part of the world. Within such a complex process, the transnational companies undoubtedly play a part and have a rather important word to say.

The activity of transnational companies is one of the most important and intriguing sides of the modern world economy. It contributes today with one third in the gross private production of the market economies. Most of the inter-war period, especially as of 1980, the direct foreign investments as a main activity form of TNC increased more rapidly than the world trade or world production. The TNC-related data are impressive. Thus, in 1990, the annual flow of direct foreign investments was of about 225 billion \$, and the stock of investments was of about 1.7 trillion \$, the number of the companies holding or controlling assets, by shares, in more than one country, raised to about 30000, the same companies holding or controlling over 15000 subsidiaries abroad (according to The United Nations *Library on Transnational Corporation*).

The actuality of the problematic of transnational companies is also the reasons that determined me to study: "The Impact and Role of Transnational Companies in the Context of the Economic Globalization", paper in which I will reveal the role that transnational companies play in the globalization process. The internationalization-globalization process and business management

* Ph.D. candidate, Academy of Economic Studies, Bucharest (e-mail: iuliana.zarafiu@yahoo.com).

globalization will be studied in this context. At the same time, I will aim, in the paper, at the materialization of the overall perspective on the operating mode of a transnational company, the accent falling on the way in which, by means of the modernization process of the structures and strategies, the efficient adjustment of the companies to the current competitive environment is succeeded. An increased attention will be paid to the Romanian reality by the analysis conducted on the business environment in our country in the context of globalization.

As a consequence of the globalization process, the transnational companies will play an increasingly more important role both within the national economies and at worldwide level, in the activation of the commercial flows in the international trade, especially on the North-South direction, presently occupying the second position as share, but which will occupy the first position in the future. In this context, this paper is intended to be, if not an exhaustive analysis of the relevant aspects related to the problematic of transnational companies, at least a first step in the deepening of the economic researches in the studied field.

1. Relations of CTN to the National States. Policies of the States towards the Transnational Companies

Undoubtedly, the transnational companies exceed the national horizons, not being any longer interested in the citizen-man, but in the customer-man, irrespective of the country of origin. Some specialists claim that whereas the power of the big companies increases, that of the national states decreases. Nevertheless, it cannot be stated that the transnational companies have become stateless entities, irrespective of how great their transnationality degree would be, as they do not perform their activity in nihility, but on territories belonging to the states. Which is why, regardless of how powerful a corporation may be, it needs to have relations both with its country of origin and with the states on the territory of which its subsidiaries are implanted, thus becoming “multistate”.

Relations of the transnational companies with the country of origin. The former president of General Motors, Charles Erwin Wilson, proposed for the position of Secretary of State in the USA for defense, was asked whether he could make a decision to the benefit of the USA, even if this would be detrimental to the interests of the General Motors shareholders. He replied: “I cannot imagine such a thing as, for many years, I have been thinking that everything that is useful to our country is also useful to General Motors and vice versa”. It results from the aforementioned that, there is collaboration on various levels between the companies and national states, which is mutually profitable. An example is the American state encouragement of the expansion of its big “Generals” (Electric, Motors, Dynamics), but also of the consecrated ones (Ford, Exxon, IBM, ATT), as well as of the new-comers (Microsoft, Wall-Mart Stores, Pfizer, Lucent Technologies). In exchange, the transnational “ensure” that the USA becomes and remains the first economic, political and military world power. On the other hand, companies such as McDonald’s, Levi’s, Coca-Cola, by their expansion, do they not serve as well the interest of the USA? Do they not act as promoters of the American lifestyle?¹. This relation had a similar evolution in the other developed countries as well.

Relations of the transnational companies with the states on the territory of which they perform their activity. As a rule, the big companies, especially the American ones, prefer to fully hold the shares of the external subsidiaries. Thus, the decision-making center may impose on a subsidiary in a certain country either a financial policy to the benefit of another region, or the purchase from the parent company or from another subsidiary of various goods at prices lower than the production costs, in order to reduce the customs fees, the turnover taxes. These practices may negatively influence the balance of external payments, as well as the budget of the host country. The transnational corporation has no subjective preferences for a certain subsidiary or country, its purpose being the overall profit maximization; it may impose on the external

¹ St. Dumitrescu, Ana Bal, quoted paper, page 117.

subsidiaries the restriction of the activity, capital transfer, lay-offs, etc. this may result in a certain economic and social instability of the host country.

Impact of the companies on the economic environment of the host states. The impact of the companies on the economic environment of the host states may be outlined using three issues that preoccupy the state in its relation with the transnational corporation: balance of payments, competitive environment and the social problem.

Balance of payments. The impact of foreign investments on the balance of payments varies in reference to the investment purpose, nature of the activity and development stage of the investment project².

a) By investment purpose, the transactions of the market seeking companies involve more imports than exports; and the transactions of the companies interested in the local resources involve more exports than imports;

b) By the nature of the activity, if they are different, they require different imports and exports.

c) By the development stage of the investment project, the projects in an incipient stage require massive imports of technology, production equipment, intermediary products, but, as the business develops, it is expected that the imports decrease, concomitantly with the increase of the contribution of local providers; after the investment has become profitable, the payments of the external capital start being made. The flows thus resulted, to which the transfer prices may also be added, are considerable.

The effects of the activity of transnational companies on the balance of payments of a country may be direct and indirect. The direct ones may be identified and reflected directly in the balance of payments thus:

Table 20 Reflection of the effects of the TNC’s activity in the balance of payments

Source: I. Popa, R. Filip, quoted paper, page 147.

Credit +	- Debt
exportation of goods and insurance and freight complementary services	importation of goods and insurance and freight complementary services
	foreign capital due payments: dividends, distributed profits, interests to the intra-company credits, other payments, such as license fees and royalties;
direct investments in the country	
loans from the external markets for investment financing;	interests paid for these credits;

The indirect impact consists in the contribution of foreign investments to the formation of the internal capital, contributing to the economic increase, and, in its turn, it influences the importation, exportation, saving rate, all reflecting directly or indirectly in the balance of payments; the capital inflows resulted from the activity of the transnational companies influence the exchange rate level and thus the price and volume of the traded goods; the companies may request to the national firms to produce goods for which there is no domestic demand, thus contributing to the increase of exports; the companies may resort to local providers using raw materials from other countries, contributing to the increase of imports.

Numerous studies have been elaborated on the theme of the effects of the activity of the transnational companies on the balance of payments. As a trend, it results from these studies that the effects on the balance of payments were negative. In countries such as Singapore, China, the

² Liviu Voinea, quoted paper, page 127

contribution of the companies to the balance of payments is positive, this being, to a large extent, due to the governmental policies of support of the activities in the priority sectors.

A comprehensive study on the effects of the activity of transnational companies on the balance of payments has not been elaborated in Romania yet. But there is some information in this field. Such a study from 1996 indicated the fact that the share of the direct foreign investment stock in Gross Domestic Product (GDP) was of only 3.2 %, which means that their role on the balance of payments is low. In 1999, this share had reached 17%, a significant increase being recorded, but way below the minimal 40% level considered significant by the specialists.

Competitive environment. The impact of transnational companies on the competitive environment of the host state is not negative in all cases, as some specialists claim.

The entrance of a company on a national market may increase the competition degree on that market, may lower prices (in case the corporation is more powerful than the local firms), may introduce new products as a consequence of the research and development activity. Thus, in the Kenyan footwear industry, the entrance of transnational companies resulted in the increase of the market competition and the renewal of the technological lines of the local firms. The penetration of Pepsi and Coca Cola on the Indian market did not remove the local producers from the market, the entire industry in the field gaining profits from the advertising campaigns of the two companies. In Romania too, the foreign investments in the field of refreshing drinks had an investment stimulation effect. Thus, local producers such as European Drinks, Leader, etc appeared. Besides this, the multiplication effect of the investment Coca Cola was of 10:1, i.e. each employment position created by Coca Cola resulted in the creation of other 10 employment positions in the distribution field.

According to some studies, the positive effects tend to appear when the local companies already has some production capacities prior to the penetration of transnational corporation on the market and has a productivity close to the one thereof. But if the power of the corporation is huge in reference to that of the local companies, and the competition from other companies is insignificant, than the local market may not efficiently operate, the corporation recording excess profits to the detriment of the local producers and the development of the respective economy.

Social problem. Within the state-corporation relation, the social relations should not be neglected. As regards the employed labor force, the companies have a contradictory influence. On the one hand, due to its size, the corporation has a total number of employees bigger than the local firms in the same sector, and on the other hand, due to the advanced technologies available to it, the companies generate a number of employment positions smaller than a local company at the same production level. The number and quality of the employees depends on the investment motivations of the corporation. Thus the resource seeking companies and the efficiency seeking ones are interested in cheap and trained labor force, whereas the market seeking companies place the labor force on a secondary place. Considering the work conditions, the labor force employed directly in the subsidiary of a company is better paid and works in a better environment than the employees of the local companies. In principle, there are three motivations for the superior waging level in a corporation, namely:

- the subsidiaries of the transnational companies operating especially in the developing countries and the countries in transition, have a technological level that is net superior to the local companies, obtaining thus a higher productivity as compared to theirs. The higher level of wages corresponds to this higher productivity.

- the corporation has to provide the same quality of its products and services worldwide, and, for this purpose, it seeks well trained and experienced labor force, to which it offers appropriate wages.

- despite their size, the transnational companies are a target easily reachable by various trade-union organizations, pressure-posing groups, caring for their image more than the national companies, seem to give in more easily to the social pressures. But this motivation is not well

verified in practice, at least not in Romania, where big companies have precise wage grids and no employee is indispensable.

A series of elements of concern for the host states in their relations with the transnational companies are also established, being ordered as follows: 1. ownership and control, 2. research, development, technology; 3. fiscal implications; 4. labor force employment and industrial relations; 5. balance of payments, international trade; 6. impact on the external competitiveness; 7. regional impact; 8. basic issues: national security, public order; 9. cultural issues; 10. transparency; 11. fairness; 12. political issues; 13. ranging in the general economic policy; 14. environmental issues; 15. patriotic reasons.

In his book, Voinea Liviu identifies the main policies adopted by the most important industrialized states towards the transnational companies. They may be synthesized as follows³:

Transnational Companies-related Policies adopted by Japan: continuous administrative surveillance; notification of the investments to the relevant authorities; analysis of investments on blank. Approval criteria: development of essential domains, improvement of the balance of payments. Rejection criteria: possibility of inducing a negative influence in the economy, supposition that the investment is not fair, doubts on the origin of the financial means of the investment; license granting encouragement; restriction on the foreign participation on a Japanese company below the control level; purposeful delays in the performance of the administrative activities; the elaboration of a conduct code for the subsidiaries of the foreign companies, stipulating, among others: the improvement of the situation of the balance of payments, the employment of Japanese citizens in executive positions, avoidance of the closure of plants and mass lay-offs, bringing an innovating technological contribution, supporting the economic policy of the government etc.; protection of certain sectors; imposition of certain conditions (the corporation has to guarantee that it would not withdraw its profits in case of deficit in the balance of payments); gradual liberalization. The foreign companies were accepted only when the economy was prepared for this step; maintenance of a monitoring mechanism; promotion of foreign investments by consultancy supply at governmental level;

The Transnational Companies-related Policies adopted by the USA are: the traditional "closed doors" policy; protection of the strategic sectors; blocking of some purchases for national security reasons (Exxon-Florio amendment); an active policy of rejecting unwanted investments, with an endless multitude of laws, regulations, agencies, hearings.

In *France, Transnational Companies-related Policies* aims at: the careful monitoring of investments; granting of authorizations on positive criteria: the investments are beneficial to the economy, economy modernization by transfer of technology; and negative ones: free competition is endangered, national research is discouraged, the local managers are dismissed; blocking of investments by delay tactics; protection of key sectors; protection of the national interest; imposition of conditions (support of the national research by the transnational companies); liberalization of the currency regulations; simplification of the administrative procedures; support of the shareholders of the national companies in case of hostile takeovers.

In Germany, as regards the transnational companies, the national policy aims at: a notification system; restriction of investments: in order to comply with the undertaken international obligations; in order to maintain economic stability; for national security reasons; legal framework providing the German companies with protection against hostile takeovers (active role of the banking system, monitoring bodies); interventions for the protection of the strategic sectors; dual policy, allowing the access of transnational companies.

The Transnational Companies-related Policies adopted by Great Britain are: a traditional attitude favorable to foreign investments; imposition of conditions, (the contribution in foreign currency should be proportional to the control degree that the corporation has on its subsidiary);

³ L. Voinea, quoted paper, page 85-86.

requirement that the subsidiaries of the transnational companies undertake commitments related to the labor force level and the volume of exports; interventions for national interest protection.

2. Impact of the transnational companies on the Romanian economic environment. Romania's policy towards the transnational companies

In Romania, the privatization process continues, the economic situation is fluctuating, especially due to the transformations that resulted in the Romanian enterprises entering a competition in which traditional organizations, having significant experience in the competitive combat participate. The delay of privatization did not allow the performance of the restructuring, modernization and technological upgrading of the big enterprises and especially the profound change in the management of organizations. Unlike the developed countries where the increase in the size of an enterprise corresponds to the increase of the market demand and is followed, depending on the economic circumstances, by restructuring processes, the big enterprises in Romania, in many cases, were conceived to fulfill demands on the CAER market. Starting with the radical modification of its conditions, they could no longer be appropriately technologically updated and modernized. The restructuring was not efficient either due to the delay in the privatization process. At the same time, the split of big companies in Romania resulted in the fragmentation of the technological flows and the decrease of competitiveness of the final product.

A major problem is represented by the way in which small and middle-sized enterprises can deal with the globalization process. In this context, globalization is characterized by the intensification of the competition between enterprises, both international and national, of the introduction of new production areas, providing new opportunities to the organizations able to benefit from them and from the increase of the number of enterprises choosing the implementation of an internationalization strategy.

Upon the penetration of new foreign organizations on the Romanian market, or upon the internationalization of the activities of some Romanian enterprises, the latter have to reshape their attitude towards the quality and promptness of the provided services, towards the price policy and the policy of distribution of the own products and services. The changes hallmark as well the management of the Romanian enterprises. In order to fulfill these desiderata, the implementation of competitive organizational structures, the use of modern management methods and techniques and especially the elaboration of judicious strategies for the Romanian enterprises are necessary.

The current dynamics of the world economy and especially the crisis that the economies of developed countries such as Japan, South Korea, went through, as well as the crisis in the Eastern Europe and Russia in the 1990s, had a negative impact on the Romanian economy as well. Even if Romania benefits from labor force with high training level in the conditions of a waging level relatively low as compared to the other Eastern European states, the Romanian enterprises face problems, especially in the case of supply of material and financial resources. The evolution of the development of the management of big transnational companies indicated since the 1970s an increase in the importance paid to the financial problems as compared to the productive field. The financial resources are the ones deciding upon the existence of an organization, but the fact that they are in a significant proportion directional in view of the supply of the technical-material resources should not be discarded. Unfortunately, in Romania, within this dependence (financial resources - material resources), the share afferent to the material resources is very small, the fact that the supply of material resources represents a first mode to obtain competitive advantage not being understood.

Over the last few years, the role of foreign investments in the economic revival of Romania is more and more spoken of. On the one hand, an infusion of foreign capital is desired, which, as known, is at a low level as compared to the level recorded in the other neighboring countries, but on the other hand, there are groups of interests blocking this process at least indirectly. Moreover, as if this obstacle weren't enough, there is also the political instability created especially by groups

thinking of their own interest before seeing the difficult situation that the national economy undergoes, in many cases not taking this into account at all.

The promotion of strategic alliances could represent the basis of the development for the Romanian economy in the years to come. An important condition in view of the efficient operation thereof is constituted by the partnership in which the force ratio is of 50-50. For this, the government should support the Romanian enterprises, providing them with facilities to make up for the absence of their liquid funds. Thus, the Romanian economy could attract transnational companies, maintaining, at the same time, its national sovereignty, even if some enterprises became just a link in the international chain of value. Without support from the State, the Romanian companies will be gradually destroyed by competitive companies and especially by the ones in the neighboring countries: Hungary, the Czech Republic, Poland, but also Bulgaria.

The trend of the foreign organizations willing to invest in Romania is that of purchasing organizations that already hold a dominant position on the Romanian market. The analysis of the social impact of such a transaction is difficult to quantify. It is to be noted that this situation should not be such alarming as, at the present moment too, the 100% Romanian companies holding dominant positions charge prices that are in no way related to the needs of the population. That factor that should be decisive in the attraction of foreign investors is represented by its know-how contribution, that should, in no case, be mistaken for the know-how no longer corresponding, to its original market due to its obsolescence.

Another factor that needs to be considered is represented by the sector of pollutant industries, already disappearing in other countries. For this sector, there is "a new industry", more and more prosperous, namely that of the anti-pollutant installations, which could be developed with great success in Romania as well.

The political factor plays a very important part in the promotion of foreign investments. It is known that the financial circles dominating the international trade have elaborated a series of map of risk factors for investments, based on which foreign investment are directed. The investment process exceeds the range of the supplying relations, but they exist regardless of the nature of this process and play a strategic part in the content of the global economy.

The liberalization of the economy was and is supported, whenever necessary, by all the developed states in the world, the enterprises in the field of maximum interest are protected by the State by means of compensations or subsidies, both for purchases and sales. Thus, in 1997, German farmers received from the State an average DM 28,000 each, representing 50% of the value of the commodity provided by them on the market. The French farmers have been subsidized by 2500 FF for each cultivated hectare. The Hungarian farmers received in 1999 a total subsidy of 800 thousand \$. The Romanian agriculture under increasingly more intense external competitive pressure received in 1999 only 350 thousand \$ for an agricultural area three times larger than Hungary⁴.

Another aspect worth pointing out is that in Romania, even before 1989, large industrial businesses were not organized as markets and consumers, but only by technology. Productive efficiency was sought and not the market success. In a capitalist economy, the organization forms of the Romanian companies faced significant challenges and have survived because the markets place consumers on the first plane. That is why the strategic business in Romania is now almost exclusively promoted by transnational companies, and the Romanian companies, with few exceptions, have not proved capable of managing strategic business. Under these circumstances, the main issue is the solving of the relationship between the transnational companies managing strategic business and the Romanian Small and Medium-Sized Enterprises. Unfortunately, the transnational companies that came to Romania have not found sufficient Romanian Small and Medium-Sized Enterprises able to integrate and cooperate with them in production for the

⁴ St. Dumitrescu, Ana Bal, quoted paper, page 137.

manufacturing of complex products. There were cultural, mentality issues and managerial weaknesses. In the absence of a macroeconomic development view, foreign investors have empirically organized the Romanian market, inducing perverse effects: bring imported technology and the business recipe (know how), using the cheap labor force in Romania and import many components that they then assemble in Romania. Simple components that could be produced in Romania are imported, leading to major dysfunction in the country's trade balance, the imports exceeding exports by far. This is why, it could be necessary for the decision-makers to support, by economic policy measures, the large firms integrating in their complex products as many Romanian components as possible, which are now imported, although they could be produced at low costs in Romania

At present and in the perspective of the Romanian economy, TNC may play a very important part for both in the domestic economic development and in the expansion of the Romanian companies beyond national borders.

The level of direct foreign investments in Romania is still very low and has an oscillating trend, whereas the share of direct foreign investment stock in reference to the GDP level is on an upward trend. Romania's interest in attracting companies is obvious, at least in terms of the need for financial resources and competent management.

Romania meets an important part of location advantages, which may generate in the future the increase of these foreign investments, each of them being, however, encumbered with specific drawbacks, as follows: 1. the favorable geographic position of our country and the existent natural resources are counterbalanced by the absence of a well articulated infrastructure to valorize them 2. The size of the sale market provides an image of the absorption capacity only by and in relation to the consumers' income levels. The polarization of the Romanian society has created a great mass of those who can only afford to consume current goods and, consequently, the existent demand may result in achieving the economies of scale only for these products. This explains why the productive subsidiaries of the transnational companies are more active in the field of current consumer goods (soft drinks, beer, food preparations and convenience, detergents), whereas the companies producing long-term consumer goods preponderantly set up distribution branches. However, the distribution subsidiaries involve small benefits for the host state (low investment level, low direct employment of the labor force, lack of technological inputs), whereas the effects inducing them, in particular the potential restriction of the competitive capacity if the local firms can be extremely costly for the local community 3. the cheap labor force may not be qualified, that is may be untrained to work with modern technologies, resulting in additional training, education and specialization costs, whereas the skilled labor force is no longer very cheap in Romania either, proof being the big salaries paid to the occupants of important positions in the subsidiaries of the TNCs 4. The reactive behavior of the transnational companies (the necessity to follow their market competitors) is manifested not only as a stimulant upon the entrance on the market, but also upon the exit from the market.

The availability of all governments after 1989 to conclude special agreements with the providers of foreign direct investments suggests the awareness of the lack of initial location advantages or their disappearance in time. The attempt to withdraw certain facilities granted to foreign investors, and then the amendment of the governmental views in this regard constitutes a clear example of the application of the "obsolete agreement" tactics, that the Neoclassics refer to as the most powerful weapon of weak governments.

The Romanian state is dominated and frightened by the force of the trade unions, dominated and punished by the international financial bodies, seduced, dominated and - sometimes - abandoned by the transnational companies. The negotiation power of the Romanian state is reduced, and this most often occurred due to the helplessness or ignorance of the State in terms of management of the negotiations.

3. In the medium-term economic strategy, a series of measures concerning, even indirectly, Romania's relationship with the transnational companies are proposed⁵:

1. "Priority will be given to contract materialization instead of considering the priority criteria such as the full recovery of the debts accumulated by the privatized company or the commitments undertaken by the investor on investments and employment position saving. This measure is synonymous to the reduction of the use of the condition imposing policy. Condition imposing seeks to avoid the costs afferent to the amendment of the structure of the titles to property and fall into the category of shield strategies, being considered, by the business environment representatives, rather harmful than beneficial to the local market. However, the intention of reducing the use of this measure is justified in the economic reality only if the resort to policies of the positive discrimination type is reduced as well. Typically, a State may adopt, towards a certain corporation, at a given time, a single policy, and the imposition of conditions often occurs as used subsequent to the positive discrimination, in order to reduce the capacity of use of the power already provided to the corporation by means of positive discrimination. The waiver of the imposition of conditions should, therefore, be accompanied by equal treatment applied to the Romanian and foreign investors, the denial of facilities except for rare, selective, cases as otherwise the imbalance between the excessive use of the corporate power and the limited use of State power is amplified.

2. "Clear and rigorous criteria will be established for the classification of companies in the category of national companies of strategic importance, in order to avoid the unjustified extension of this concept. This measure is a pragmatic one, in the spirit of the opinion expressed by S. Strange, according to whom, the promotion by the State of the so-called "national champions" is cost expensive to the budget has proved to be unviable.

3. "The state intervention in the activities of the large industrial enterprises will be eliminated, on grounds of the national interest clause. This measure is way too harsh and unprecedented: no other country in the world has deliberately set to refrain from interventions intended to protect the national interest. In fact, here comes the problem of defining the national interest. The interventions intended for its protection aim at protecting the key sectors and imposing restrictions on national security grounds (failure to carry out the privatization of certain public utilities). To this end, the key sectors of national economy first need to be determined, i.e. those economic sectors wherein Romania has or may have competitive advantages, especially as compared to the European Union member countries and the accession candidate ones. An overall analysis on economic criteria, to identify these sectors is required. The protection of the companies operating in these sectors can then be regarded as an intervention for the protection of the national interest. In order to be effective, and therefore desirable, this protection needs to be based not on shield strategies, but rather on company-specific advantage developing strategies. Last but not least, it needs to be stressed out again that, as of the entrance on the national market, the TNC subsidiaries sites should be regarded as an integral part of the respective market. The measures intended to promote the national interest should not be interpreted as a struggle between the firms with domestic capital and the ones holding foreign capital, arbitrated in a biased way by the state. The TNC subsidiaries already operating in key sectors are also subject to the State protection within the measures aiming at national interest protection.

4. "Elimination of unnecessary permits. It is a pragmatic measure, in accordance with the claim stating that that bureaucratic control is the measure most commonly adopted by the Romanian state, being, at the same time, the most important factor discouraging foreign investments in Romania. The measure comes, therefore, to correct the shortcomings.

5. "Clear standards that (...) will clarify the definition mode of the market, of the dominant position and that will improve the assessment of the competition affection degree will be

⁵ "Medium-term National Strategy of Economic Development of Romania" Bucharest, March 2000

established". Regarding the market definition, the strategy refers to the relevant market. In this respect, the interpretation of the European Commission according to which the relevant market consists of the products and services inter-replaceable in a determined geographic area may be taken over. Regarding the dominant position, one may say that: the dominant position occurs when a company or a group of companies is able to raise the price of its products above the competitive level for a certain uninterrupted period of time. But the relevant market issue, and even the dominant position one, have been significantly addressed since 1997 in the Competition Council Regulations, so that the proposed measure merely highlights, on the one hand, its alleged vagueness, and on the other hand, the unfortunate tendency of supra-enactment.

6. "The exclusive focus on the protection of competition and not on the protection of the competitors. The strategy practically opts for the analysis of the associative structures in terms of consumer's welfare, reflected in price reduction and quality increase. It enunciates the belief that "many of the current defects will be solved by natural mechanisms, without the intervention of the State authorities". In order to become able to implement its own regulations, the Romanian state should be aware of the power available to it, based on the awareness of its location advantages, make all efforts to increase these advantages (by the removal of the negative factors burdening them), and normally use its power within a partnership relationship both with the subsidiaries of transnational companies operating on its territory, and by international cooperation and coordination.

The perspectives on the development of foreign investments in Romania are moderate. The progress recorded in the steps towards the accession to the European Union can be a positive factor, but it is not enough. It is expected that the level of foreign direct investments in Romania records a slow medium-term increase, an actual change being expectable only in terms of achieving a functional market economy status, respectively of the resumption of the sustainable economic growth, of the achievement of structural amendments in Romania's economy, of the consolidation of the private sector in the economy and of the stabilization of the institutional and legal framework.

Conclusions

By their nature, transnational companies integrate the international production and thus play a central part in the economic growth. More importantly, these companies are the main factors in the development and dissemination of technology, which is considered to be of high importance as decisive for the international competitiveness and progress of nations. But the transnational corporations also contribute to the capital formation, provide professional training and play an important part in trade. Briefly, the TNC plays a pivotal role in the organization of the international economic activities and considerably positively affects the economic and social welfare of the host countries and the countries of origin.

The host countries regard the transnational companies as an additional source of investment, technology, innovation, employment, modernization of management, labor force skill training, increase of the national competitive power, greater integration into the global economy, new export markets, incomes from collections and taxes. By the contribution to these objectives, the transnational companies can make a significant contribution to the development of the host country. On the other hand, they can stifle the domestic development by means of a variety of business practices which may affect the local enterprises in the opposite direction.

Scientists, economists or experts in politics, depending on the economic school they pertain to by their concepts, have revealed the virtues of transnational companies or have exposed the economic and social adverse effects of their domination. But the politicians of the (recent) years have a favorable view of their impact on the economic development. Most governments have reduced or eliminated the restrictions on the inward direct investments and have introduced new tax incentives or other measures to attract them. It should be emphasized that transnational

companies have their own long term goals, when they perform transborder operations. Before investing in a certain country, they take into account the size and growth of the local or regional market, other alternative locations, the production costs and overall investment climate. The transnational companies carry out operations in the locations they perceive as the most appropriate for the fulfillment of their business objectives. In practice, 80% of the foreign investments are directed towards the developed countries. The host developing countries deal with a political challenge in terms of the increase of their attractiveness as location for foreign direct investments and in terms of the assurance that such investments contribute to the fulfillment of their national development objectives.

The contemporary world of business is in a permanent process of change, and the companies have to adjust in order to survive. The increase of the dependence of the world states on the goods and services produced by each of them has determined the increase of the companies' interest in the worldwide expansion of the activity. The importance of the foreign markets is even greater since most companies are involved in a development process compelling them to find new business opportunities in other countries, as the domestic markets mature. As of the liberalization of the international trade, the firms deal with an increasingly more powerful foreign competition in their home countries. They either have to create those capacities enabling them to cope with the attacks launched by the competition on the domestic market, or to capitalize the business opportunities available on the foreign markets. But companies already operating in the global industries have no other option left but the internationalization of their operations. Moreover, time and distance increasingly shorten, as fast rapid financial resources, means of communication and transport appear. Today more than ever, a firm should seek to obtain a differential advantage both on the domestic market and on the foreign one, where it operates.

The process of rapid globalization of the activity of the firms in the entire world compels the national economic agents operating in the global industries to act fast, before the door to the entrance on the global market closes. The small and middle-sized enterprises should apply a strategy of penetration of the global market niches.

The necessity for the companies to survive, in the conditions of the maturation of the domestic markets, compels them to find new business opportunities in other countries. As the degree of liberalization of the international trade increased, concomitantly with the accentuation of globalization, the companies deal, even on their own markets, with an increasingly more powerful foreign competition, which they have to cope with, either by direct confrontation, by the approach of very offensive strategies, when allowed by the financial means, or by the capitalization of other business opportunities occurred on the foreign markets.

In the recent decades, for an increasing number of enterprises, internationalization has become both more necessary and relatively easier than before. It is especially necessary in the field of the economies of scale, when an enterprise can only be competitive if it may reach a critical size, by the business internationalization or globalization of activities. This is the case of the aeronautic, automotive, chemical, electronic, computer industry, for instance, and also more and more of the staple products.

Internationalization has become easier, being facilitated by the action of various technological, political or cultural factors, such as: the development of the means of transport and long-distance communication (fax, e-mail, Internet, etc.), diminishment of the obstacles in the path of the circulation of goods and international trade, especially free trade areas; the trend to reduce the differences between countries in terms of the production mode and consumer patterns. Numerous products and services went beyond the cultural boundaries, being marketed worldwide without the need for adjustments (e.g. cars, machine tools, household appliances, Coca-Cola, processed fast food, rock music, etc.).

The companies that do not wish to leave the domestic market for safety reasons, miss not only their chance to penetrate the foreign market, but even risk to lose its own market because of

fierce competition they are subject to both by the domestic firms, but especially by foreign companies penetrating its market. The international success of a company is based on its market-oriented activities. In his book "Marketing Principles", Philip Kotler finds that, among the factors determining the decision of expansion on the international markets, the following can be mentioned: the limited increase of the domestic market and the intensification of competition at its level; the penetration of various geographic markets is used to reduce the risk of operating on a particular market, risk determined by the different cycles characterizing the political-economic life of a country; when production increases in view of its sale on other markets, the unit cost of the manufactured products lowers. If the achievement of the economies of scale is a strong element stimulating the exports of a firm, the fact that these exports contribute to the increase of the administrative costs and of those related to sale, distribution and marketing should not be overlooked either; the companies expand abroad in order to obtain profits or to survive. Before crossing the national borders, a company should balance the risks and analyze the operating capacity on a global scale.

The international success of the activity of the companies is based on the identification of the favorable opportunities on the foreign market, the anticipation the potential obstacles, careful elaboration and implementation of the strategies, so that there should be an appropriate proportion between the company resources, on the one hand and the needs and desires of the foreign consumers, on the other hand. The chances of success increase when the company adopts an active attitude and not a reactive one in reference to the situation on the international market.

Another theory divides the factors determining the internationalization in two large categories, namely: proactive motivations and reactive motivations⁶. The following factors are mentioned in the category of proactive motivations: additional profits, the capacity of sole manufacturer, technological advantage, exclusive information (deep knowledge of the foreign markets), managerial involvement, tax advantages, the economies of scale. From among the reactive motivations, the following may be listed: difficulties on the domestic market, the pressure of the competition, domestic market saturation, lower sales on the foreign markets, excess capacity, overproduction, proximity to customers and partners.

The implantation abroad through investment effort, involving the creation of structures with multiple functions on the foreign markets, results in the transnationalization of the company. Despite the risks involved, this process is determined by a number of motivations, which justify the risks and paves the way to the activity expansion and profit growth. The reasons of this complex evolution are numerous, but they could be classified in several groups: avoidance of the protectionist barriers; lowering of the personnel costs; extension of the product life; improvement of the production value.

There is no unique explanation for transnational companies or their activity. Companies change, as well as the production and marketing conditions in which it operates; the continuously changing value of the variables, the behavioral changes of the companies and countries they locate in require permanent monitoring and restructuring of thinking. New problems, little analyzed, related to transnational companies occur, e.g. strategic alliances; network analyses; the role of strategic management.

References

1. Allaire Y., Firsirotu M., „*Strategy Course*” Montreal, UQAM, 1992
2. Andreff W., „*Profits et structures du capitalisme mondial*”, Paris, 1992
3. Anghel Ion, „*Investiții străine directe în România*”, Expert Publishing House, Bucharest, 2002;
4. Baicu Mariana, „*Introducere în economia internațională*”, Fundația România de Mâine Publishing House, Bucharest, 2005

5. Burduș Gheorghe, „*Globalitate și management*” All Beck Publishing House, Bucharest, 1999;
6. Bari Ioan, „*Economie mondială*”, Editura Didactică și Pedagogică, Bucharest, 1997;
7. Crețoiu Gheorghe, Chirilă Mihai, „*Economie mondială*”, Porto-Franco, Publishing House, Galați, 2000;
8. Denuța Ioan, „*Relații economice internaționale*”, Economic Publishing House, Bucharest, 1999;
9. Drăgan Gabriela, Zaharia Rodica, „*Relații economice internaționale*”, ASE Publishing House, Bucharest, 2000;
10. Dumitrescu Sterian, Bal Ana, „*Economie mondială*”, Economic Publishing House, Bucharest, 2002;
11. Dumitru Camelia, „*Management internațional și relații economice internaționale*”, Polirom Publishing House, Iași, 2000;
12. Horbeț Alexandra, Mazilu Anda, Munteanu Costea, „*Marketing investițional internațional*”, Fundația România de Mâine Publishing House, Bucharest, 2002;
13. Iacob Dumitru, Maria Diana Cismaru, „*Organizația inteligentă: 10 teme de managementul organizațiilor*”, SNSPA Comunicare.ro Publishing House, Bucharest, 2002;
14. Korten David, „*Societățile conduc lumea*”, Antet Publishing House, Bucharest, 1998;
15. Macmillan David W., „*Dictionary of Modern Economy*”, London 1994
16. Martin Hans-Peter, Schuman Harold, „*Capcanele globalizării*”, Economic Publishing House, Bucharest, 2002
17. Marin George (coordinator), „*Economie mondială*”, Independența Economică Publishing House, Brăila, 1996;
18. Mazilu Anda, „*Transnaționalele și competitivitatea*”, Economic Publishing House, Bucharest, 1999;
19. Miculescu Simona, „*Relații publice internaționale în contextul globalizării*”, SNSPA Publishing House, Bucharest, 2001
20. Papp D., „*Contemporary International Relations*”, MacMillan, 1991
21. Popa I., „*Tranzacții internaționale*”, Economic Publishing House, Bucharest, 1997
22. Popa Ioan, Filip Radu, „*Management internațional*”, Economic Publishing House, Bucharest 1999
23. Popescu Camelia, „*Elemente de economie mondială*”, Economic Publishing House, Bucharest, 1999
24. Postelnicu Gheorghe, Postelnicu Cătălin, „*Globalizarea economiei*” Economic Publishing House, Bucharest, 2000;
25. Puiu Alexandru, „*Dicționar de REI*”, Encyclopedic Publishing House, Bucharest, 1993;
26. Rosemberg Jerry M., „*Dictionary of International Trade*”, New York 1994
27. Roșu-Hamzescu Ion, Șerban Nicolae, Fratoșțițeanu Cosmin, „*Globalizarea și problemele noii economii mondiale*”, Mondoec Publishing House, Craiova, 2000
28. Toffler Alvin, „*Corporația adaptabilă*”, Antet Publishing House, Bucharest, 1999;
29. Voinea Liviu, „*Societățile transnaționale și economiile naționale*”, I.R.L.I. Publishing House, Bucharest, 2001;
30. United Nations Organization – „*Raportul mondial al investițiilor 2002*”, Bucharest, 2002
31. „*Strategia națională de dezvoltare economică a României pe termen mediu*” Bucharest, March 2000
32. UNCTAD – „*World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness*”, 2002;
33. UNCTAD – „*World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness*” 2002
34. Capital” Collections 2003-2006

35. Tribuna Economică” Collections 2003-2006.
36. Wilkins M., „Comparative hosts”, in „Business History”, 36, 1994
37. „Business Week”, „The Global 1000”, 13 July 1998

IMPACTUL SI ROLUL SOCIETATILOR TRANZNATIONALE IN CONTEXTUL GLOBALIZARII ECONOMICE

IULIANA ALEXANDRA ZARAFIU *

Abstract

Tendința de expansiune, pe toate planurile, a globalizării și în special a mediului economic este în plină afirmare. Noile tehnologii au făcut posibilă globalizarea, iar firmele transnaționale au transpus-o în practică. Prin intermediul deciziilor adoptate de acestea în domeniul achizițiilor, producției și investițiilor s-au creat piețe globale și s-a oferit impulsul pentru creșterea interdependențelor. Pe baza datelor oferite de literatura de specialitate, lucrarea își propune să evidențieze rolul pe care societățile transnaționale îl au în procesul de globalizare. În acest context va fi abordat rolul societăților transnaționale în procesul de internaționalizare-globalizare și globalizarea organizării afacerilor. Totodată, în lucrare se va urmări concretizarea perspectivei de ansamblu asupra felului cum funcționează o firmă transnațională, accentul căzând pe modul în care se reușește, ca prin intermediul procesului de modernizare a structurilor și strategiilor, firmele să se adapteze eficient mediului competițional actual. Tematica prezintă un interes deosebit, deoarece conceptul de organizație s-a modificat substanțial. În timp ce oportunitățile pentru afacerile internaționale sunt mari, fiind determinate de diversitatea, de noile tehnologii și de mediile dinamice, sporește totodată și gradul de incertitudine și în consecință și cel de risc în afaceri. O atenție sporită va fi acordată realității românești prin analiza efectuată asupra mediului de afaceri din țara noastră în contextul globalizării.

Cuvinte cheie: *Impactul societăților transnaționale în economia mondială*

Introducere

Părăsim progresiv o lume în care economiile naționale sunt relativ izolate între ele prin bariere în calea fluxurilor comerciale și investiționale, prin distanțe fizice, diferențe de fus orar și de limbă, prin reglementări guvernamentale, sisteme culturale și medii de afaceri, pentru a ne îndrepta spre o lume în care economiile naționale fuzionează într-un imens sistem economic interdependent. Acest proces denumit în mod uzual globalizare înseamnă de fapt creșterea interconexiunilor dintre societăți, astfel încât evenimentele ce se petrec într-o anumită parte a lumii influențează, într-o măsură tot mai mare oameni și societăți situate într-o altă parte a lumii. În cadrul acestui proces atât de complex, societățile transnaționale fără îndoială joacă un rol și au un cuvânt destul de important de spus.

Activitatea societăților transnaționale este una din cele mai importante și mai intrigante fațete ale economiei mondiale moderne. Ele participă azi cu o treime la producția brută privată a economiilor de piață. Pentru o mare parte din perioada postbelică în special începând cu anii 1980, investițiile străine directe, că formă principală de activitate a STN, au crescut mai rapid decât comerțul mondial sau producția mondială. Datele referitoare la STN sunt impresionante. Astfel, în 1990, fluxul anual de investiții directe străine era de circa 225 miliarde \$, iar stocul de investiții era de circa 1,7 trilioane \$, numărul firmelor ce stăpâneau sau controlau active, prin acțiuni, în mai mult de o țară, se ridica la circa 30000, aceleași firme având în proprietate sau controlând peste 15000 de filiale în străinătate (după The United Nations *Library on Transnational Corporation*).

Actualitatea problematicii societăților transnaționale este și motivul care m-a determinat să studiez: „Impactul și rolul societăților transnaționale în contextul globalizării economice”, lucrare în care voi evidenția rolul pe care societățile transnaționale îl au în procesul de globalizare. În acest context va fi studiat procesul de internaționalizare-globalizare și globalizarea organizării

* Doctorand, Academia de Studii Economice, București, (e-mail: iuliana.zarafiu@yahoo.com)

afacerilor. Totodată, în lucrare voi urmări concretizarea perspectivei de ansamblu asupra felului cum funcționează o firmă transnațională, accentul căzând pe modul în care se reușește, ca prin intermediul procesului de modernizare a structurilor și strategiilor, firmele să se adapteze eficient mediului competițional actual. O atenție sporită va fi acordată realității românești prin analiza efectuată asupra mediului de afaceri din țara noastră în contextul globalizării.

Ca urmare a procesului de globalizare, societățile transnaționale vor juca un rol tot mai important atât în cadrul economiilor naționale cât și la nivel global în dinamizarea fluxurilor comerciale din comerțul internațional în special pe direcția Nord-Sud, care în prezent ocupă locul doi ca pondere, dar care pe viitor va deține primul loc. În acest context, lucrarea de față se dorește a fi, dacă nu o analiză exhaustivă a aspectelor relevante legate de problematica societăților transnaționale, cel puțin un prim pas în aprofundarea cercetărilor economice în domeniul studiat.

1. Relațiile STN cu statele naționale. Politicile statelor față de societățile transnaționale

Fără îndoială societățile transnaționale depășesc orizonturile naționale, ele nemaifiind interesate de omul-cetățean ci de omul-client indiferent de țara de origine. Uni specialiști susțin că în timp ce puterea marilor societăți crește cea a statelor naționale scade. Cu toate acestea nu se poate afirma că societățile transnaționale au devenit entități fără stat, oricât de mare ar gradul de transnaționalitate al acestora, ele nu-și desfășoară activitatea în neant ci pe teritorii care aparțin statelor. Motiv pentru care oricât de puternică ar fi o corporație, ea este nevoită să aibă relații atât cu țara sa de origine cât și cu statele pe teritoriul cărora are implantate filiale, ea devenind „multistatală”.

Relațiile societăților transnaționale cu țara de origine. Fostul președinte al lui General Motors Charles Erwin Wilson, propus pentru funcția de secretar de stat la SUA pentru apărare a fost întrebat dacă ar putea lua o decizie în interesul SUA, chiar dacă ar leza interesele acționarilor lui General Motors. Acesta a răspuns: „Nu-mi pot imagina așa ceva, deoarece de ani și ani, gândesc că tot ceea ce este de folos țării noastre este de folos și lui General Motors și viceversa”. Din cele de mai sus reiese că între societăți și statele naționale există colaborare pe diverse planuri care este reciproc avantajoasă. Un exemplu este statul american, care încurajează expansiunea marilor săi „Generali” (Electric, Motors, Dynamics), dar și a celor consacrate (Ford, Exxon, IBM, ATT), precum și a noilor veniți (Microsoft, Wall-Mart Stores, Pfizer, Lucent Technologies). În schimb transnaționalele au „grijă” ca SUA să ajungă și să rămână prima putere economică, politică și militară a lumii. Pe de altă parte companii ca McDonald’s, Levi’s, Coca-Cola, prin expansiunea lor oare nu servesc și interesul SUA, nu acționează ca niște promotori ai stilului de viață american¹. Această relație a evoluat asemănător și în celelalte țări dezvoltate.

Relațiile societăților transnaționale cu statele pe teritoriul cărora își desfășoară activitatea. De regulă marile societăți, în special americane, preferă să dețină integral acțiunile filialelor externe. Astfel centrul de decizie poate impune filialei dintr-o anumită țară fie o politică financiară în beneficiul altei regiuni, fie să cumpere de la societatea mamă sau de la o altă filială diferite bunuri la prețuri inferioare costurilor de fabricație, pentru a reduce taxele vamale, impozitele pe cifra de afaceri. Aceste practici pot influența negativ balanța de plăți externe precum și bugetul țării gazdă. Corporația transnațională nu are preferințe subiective pentru o anumită filială sau țară, scopul ei fiind maximizarea profitului pe ansamblu; ea poate impune filialelor externe restrângerea activității, transfer de capital, concedieri, etc. Aceasta poate conduce la o anumită instabilitate economică și socială a țării gazdă.

Impactul societăților asupra mediului economic al statelor gazdă. Impactul societăților asupra mediului economic al statelor gazdă poate fi conturat cu ajutorul a trei chestiuni care preocupă statul în relația sa cu corporația transnațională: balanța de plăți, mediul concurențial și problema socială.

¹ St. Dumitrescu, Ana Bal, op. cit., p. 117.

Balanța de plăți. Impactul investițiilor străine asupra balanței de plăți variază în funcție de scopul investiției, natura activității și de stadiul de dezvoltare al proiectului investițional².

a) După scopul investiției, tranzacțiile societăților în căutare de piață, implică mai multe importuri decât exporturi; iar tranzacțiile societăților interesate de resursele locale, implică mai multe exporturi decât importuri;

b) După natura activității, dacă acestea sunt diferite necesită importuri și exporturi diferite.

c) După stadiul de dezvoltare al proiectului investițional, proiectele aflate la început necesită importuri masive de tehnologie, echipamente de producție, produse intermediare, însă pe măsură ce afacerea se dezvoltă este de așteptat ca importurile să scadă, concomitent cu creșterea aportului furnizorilor locali; după ce investiția devine profitabilă, încep să se realizeze plățile capitalului extern. Fluxurile astfel rezultate sunt considerabile, la care se pot adăuga și prețurile de transfer.

Efectele activității societăților transnaționale asupra balanței de plăți a unei țări pot fi directe și indirecte. Cele directe pot fi identificate și reflectate direct în balanța de plăți astfel:

Tabel 20 Reflectarea efectelor activității STN în balanța de plăți

Sursa: I. Popa, R. Filip, op. cit., p. 147.

Credit +	- Debit
exportul de bunuri și serviciile complementare de asigurări și navlu	importuri de bunuri și serviciile complementare de asigurări și navlu
	plăți datorate capitalului străin: dividende, profituri distribuite, dobânzi la creditele intrafirmă, alte plăți, cum ar fi taxele de licență și revedențele;
investiții directe în țară	
împrumuturi de pe piețele externe pentru finanțarea investițiilor;	dobânzi plătite la aceste împrumuturi;

Impactul indirect constă în contribuția investițiilor străine la formarea capitalului intern, care contribuie la creșterea economică, iar aceasta la rândul său influențează importul, exportul, rata economiilor, toate reflectându-se direct sau indirect în balanța de plăți; influxurile de capital rezultate din activitatea societăților transnaționale influențează nivelul ratei de schimb și deci prețul și volumul bunurilor tranzacționate; în societățile pot cere firmelor naționale să producă bunuri pentru care nu există cerere internă, contribuind astfel la creșterea exporturilor; în societățile pot apela la furnizori locali care folosesc materii prime din alte țări, contribuind la creșterea importurilor.

Pe tema efectelor activității societăților transnaționale asupra balanței de plăți au fost elaborate numeroase studii. Ca tendință din aceste studii reiese că efectele asupra balanței de plăți au fost negative. În țări precum Singapore China contribuțiile societăților la balanța de plăți este pozitivă, acest lucru datorându-se în mare parte politicilor guvernamentale de sprijinire a activităților în sectoarele prioritare.

În România nu a fost elaborat încă un studiu cuprinzător asupra efectelor activității societăților transnaționale asupra balanței de plăți. Există însă unele informații în acest domeniu. Astfel un studiu din 1996 arată că ponderea stocului investițiilor străine directe în PIB era doar de 3,2 %, ceea ce înseamnă că rolul acestora asupra balanței de plăți este redus. În 1999 această pondere ajunsese la 17%, o creștere semnificativă, dar mult sub nivelul minim de 40% considerat de specialiști ca semnificativ.

Mediul concurențial. Impactul societăților transnaționale asupra mediului concurențial al statului gazdă nu este în toate cazurile negativ, după cum susțin unii specialiști.

Intrarea unei societăți pe o piață națională poate mări gradul de competiție pe acea piață, poate reduce prețurile (în situația în care corporația este mai puternică decât firmele locale), poate

² Liviu Voinea, op. cit., p. 127

introduce produse noi ca urmare a activității de cercetare dezvoltare. Astfel în industria Kenyană de încălziminte apariția societăților transnaționale a condus la creșterea competiției pe piață și la înnoirea liniilor tehnologice al firmelor locale. Pătrunderea lui Pepsi și Coca Cola pe piața indiană nu a îndepărtat producătorii locali de pe piață, întreaga industrie de profil profitând de pe urma campaniilor publicitare ale celor două societăți. Și în România investițiile străine în domeniul băuturilor răcoritoare au avut un efect de stimulare a investițiilor. Astfel au apărut producători locali cum ar fi European Drinks, Leader, etc. În afară de asta efectul de multiplicare al investiției Coca Cola a fost de 10:1, adică fiecare loc de muncă creat de Coca Cola a creat alte 10 locuri de muncă în sectorul de distribuție.

Conform unor studii efectele pozitive tind să aibă loc atunci când firmele locale dispun deja de capacități de producție anterior pătrunderii pe piață a corporației transnaționale și are o productivitate apropiată de a acesteia. Dacă însă forța corporației este uriașă în raport cu cea firmelor locale, iar concurența din partea altor societăți este nesemnificativă, atunci piața locală nu poate funcționa eficient. Corporația înregistrând supraprofituri în detrimentul producătorilor locali și a dezvoltării respectivei economii.

Problema socială. În cadrul relației stat corporație nu trebuie neglijate relațiile sociale. În ce privește forța de muncă angajată societățile au o influență contradictorie. Pe de o parte datorită mărimii sale corporația are un număr total de angajați mai mare decât firmele locale din același sector, iar pe de altă parte datorită tehnologiilor avansate de care dispune, societățile generează un număr de locuri de muncă mai mic decât o companie locală la același nivel al producției. Numărul și calitatea angajaților depinde de motivațiile investiționale ale corporației. Astfel societățile în căutare de resurse și cele în căutare de eficiență au ca scop forță de muncă ieftină și calificată, pe când societățile în căutare de piață plasează forța de muncă pe un plan secundar. Având în vedere condițiile de lucru, forța de muncă angajată direct în filiala unei societăți este mai bine plătită și lucrează într-un mediu mai bun decât angajații firmelor locale. În principiu există trei motivații pentru nivelul superior de salarizare dintr-o corporație, și anume:

- filialele societăților transnaționale operând în special în țări în curs de dezvoltare și în tranziție, au un nivel tehnologic mai net superior companiilor locale, realizând astfel o productivitate mai ridicată decât acestea. Nivelul mai ridicat al salariilor corespunde acestei productivități mai mari.

- corporația trebuie să asigure aceeași calitate a produselor și serviciilor sale în întreaga lume, iar pentru aceasta caută forță de muncă bine pregătită și experimentată, căreia îi oferă salarii pe măsură.

- societățile transnaționale în ciuda mărimii lor sunt o țintă ușor de atins de diferite organizații sindicale, grupuri de presiune, ținând la imaginea lor mai mult decât companiile naționale se pare că cedează mai ușor presiunilor sociale. Însă această motivație nu se prea verifică în practică, cel puțin nu în România unde marile societăți au grile de salarizare precise și nici un angajat nu este indispensabil.

Sunt stabilite de asemenea și o serie de elemente de îngrijorare pentru statele-gazdă în relațiile lor cu societățile transnaționale. Acestea fiind ordonate după cum urmează: 1. proprietate și control, 2. cercetare, dezvoltare, tehnologie; 3. implicații fiscale; 4. angajarea forței de muncă și relațiile industriale; 5. balanța de plăți, comerțul internațional; 6. impactul asupra competitivității externe; 7. impactul regional; 8. chestiuni fundamentale: securitate națională, ordine publică; 9. chestiuni culturale; 10. transparență; 11. corectitudine; 12. chestiuni politice; 13. încadrarea în politica economică generală; 14. chestiuni privind mediul înconjurător; 15. motive patriotice.

În cartea sa Voinea Liviu identifică principalele politici adoptate de cele mai importante state industrializate față de societățile transnaționale. Acestea pot fi sintetizate astfel³:

³ L. Voinea, op. cit., p. 85-86.

Politici privind societățile transnaționale adoptate de Japonia: supraveghere administrativă continuă; notificarea investițiilor către autoritățile însărcinate; analiza investițiilor pe loc gol. Criterii de aprobare: dezvoltarea unor domenii esențiale, îmbunătățirea balanței de plăți. Criterii de respingere: posibilitatea de a induce o influență nefastă în economie, bănuiala că investiția nu este corectă, dubii asupra provenienței mijloacelor financiare ale investiției; încurajarea acordării de licențe; restricționarea participării străine într-o companie japoneză sub nivelul de control; întârzieri intenționate în desfășurarea activităților administrative; redactarea unui cod de conduită al filialelor societăților străine, care prevede printre altele: să se îmbunătățească situația balanței de plăți, să angajeze în funcții de conducere cetățeni japonezi, să evite închiderea de fabrici și concedieri în masă, să aducă un aport tehnologic inovator, să sprijine politica economică a guvernului etc.; protejarea anumitor sectoare; impunerea unor condiții (corporația trebuia să garanteze că nu își va retrace profiturile în cazul unui deficit al balanței de plăți); liberalizare graduală. Companiile străine au fost permise doar atunci când economia fost pregătită pentru acest pas; menținerea unui mecanism de monitorizare; promovare investițiilor străine prin acordarea de consultanță la nivel guvernamental;

Politicile privind societățile transnaționale adoptate de SUA sunt: politica tradițională a „ușilor deschise”; protejarea sectoarelor strategice; blocarea unor achizițiilor din motive de siguranță națională (amendamentul Exxon-Florio); o politică activă de respingere a investițiilor nedorite, cu o mulțime nesfârșită de legi, regulamente, agenții, audieri.

În Franța, *politicele privind societățile transnaționale vizează:* monitorizarea atentă a investițiilor; acordarea de autorizații pe criterii pozitive: investițiile sunt benefice pentru economie, modernizarea economiei prin transfer de tehnologie; și negative: se periclitează libera concurență, se descurajează cercetarea națională, sunt concediați manageri locali; blocarea investițiilor prin tactici de întârziere; protejarea unor sectoare cheie; protejarea interesului național; impunerea de condiții (sprijinirea de către societățile transnaționale a cercetării naționale); liberalizarea regulamentelor valutare; simplificarea procedurilor administrative; sprijinirea acționarilor companiilor naționale în cazul preluărilor ostile.

În Germania, *în ceea ce privește societățile transnaționale, politica națională urmărește:* sistem de notificare; restricționarea investițiilor: pentru a-și respecta obligațiile internaționale asumate; pentru a menține stabilitatea economică; din motive de securitate națională; cadru legislativ care oferă companiilor germane o protecție față de preluările ostile (rol activ al sistemului bancar, organisme de supraveghere); intervenții pentru protejarea sectoarelor strategice; politică duală, care permite accesul societăților transnaționale.

Politicele privind societățile transnaționale adoptate de Marea Britanie sunt:

o atitudine tradițională favorabilă investițiilor străine; impunerea de condiții, (aportul în valută trebuie să fie proporțional cu gradul de control pe care corporația îl are asupra filialei sale); solicitarea ca filialele societăților transnaționale să își asume angajamente referitoare la nivelul forței de muncă și la volumul exporturilor; intervenții pentru protejarea interesului național.

2. Impactul societăților transnaționale asupra mediului economic românesc. Politica României față de societățile transnaționale

În România procesul de privatizare continuă, situația economică este fluctuantă, în special datorită transformărilor care au determinat ca întreprinderile românești să se găsească într-o competiție la care iau parte organizații cu tradiție, care posedă o importantă experiență în lupta concurențială. Întârzierea privatizării nu a permis efectuarea restructurării, modernizării și re tehnologizării marilor întreprinderi și mai ales schimbarea profundă a managementului organizațiilor. Spre deosebire de țările dezvoltate unde creșterea dimensiunilor unei întreprinderi corespunde creșterii cererii pe piață și este urmată, în funcție de conjunctura economică, de procese de restructurare, marile întreprinderi din România, în multe cazuri, au fost concepute să satisfacă cererile de pe piața CAER. Odată cu modificarea radicală a condițiilor acestea nu s-au

mai putut re tehnologiza și moderniza în mod corespunzător. Nici restructurarea n-a fost eficientă datorită întârzierii procesului de privatizare. De asemenea, divizarea marilor întreprinderi din România a avut drept consecință fragmentarea fluxurilor tehnologice și scăderea competitivității produsului final.

O problemă majoră o reprezintă modul în care întreprinderile mici și mijlocii pot să facă față procesului globalizării. În acest context globalizarea este caracterizată de intensificarea competiției dintre întreprinderi atât internaționale, cât și naționale, de apariția unor noi zone de producție, care oferă noi oportunități organizațiilor care sunt în măsură să beneficieze de acestea și de creșterea numărului de întreprinderi care optează pentru implementarea unei strategii de internaționalizare.

Odată cu pătrunderea unor noi organizații străine pe piața României sau cu internaționalizarea activităților unor întreprinderi românești, acestea din urmă trebuie să-și remodeleze atitudinea față de calitatea și promptitudinea serviciilor oferite, față de politica de preț și de distribuție a propriilor produse și servicii. Schimbările își pun amprenta și asupra managementului întreprinderilor românești. Pentru atingerea acestor deziderate este necesară implementarea unor structuri organizatorice competitive, utilizarea unor metode și tehnici moderne de conducere și îndeosebi elaborarea unor strategii judicioase pentru întreprinderile românești.

Dinamica actuală a economiei mondiale și în special stările de criză prin care au trecut economiile unor state dezvoltate ca Japonia, Coreea de Sud, precum și criza din Europa de Est și Rusia din anii '90 au avut un impact negativ și asupra economiei României. Chiar dacă România dispune de forță de muncă cu un nivel ridicat de calificare în condițiile unui nivel de salarizare relativ redus în comparație cu celelalte state din Europa de Est, întreprinderile românești se confruntă cu probleme, în special în cazul asigurării cu resurse materiale și financiare. Evoluția dezvoltării managementului marilor concerne transnaționale a indicat încă din anii '70 o creștere a importanței acordată problemelor financiare în comparație cu domeniul productiv. Resursele financiare sunt cele care decid existența unei organizații, dar nu trebuie uitat faptul că acestea sunt într-o proporție importantă direcționale în vederea asigurării resurselor tehnico-materiale. Din păcate, în România în cadrul acestei dependențe (resurse financiare-resurse materiale) ponderea acordată resurselor materiale este foarte mică neînțelegându-se faptul că asigurarea cu resurse materiale reprezintă o prima modalitate de obținere de avantaj competitiv.

În ultimii ani se vorbește tot mai mult de rolul investițiilor străine în relansarea economică a României. Pe de o parte se dorește o infuzie de capital străin, care după cum se cunoaște se află la un nivel scăzut comparativ cu nivelul înregistrat în celelalte țări vecine, dar pe de altă parte există grupe de interese care blochează cel puțin pe căi indirecte acest proces. În plus ca și când acest obstacol n-ar fi suficient există și instabilitatea politică creată în special de grupuri care se gândesc la propriul interes înainte de a vedea situația grea prin care trece economia națională, în multe cazuri neținând cont deloc de aceasta.

Promovarea alianțelor strategice ar putea reprezenta baza dezvoltării economiei României în anii următori. O condiție importantă în vederea funcționării eficiente a acestora o constituie parteneriatul la care raportul de forțe să fie 50-50. Pentru aceasta guvernul ar trebui să sprijine întreprinderile românești oferind facilități care să suplinească lipsa lichidităților acestora. În acest fel economia românească ar putea atrage societățile transnaționale, menținându-și în același timp suveranitatea națională, chiar dacă unele întreprinderi ar deveni doar o verigă a lanțului internațional al valorii. Fără un sprijin din partea statului societățile românești vor fi distruse treptat de către întreprinderile concurente și în special de cele din țările învecinate Ungaria, Cehia, Polonia, dar și Bulgaria.

Tendința organizațiilor străine care vor să investească în România este de a cumpăra întreprinderi care deja dețin o poziție dominantă pe piața din România. Analiza impactului social al unei asemenea tranzacții este dificil de cuantificat. De remarcat este faptul că această situație nu ar trebui să fie chiar atât de îngrijorătoare deoarece și în momentul de față societățile 100% românești care dețin poziții dominante practică prețuri care nu țin în nici un fel seama de nevoile

populației. Factorul care trebuie să fie decisiv în atragerea investitorilor străini îl reprezintă aportul de know-how al acestuia, care nu trebuie în nici un caz confundat cu know-how-ul care nu mai corespunde, datorită uzurii sale morale, pieței originare a acestuia.

Un alt factor de care trebuie să se țină seama îl constituie sectorul industriilor poluante, care în alte țări deja dispar. Pentru acest sector există „o nouă industrie”, din ce în ce mai prosperă și anume cea a instalațiilor antipoluante, care ar putea fi dezvoltată cu mult succes și în România.

Factorul politic joacă un rol foarte important în vederea promovării investițiilor străine. Se cunoaște faptul că cercurile financiare care domină comerțul internațional au elaborat o serie de hărți cu factori de risc pentru investiții pe baza cărora sunt direcționate investițiile străine. Procesul investițional depășește sfera relațiilor de aprovizionare însă acestea există indiferent de natura acestui proces și joacă un rol strategic în contextul economiei globale.

Liberalizarea economiei a fost și este sprijinită ori de câte ori este necesar de către toate statele dezvoltate ale lumii, întreprinderile din domeniile de maxim interes sunt protejate de către stat prin compensații sau subvenții, atât pentru achiziții cât și pentru vânzări. Astfel, în 1997 agricultorii germani au primit de la stat câte 28000 DM în medie fiecare, reprezentând 50% din valoarea mărfurilor oferite de aceștia pe piață. Agricultorii francezi au fost subvenționați cu câte 2500 FF pentru fiecare hectar cultivat. Agricultorii unguri au primit în anul 1999 o subvenție totală de 800 mii \$. Agricultura românească aflată sub presiunea concurențială externă din ce în ce mai intensă a primit în anul 1999 doar 350 mii \$ pentru o suprafață arabilă de trei ori mai mare decât a Ungariei⁴.

Un alt aspect care merită subliniat este acela că în România de dinainte de 1989, afacerile industriale mari nu s-au organizat după piețe și consumatori, ci doar după tehnologii. Era căutată eficiența productivă și nu succesul de piață. Într-o economie capitalistă, formele de organizare ale companiilor românești au fost confruntate cu provocări importante și nu au rezistat pentru că piețele pun consumatorii pe primul plan. Tocmai de aceea, afacerile strategice sunt promovate acum în România aproape exclusiv de către firmele transnaționale, iar firmele românești, cu câteva excepții, nu s-au dovedit capabile să gestioneze afaceri strategice. În aceste condiții, marea problemă este rezolvarea relației dintre societățile transnaționale care gestionează afaceri strategice și IMM-urile românești. Din păcate, transnaționalele care au venit în România nu au găsit suficiente IMM-uri românești capabile să se integreze și să coopereze cu ele în producție pentru realizarea de produse complexe. Au fost probleme culturale, de mentalitate și carențe manageriale. În lipsa unei viziuni macroeconomice de dezvoltare, investitorii străini au organizat empiric piața românească, inducând efecte perverse: aduc tehnologie din import și rețeta afacerii (know-how), folosesc forța de munca ieftină din România și importă multe componente pe care apoi le asamblează în România. Componente simple ce puteau fi produse în România sunt importate, ceea ce duce la disfuncții majore în balanța comercială a țării, importurile depășind cu mult exporturile. De aceea poate ar fi necesar ca factorii de decizie să sprijine prin măsuri de politică economică firmele mari care integrează în produsele lor complexe cât mai multe componente românești care acum se importa, deși pot fi produse cu costuri mici și în România.

În prezent și în perspectiva economiei românești STN pot avea un rol foarte important atât pentru dezvoltarea economică internă, cât și pentru ieșirea firmelor românești dincolo de granițele naționale.

Nivelul investițiilor străine directe în România este încă foarte scăzut și are o evoluție oscilantă, în schimb ponderea stocului de investiții străine directe raportat la nivelul PIB se află pe un trend ascendent. Interesul României de atragere a societăților este însă, evident, cel puțin prin prisma nevoii de resurse financiare și de management competent.

România întrunește o parte importantă a unor avantaje de locație, care pot genera în viitor creșterea acestor investiții străine, fiecare dintre ele fiind însă grevat de unele neajunsuri specifice,

⁴ St. Dumitrescu, Ana Bal, op. cit., p. 137.

după cum urmează: 1. poziționarea geografică favorabilă a țării noastre și resursele naturale existente sunt contrabalansate de lipsa unei infrastructuri bine articulate care să le poată pune în valoare; 2. mărimea pieței de desfacere oferă o imagine a capacității de absorbție doar prin și în corelație cu nivelul veniturilor consumatorilor. Polarizarea societății românești a creat o masă foarte mare a celor care nu își pot permite să consume decât bunuri curente, și ca urmare cererea existentă poate conduce la atingerea economiilor de scară doar pentru aceste produse. Astfel se explică de ce filialele productive ale societăților transnaționale sunt mult mai active în domeniul bunurilor de consum curent (băuturi răcoritoare, bere, alimente preparate și semipreparate, detergenți), în timp ce firmele care produc bunuri de consum îndelungat au înființat cu preponderență filiale de distribuție. Filialele de distribuție implică însă beneficii mici pentru statul gazdă (nivel redus de investiții, nivel redus de angajare directă a forței de muncă, lipsa input-urilor tehnologice), în timp ce efectele pe care le induc, în special restrângerea potențială a capacității concurențiale a firmelor locale, pot fi extrem de costisitoare pentru comunitatea locală; 3. mâna de lucru ieftină poate să nu fie calificată, adică să fie nepregătită să lucreze cu tehnologii moderne, ceea ce conduce la costuri suplimentare de antrenare, educare și specializare, în timp ce mâna de lucru calificată nu mai este nici în România foarte ieftină, dovadă salariile mari plătite deținătorilor unor funcții importante în cadrul filialelor STN-urilor; 4. comportamentul reactiv al transnaționalelor (nevoia de a-și urma competitorii pe piață) se manifestă nu doar ca stimulent la intrarea pe piață, ci și ia ieșirea de pe piață.

Disponibilitatea tuturor guvernelor de după 1989 de a încheia înțelegeri speciale cu furnizorii de investiții străine directe sugerează conștientizarea lipsei inițiale a avantajelor de locație, sau a dispariției acestora în timp. Tentativa de a retrage unele facilități acordate investitorilor străini, și apoi schimbarea opticii guvernamentale în această privință constituie un exemplu clar al aplicării tacticii "înțelegerii învechite", pe care neoclasicii o numesc drept cea mai puternică armă a guvernelor slabe.

Statul român este dominat și speriat de forța sindicatelor, dominat și pedepsit de organismele financiare internaționale, sedus, dominat și – uneori – abandonat de societățile transnaționale. Puterea de negociere a statului român este redusă, și asta se întâmplă cel mai adesea chiar din neputința sau neștiința statului de a conduce negocierile.

În strategia economică pe termen mediu sunt propuse o serie de măsuri care privesc, fie și indirect, relația României cu societățile transnaționale⁵:

1. "se va acorda prioritate materializării contractelor în loc de a considera prioritare criterii precum recuperarea integrală a datoriilor acumulate de societatea privatizată sau angajamentele asumate de investitor privind investițiile și păstrarea locurilor de muncă". Această măsură este sinonimă cu reducerea utilizării politicii de impunere de condiții. Impunerea de condiții încearcă să evite costurile schimbării structurii drepturilor de proprietate și intră în categoria strategiilor-scut, fiind considerată de către reprezentanții mediului de afaceri drept mai degrabă dăunătoare, decât benefică pentru piața locală. Însă, intenția de a reduce folosirea acestei măsuri se justifică în realitatea economică doar dacă se reduce și apelarea la politici de tipul discriminării pozitive. De regulă, un stat poate adopta, față de o anumită corporație, la un moment dat, o singură politică; iar impunerea de condiții apare adesea ca fiind utilizată subsecvent discriminării pozitive, în sensul de a reduce din capacitatea de utilizare a puterii deja oferite corporației prin discriminarea pozitivă. Renunțarea la impunerea de condiții trebuie deci însoțită de tratamentul egal aplicat investitorilor români și străini, de neacordarea de facilități decât în cazuri rare, selective, deoarece altfel se amplifică dezechilibrul dintre utilizarea excesivă a puterii corporației și utilizarea limitată a puterii statului.

2. "se vor stabili criterii clare și riguroase pentru încadrarea unor societăți în categoria companiilor naționale de importanță strategică, pentru a evita extinderea nejustificată a acestui

⁵ „Strategia națională de dezvoltare economică a României pe termen mediu” București, martie 2000

concept”. Această măsură este una pragmatică, în spiritul opiniei exprimată de S. Strange conform căreia promovarea de către stat a așa-numiților “campioni naționali” costă scump bugetul și și-a dovedit neviabilitatea.

3. “se va elimina intervenția statului în activitatea marilor întreprinderi industriale pe considerentul clauzei interesului național”. Această măsură este mult prea dură și fără precedent: nici o țară din lume nu și-a propus, în mod deliberat, să renunțe la intervenții pentru protejarea interesului național. În fapt, aici intervine problema definirii interesului național. Intervențiile pentru protejarea lui vizează protejarea sectoarelor-cheie și impunerea de restricții din motive de siguranță națională (neprivatizarea anumitor utilități publice). În acest scop, trebuie întâi determinate sectoarele-cheie ale economiei naționale, adică acele sectoare de activitate economică în care România dispune sau poate dispune de avantaje competitive, în special prin comparație cu țările membre ale Uniunii Europene și cu cele candidate la aderare. Este necesară o analiză de ansamblu, pe criterii economice, care să identifice aceste sectoare de activitate. Protejarea firmelor care acționează în aceste sectoare poate fi atunci privită drept intervenție pentru protejarea interesului național. Pentru a fi eficientă, și prin urmare dezirabilă, această protejare trebuie să aibă însă la bază nu strategii-scute, ci, dimpotrivă, strategii de dezvoltare a avantajelor specifice firmei. Nu în ultimul rând, trebuie subliniat încă o dată faptul că, din momentul intrării pe piața națională, filialele STN-urilor trebuie privite ca parte integrantă a pieței respective. Măsurile de promovare a interesului național nu trebuie interpretate ca o luptă între firmele cu capital autohton și cele cu capital străin, arbitrată părtinitor de către stat. Filialele STN-urilor care operează deja în sectoarele-cheie fac și ele obiectul protecției statului în cadrul măsurilor de protejare a interesului național.

4. “eliminarea autorizațiilor inutile”. Este o măsură pragmatică, în concordanță cu susținerea conform căreia controlul birocratic este măsura cea mai frecvent adoptată de către statul român, fiind, totodată, cel mai important factor descurajant al investițiilor străine în România. Măsura vine, deci, să corecteze aceste neajunsuri.

5. “se vor stabili standarde clare, care (...) vor clarifica modul de definire a pieței, a poziției dominante și vor îmbunătăți evaluarea gradului de afectare a concurenței”. Referitor la definirea pieței, strategia se referă la piața relevantă. În acest sens, se poate prelua interpretarea Comisiei Europene, conform căreia piața relevantă este formată din produsele și serviciile intersubstituibile într-o arie geografică determinată. Referitor la poziția dominantă, se poate spune că: poziția dominantă apare atunci când o firmă sau un grup de firme este capabil să ridice prețul produselor sale peste nivelul competitiv, pentru o anumită perioadă neîntreruptă de timp. Însă problematica pieței relevante, și chiar a poziției dominante, sunt abordate semnificativ încă din 1997 în Regulamentele Consiliului Concurenței, astfel încât măsura propusă nu face decât să evidențieze, pe de o parte, caracterul său vag, prezumabil, iar pe de altă parte, tendința nefastă de supralegiferare.

6. “concentrarea în exclusivitate pe protecția concurenței și nu pe protecția concurenților”. Strategia optează practic pentru analiza structurilor asociative din perspectiva bunăstării consumatorului, reflectată în reducerea prețului și creșterea calității. enunță convingerea că “multe dintre defecțiunile actuale se vor rezolva cu ajutorul mecanismelor naturale, fără intervenția autorităților statului”. Pentru a deveni capabil să implementeze propriile reglementări, statul român trebuie să conștientizeze puterea de care dispune, pe baza conștientizării avantajelor sale de locație, să depună toate eforturile în direcția sporirii acestor avantaje (prin eliminarea factorilor negativi care grevează asupra lor), și să își utilizeze în mod normal puterea, în cadrul unei relații de parteneriat atât cu filialele societăților transnaționale care activează pe teritoriul său, cât și prin cooperare și coordonare internațională.

Perspectivile privind evoluția investițiilor străine în România sunt moderate. Progresele înregistrate în demersurile de aderare la Uniunea Europeană pot reprezenta un factor pozitiv, dar el nu este suficient. Este de așteptat ca nivelul investițiilor străine directe în România să cunoască o creștere lentă pe termen mediu, o modificare reală putând fi așteptată doar în condițiile atingerii

stadiului de economie de piață funcțională, respectiv a reluării de durată a creșterii economice, a realizării unor modificări structurale în economia României, a consolidării sectorului privat în economie și a stabilizării cadrului instituțional și legislativ.

Concluzii

Prin natura lor, societatile transnationale integrează producția la nivel internațional și, în acest mod, joacă un rol central în creșterea economică. Mai important, aceste firme sunt principalii factori în dezvoltarea și răspândirea tehnologiei care se consideră a fi de o mai mare importanță decât determinant al competitivității internaționale și progresului națiunilor. Dar societatile transnationale contribuie și la formarea de capital, furnizează pregătirea profesională și joacă un rol important în comerț. Pe scurt, STN joacă un rol pivot în organizarea activităților economice internaționale și afectează considerabil bunăstarea economică și socială a țărilor gazdă și de origine în sens pozitiv.

Țările gazdă, privesc societatile transnationale că pe o sursă suplimentară de investiții, tehnologie, inovație, angajare, modernizare a managementului, calificare a forței de muncă, creștere a puterii concurențiale naționale, o mai mare integrare în economia mondială, noi piețe de export, venituri din încasări și taxe. Prin contribuția la aceste obiective societăților transnationale pot aduce o contribuție importantă la dezvoltarea țării gazdă. Pe de altă parte, ele pot înăbuși dezvoltarea indigenă printr-o varietate de practici de afaceri care pot afecta în sens opus întreprinderile autohtone.

Cercetătorii, economiștii sau politologii, în funcție de școala economică în care se circumscriu prin concepțiile lor, au relevat virtuțile societăților transnationale sau au demască consecințele economice și sociale nefaste ale dominației lor. Dar politicienii anilor (recenti) au o vedere favorabilă asupra impactului acestora asupra dezvoltării economice. Majoritatea guvernelor au redus sau au eliminat restricțiile asupra investițiilor directe spre interior și au introdus noi stimulente fiscale sau de altă natură pentru a le atrage. Trebuie accentuat că societatile transnationale au propriile lor obiective pe termen lung, când întreprind operații peste frontiere. Înainte de a investi într-o anumită țară, ele iau în considerare mărimea și creșterea pieței locale sau regionale, alte localizări alternative, costurile de producție și climatul general de investire. Societatile transnationale desfășoară operații în localizările pe care le percep că fiind cele mai potrivite pentru îndeplinirea obiectivelor lor de afaceri. În practică, 80% din investițiile străine directe sunt îndreptate spre țările dezvoltate. Țările în curs de dezvoltare gazdă se confruntă cu o provocare politică în ceea ce privește creșterea atractivității lor ca localizare pentru investițiile străine directe și în ceea ce privește asigurarea că astfel de investiții contribuie la îndeplinirea obiectivelor lor naționale de dezvoltare.

Lumea contemporană a afacerilor se află într-un permanent proces de schimbare, iar firmele, pentru a supraviețui trebuie să se adapteze. Creșterea dependenței statelor lumii de bunurile și serviciile produse de fiecare dintre ele a determinat sporirea interesului firmelor pentru extinderea activității la nivel internațional. Importanța piețelor externe este cu atât mai mare cu cât majoritatea firmelor sunt angrenate într-un proces de dezvoltare, care le obligă să găsească noi ocazii de afaceri în alte țări, pe măsură ce piețele interne se maturizează. O dată cu liberalizarea comerțului internațional, firmele se confruntă în țările de origine cu o concurență străină tot mai puternică. Ele trebuie fie să-și creeze acele capacități care să le permită să facă față atacurilor lansate de concurență pe piața internă, fie să valorifice ocaziile de afaceri ivite pe piețele externe. Dar companiile care operează deja la nivelul unor industrii globale nu mai au decât varianta internaționalizării operațiunilor lor. În plus, timpul și distanțele se scurtează tot mai mult pe măsura apariției unor mijloace financiare, de comunicare și de transport rapide. Astăzi mai mult ca oricând o firmă trebuie să caute să obțină un avantaj diferențial atât pe piața internă, cât și pe cea externă unde-și desfășoară activitatea.

Procesul de globalizare rapidă a activității firmelor din întreaga lume obligă agenții economici naționali care operează în industriile globale să acționeze rapid, înainte ca ușa de la intrarea pe piața globală să se închidă. Firmele mici și mijlocii trebuie să aplice o strategie de pătrundere pe nișele pieței globale.

Necesitatea supraviețuirii firmelor, în condițiile maturizării piețelor interne, le obligă să găsească noi oportunități de afaceri în alte țări. Pe măsura ce a crescut gradul de liberalizare al comerțului internațional, concomitent cu accentuarea globalizării, firmele se confruntă chiar pe propriile piețe cu o concurență străină tot mai puternică, careia trebuie să-i facă față, fie prin înfruntarea directă, prin abordarea unor strategii foarte ofensive, atunci când mijloacele financiare o permit, fie prin valorificarea altor ocazii de afaceri ivite pe piețele externe.

În ultimele decenii, pentru un număr din ce în ce mai mare de întreprinderi, internaționalizarea a devenit în același timp mai necesară și relativ mai ușoară decât era înainte. Ea este mai necesară în special în domeniul economiilor de scară, când o întreprindere nu poate fi competitivă decât dacă prin internaționalizarea afacerilor sau mondializarea activităților, ea poate atinge o dimensiune critică. Este cazul, de exemplu pentru industria aeronautică, de automobile, chimică, electronică, informatică și de asemenea, din ce în ce mai mult, pentru bunurile de larg consum.

Internaționalizarea a devenit mai ușoară, fiind facilitată de acțiunea a diverși factori tehnologici, politici sau culturali, cum ar fi: dezvoltarea mijloacelor de transport și comunicație pe distanțe lungi (faxul, e-mail, Internet etc); diminuarea piedicilor din calea circulației mărfurilor și a comerțului internațional, în special în zonele de liber schimb; tendința reducerii diferențelor dintre țări, din punct de vedere al modului de producție și al obiceiurilor de consum. Numeroase produse și servicii au depășit granițele culturale, fiind comercializate în întreaga lume, fără a avea nevoie de adaptări (ex: automobilele, mașini-unelte, aparate electrocasnice, Coca-Cola, preparatele fast-food, muzica rock etc.).

Firmele care nu doresc să părăsească piața internă din motive de siguranță, ratează nu numai șansa pătrunderii lor pe piața externă, dar riscă chiar să-și piardă propria piață, datorită concurenței acerbe la care sunt supuse atât de firmele interne, cât mai ales de firmele străine care pătrund pe piața sa. Succesul unei firme pe plan internațional are la bază orientarea spre piață a activităților acesteia. Philip Kotler în cartea sa "Principiile Marketingului" găsește că printre factorii care determină decizia de extindere pe piețele internaționale pot fi amintiți: creșterea limitată a pieței interne și intensificarea concurenței la nivelul acesteia; pătrunderea pe diverse piețe geografice este utilizată în vederea reducerii riscului operării pe o anumită piață, risc determinat de diferitele cicluri care caracterizează viața politico-economică a unei țări; atunci când producția crește în vederea desfacerii ei pe alte piețe, costul unitar al produselor fabricate scade. Dacă obținerea economiilor de scară constituie un puternic element de stimulare a exporturilor unei firme, nu trebuie trecut cu vederea nici faptul că aceste exporturi contribuie la creșterea cheltuielilor administrative și a celor legate de desfacere, distribuție și marketing; firmele se extind în străinătate pentru obținerea de profituri sau pentru a supraviețui. Înainte de a trece granițele naționale, o firmă trebuie să cântărească riscurile și să analizeze capacitatea de operare la scară globală.

Succesul activității firmelor la nivel internațional se bazează pe identificarea ocaziilor favorabile de pe piața externă, anticiparea potențialelor obstacole, elaborarea și aplicarea cu atenție a strategiilor, în așa fel încât să existe o proporție corespunzătoare între resursele firmei, pe de o parte, și nevoile și dorințele consumatorilor străini, pe de altă parte. Șansele de succes sporesc în momentul în care firma adoptă o atitudine activă și nu reactivă în raport cu situația de pe piața internațională.

O altă teorie împarte factorii care determină internaționalizarea în două mari categorii, respectiv: motivații proactive și motivații reactive⁶. În categoria motivațiilor proactive sunt menționați următorii factori: profituri suplimentare; calitatea de unic producător; avantajul tehnologic; informația exclusivă (cunoașterea profundă a piețelor străine); implicarea managerială; avantaje fiscale; economiile de scară. Dintre motivațiile reactive pot fi enumerate: dificultăți pe piața internă; presiunea concurenței; saturarea pieței interne; scăderea vânzărilor pe piața externă; excesul de capacitate; supraproducția; apropierea de clienți și parteneri

Implantarea în străinătate prin efort investițional, ceea ce presupune crearea unor structuri cu funcții multiple pe piețele externe, duce la transnaționalizarea întreprinderii. În ciuda riscurilor pe care le presupune, acest proces este determinat de o serie de motivații, care justifică riscurile și creează premisele extinderii activității și creșterii profitului. Motivele acestei evoluții complexe sunt numeroase, dar ar putea fi clasificate în câteva grupe: ocolirea barierelor protecționiste; scăderea costurilor cu personalul; prelungirea vieții produsului; ameliorarea producției de valoare.

Nu exista o singură explicație a societăților transnaționale sau a activității lor. Firmele se schimbă, la fel și condițiile de producție și marketing în care operează; valoarea în continuă schimbare a variabilelor, modificările comportamentale ale firmelor și țărilor în care se localizează necesită o permanentă monitorizare și restructurare a gândirii. Apar noi probleme legate de societățile transnaționale, puțin analizate, spre exemplu: alianțele strategice; analizele de rețea; rolul managementului strategic.

Referințe bibliografice

1. Allaire Y., Firsirotu M., „*Strategy Course*” Montreal, UQAM, 1992
2. Andreff W., „*Profits et structures du capitalisme mondial*”, Paris, 1992
3. Anghel Ion, „*Investiții străine directe în România*”, Expert Publishing House, Bucharest, 2002;
4. Baicu Mariana, „*Introducere în economia internațională*”, Fundația România de Mâine Publishing House, Bucharest, 2005
5. Burduș Gheorghe, „*Globalitate și management*” All Beck Publishing House, Bucharest, 1999;
6. Bari Ioan, „*Economie mondială*”, Editura Didactică și Pedagogică, Bucharest, 1997;
7. Crețoiu Gheorghe, Chirilă Mihai, „*Economie mondială*”, Porto-Franco, Publishing House, Galați, 2000;
8. Denuța Ioan, „*Relații economice internaționale*”, Economic Publishing House, Bucharest, 1999;
9. Drăgan Gabriela, Zaharia Rodica, „*Relații economice internaționale*”, ASE Publishing House, Bucharest, 2000;
10. Dumitrescu Sterian, Bal Ana, „*Economie mondială*”, Economic Publishing House, Bucharest, 2002;
11. Dumitru Camelia, „*Management internațional și relații economice internaționale*”, Polirom Publishing House, Iași, 2000;
12. Horbeț Alexandra, Mazilu Anda, Munteanu Costea, „*Marketing investițional internațional*”, Fundația România de Mâine Publishing House, Bucharest, 2002;
13. Iacob Dumitru, Maria Diana Cismaru, „*Organizația inteligentă: 10 teme de managementul organizațiilor*”, SNSPA Comunicare.ro Publishing House, Bucharest, 2002;
14. Korten David, „*Societățile conduc lumea*”, Antet Publishing House, Bucharest, 1998;
15. Macmillan David W., „*Dictionary of Modern Economy*”, London 1994
16. Martin Hans-Peter, Schuman Harold, „*Capcanele globalizării*”, Economic Publishing

⁶ L. Popa, „Tranzacții internaționale”, Editura Economică, București, 1997, p. 80.

House, Bucharest, 2002

17. Marin George (coordinator), „*Economie mondială*”, Independența Economică Publishing House, Brăila, 1996;

18. Mazilu Anda, „*Transnaționalele și competitivitatea*”, Economic Publishing House, Bucharest, 1999;

19. Miculescu Simona, „*Relații publice internaționale în contextul globalizării*”, SNSPA Publishing House, Bucharest, 2001

20. Papp D., „*Contemporary International Relations*”, MacMillan, 1991

21. Popa I., „*Tranzacții internaționale*”, Economic Publishing House, Bucharest, 1997

22. Popa Ioan, Filip Radu, „*Management internațional*”, Economic Publishing House, Bucharest 1999

23. Popescu Camelia, „*Elemente de economie mondială*”, Economic Publishing House, Bucharest, 1999

24. Postelnicu Gheorghe, Postelnicu Cătălin, „*Globalizarea economiei*” Economic Publishing House, Bucharest, 2000;

25. Puiu Alexandru, „*Dicționar de REI*”, Encyclopedic Publishing House, Bucharest, 1993;

26. Rosemberg Jerry M., „*Dictionary of International Trade*”, New York 1994

27. Roșu-Hamzescu Ion, Șerban Nicolae, Fratoșțițeanu Cosmin, „*Globalizarea și problemele noii economii mondiale*”, Mondoec Publishing House, Craiova, 2000

28. Toffler Alvin, „*Corporația adaptabilă*”, Antet Publishing House, Bucharest, 1999;

29. Voinea Liviu, „*Societățile transnaționale și economiile naționale*”, I.R.L.I. Publishing House, Bucharest, 2001;

30. United Nations Organization – „*Raportul mondial al investițiilor 2002*”, Bucharest, 2002

31. „*Strategia națională de dezvoltare economică a României pe termen mediu*” Bucharest, March 2000

32. UNCTAD – „*World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness*”, 2002;

33. UNCTAD – „*World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness*” 2002

34. Capital” Collections 2003-2006

35. Tribuna Economică” Collections 2003-2006.

36. Wilkins M., „*Comparative hosts*”, in „*Business History*”, 36, 1994

37. „*Business Week*”, „*The Global 1000*”, 13 July 1998

HOW ROMANIAN ENTREPRENEURS COPE WITH CHANGE

Mirela BUCUREAN*
Mădălina-Adriana COSTIN**

Abstract:

Change is one of the nowadays catchwords, and the ability to manage change is a prime requirement of entrepreneurial success. We realised a study from which we wanted to know how Romanian entrepreneurs react at change and which are the methods used to cope with it. After centralising the questionnaires that we applied, we found out that to some entrepreneurs, change means excitement and the thrill of being part of the action and keeping up with the trends and for others, change feels like a threatening imposed dismantling of the stable order of things with a great deal of uncertainty which is frightening. Each category of entrepreneurs has its own ways of action in order to cope with change, which we are going to discuss in the paper, focusing on their usefulness and correcting them when we consider they don't represent the best choice. In the last part of the paper we suggested various strategies that Romanian entrepreneurs can use when facing with the rapid and unsettling change and we also gave some advice and recommendations helpful for the entire business environment.

Keywords: *entrepreneurs, cope, change, business, success*

1. Introduction

A significant organizational change occurs when an organization changes its overall strategy for gaining success, adds or removes a major section or practice, and/or wants to change the nature by which it operates. In order to develop, organizations often must undergo significant change at various points in their development. That's the reason why the topic of organizational change and development is used widespread in communications about business, management organizations, and leadership.

Change it's inherent in entrepreneurs' jobs, that's why they continually make efforts in order to accomplish it successfully and significant. Some entrepreneurs are very good at this effort, while others continually struggle and fail. That's often the difference between people who thrive in their roles and those that get shuttled around from job to job, ultimately settling into a role where they're frustrated and ineffective.

Coping with change is never easy. Most of us resist it, because we are comfortable and secure in our world as we know it. And yet, if change is an inevitable reality of life (and it is), then we'd better be prepared to respond when the unexpected comes knocking on our door.

Typically, the concept of organizational change is in regard to organization-wide change, as opposed to smaller changes such as adding a new person, modifying a program, etc. Examples of organization-wide change might include a change in mission, restructuring operations (e.g., restructuring to self-managed teams, layoffs, etc.), new technologies, mergers, major collaborations, "rightsizing", new programs such as Total Quality Management, re-engineering, etc. Some experts refer to organizational transformation. Often this term designates a fundamental and radical reorientation in the way the organization operates.

There are different overall types of organizational change, including planned versus unplanned, organization-wide versus change primarily to one part of the organization, incremental

*Associated Professor, Ph.D., Faculty of Economics, University of Oradea, (e-mail: mbucurean@uoradea.ro)

** Faculty of Economics, University of Oradea, (e-mail: mcostin@uoradea.ro)

(slow, gradual change) versus transformational (radical, fundamental), etc.¹ Knowing which types of change you are doing helps all participants to retain scope and perspective during the many complexities and frequent frustrations during change.

2. Entrepreneurs' reaction to change

The majority of entrepreneurs start their own businesses in order to get away from the bureaucratic and authoritative environments that were traditional in the past. Entrepreneurs need to create an effective structure to help their businesses succeed, but also have to remain flexible to adapt to changing ideas and market conditions. This is particularly important for strategy development within a growing company.

It is imperative that the business not become layered in a decision making process. In order to stay nimble, flexibility and adaptability are required. The challenge is for the entrepreneur to empower the staff and not carry all the decision-making authority.²

In order to succeed in their business, entrepreneurs have to take into consideration the following aspects³:

1. *Try to develop the new idea.* Entrepreneurs are creative and innovative and they are interested in expressing their creativity by inventing new products and services. It is the creating, innovating, and sharing of those ideas that inspire many entrepreneurs to live life to the fullest in the pursuit of making their vision a reality. Entrepreneurs have a passion for new ideas and bring those ideas to fruition.

2. *Be honest and lead by your own example.* When integrity, honesty and trust are coupled with vision, stability, and an empowering style, dynamic leadership occurs. It takes courage, flexibility, and commitment to be an entrepreneur. Keeping your word builds respect and trust. It means doing things right, even when it's difficult. It means leading by example rather than "do as I say." Other traits helpful in leading a successful organization include: ability to adapt to change, passion, intelligence, energy, clarity, high ego checked at the door, strong communication skills and positive attitude.

3. *Inspire Others to Achieve All That They Can Be.* Personal ego needs to be subjugated to the needs of the business. In order to be a good leader, an entrepreneur must be a good follower as well. It helps to be accepting of other ideas even when they are in conflict with the manager's ideas. If the leader takes risks for the organization's people, then people will feel more inclusive of company goals and take pride in fulfilling the company's objectives.

4. *Create a Flexible and Responsive Organization.* As the company grows, the challenge is to provide the appropriate direction and oversight without losing the entrepreneurial style. Entrepreneurial companies see that the process of working through creativity and empowerment rather than control and manipulation is more effective in the long run.

5. *Build a Great Management Team.* Motivation helps grow the company, thereby allowing the company to prosper. Give people the tools and trust and they will feel empowered to create and learn. When every voice is heard, respected, and considered, people respond with loyalty because they are glad to come to work and are excited about participating within the company and become motivated.

6. *Active Participation.* People resist change when they are not included and do not understand. People also avoid changing when trust is not established and they perceive that the management will not stand behind the vision and support the team. Many people's response to change is anxiety. They need to be given the tools and support to encourage change. They also need to be included in the vision to feel a sense of belonging in establishing their commitment to

¹ Mc Namara, Carter, "Basic Context for Organizational Change", Free Management Library, <http://www.managementhelp.org/mgmt/orgchnge.htm>

² Estabrooks, Ann, "Dealing with change", <http://www.zeromillion.com/business/change.html>

³ Estabrooks, Ann, "Dealing with change", <http://www.zeromillion.com/business/change.html>

the vision. The people within the company have to be adaptable and willing to change their ideas, if necessary, to contribute to the overall success and direction of the company. This means that everyone works as a team with the enthusiasm and support of leadership. The visionary must model integrity, show respect, have an open communication style, and have patience. If people are encouraged to be the best that they can be and are trusted in the process, they will feel like they are contributing to something larger than what they are. When people are included in the overall strategy, they feel some authorship in the company vision. By engaging people it gives them a sense of belonging.

7. Tie the Company Together With Reinforcing Management and Compensations Systems.

The visionary leader wants to share the benefits and rewards of good leadership with the people who support the vision. For that reason, many firms are specializing in ways to reward employees for helping the overall company direction succeed. Examples are sign on bonuses, equity arrangements, stock options, quarterly and yearly bonuses, vacation time which is more than the norm, a full benefits package, and retirement plans.

3. Benefits of positive change⁴

Most entrepreneurs, despite culture, business or orientation, are reserved about changing their working styles. Old habits can be challenges to proposed ones, and getting out of the comfort zone may not be a pleasant activity. But change can have its bright side.

Positive aspects of change may be overlooked as a result of negative thinking patterns, but they are the primary motivators for the entrepreneurs, who can take advantage of any opportunity to visualise their own goals. Entrepreneurs have to face with the following aspects: cyclical balance of negatives and positives, the dynamics of life, focusing on the positives, which are necessary tasks for optimization.

New opportunities: without change business survival would be impossible. Entrepreneurs don't have to like all aspects of change, but there may be useful or interesting benefits as well. *Maintaining flexibility:* avoiding getting set in ways and trying to be open to new ideas and ways of working and living is a major competitive advantage in the road to success. New approaches may not always work, but there is usually a lesson to be taken from each attempt. *Building self-confidence:* change, personal growth and development have been well established in research findings. Being in one's own comfort zone can lead to some contentment for a while, but as time goes on you lose confidence and don't acquire new abilities or skills.

We can make change positive by looking at it on an interpersonal level, individual level and finally, taking into account the context in which we and the people around us operate and work. Within this, one also needs to take into account issues of "skill versus will" by which I mean we need to differentiate between goals that can be achieved via learning and skills acquisition on the one hand, and those that require more sophisticated psychological and motivational input.

When implementing a change, the entrepreneur has to answer the following questions:

1. What is causing the change which we are likely to encounter?
2. How will this change occur, and will it be transient or permanent?
3. How will it affect the industry in which we are operating and our competitive position in it?

The answers to these questions provide the basis for formulating the strategic responses to change.

An important element in the ability of a business to cope with change effectively is the attitude of entrepreneurs. Entrepreneurs who have not that attitude and are bewildered by change and fearful of it, will tend to be timid and shy away from aggressive action. They will adopt

⁴ Gondim, Pedro, "Coping With Change - Strategies and Approaches", <http://www.articlesbase.com/self-improvement-articles/coping-with-change-strategies-and-approaches-139884.html>

hedging strategies or too often, no strategy at all. The companies which cope with change effectively are those that are guided by a positive outlook based on the old Chinese proverb, "Every change brings an opportunity."⁵

4. Romanian entrepreneurs and organizational change

The first question that we addressed to the entrepreneurs was: "Do you think that change means excitement or a threatening action that you have to face with?". The answers were: 40% of the entrepreneurs consider changes an important factor of development and 60% said that they are afraid of change and they are not prepared to cope with it.

The second question was: "How many times a year do you change something in your business and why?". The answers to this question vary from one change to ten, depending on consumers' needs, the advances of the technology, etc.

Another question sounds like this: "Why do you think that people resist change?" All the answers were almost the same: people perceive the change as a threat.

The most important question was: "Do you apply or know some methods in order to reduce resistance to change in your business?" There was no entrepreneur who applies some methods for reducing resistance to change. That's why, in this paper we are going to help them by giving some suggestions.

In order to help Romanian entrepreneurs to cope with change, there are a few basic guidelines to keep in mind⁶.

1. Consider using a consultant. Ensure the consultant is highly experienced in organization-wide change. Ask to see references and check the references.
2. Widely communicate the potential need for change. Communicate what you're doing about it. Communicate what was done and how it worked out.
3. Get as much feedback as practical from employees, including what they think are the problems and what should be done to resolve them. If possible, work with a team of employees to manage the change.
4. Ensure that you know why you're making the change. What goal(s) do you hope to accomplish?
5. Plan the change. How do you plan to reach the goals, what will you need to reach the goals, how long might it take and how will you know when you've reached your goals or not?
6. Focus on the coordination of the departments/programs in your organization, not on each part by itself. Have someone in charge of the plan.
7. End up having every employee ultimately reporting to one person, if possible, and they should know who that person is. Job descriptions are often complained about, but they are useful in specifying who reports to whom.
8. Delegate decisions to employees as much as possible. This includes granting them the authority and responsibility to get the job done. As much as possible, let them decide how to do the project.
9. The process will take longer than you think so, be patient.
10. Keep perspective. Keep focused on meeting the needs of your customer or clients.
11. Take care of yourself first. Organization-wide change can be highly stressful.
12. Don't seek to control change, but rather to expect it, understand it and manage it.
13. Include closure in the plan. Acknowledge and celebrate your accomplishments.
14. Read some resources about organizational change, including new forms and structures.

⁵ Suutari, Raymond, "Coping with change", <http://www.allbusiness.com/human-resources/565108-1.html>

⁶ Mc Namara, Carter, "Basic Context for Organizational Change", Free Management Library, <http://www.managementhelp.org/mgmt/orgchnge.htm>

In the next part of the questionnaire, the entrepreneurs that we interviewed had to put some significant factors which influence success at organizational change in the order of importance. (1 is considered the most important)

Factors that influence success at organizational change	Entrepreneurs' order of importance
Executive Commitment to "Change"	1
The Organization's Receptivity to "Change"	2
History of Change	3
Perception and Quality of the "Change" Plan and How It Was Developed	4
Directed Motivation	5
Expectation of Success	6
Expectation of Recognition	7
Individual Personalities	8
Perceived Need to Change	9
Culture	10
Trust in Management and in the Organization	11
Management's Ability to Implement Change	12
Management Control	13
Enforced Standards	14
Equity	15
Structural Rigidity	16
Accurate Feedback	17
Clear Direction and Authority	18

As we can see, Romanian entrepreneurs agree that a necessary condition for the successful implementation of organizational change is the perceived, active and symbolic support and commitment by the leadership of the organization.

In the other part of our study, the entrepreneurs had to agree or disagree with some sentences referring to their reaction in the transition process. The results are the following:

Sentence	Agree	Disagree
When I am in front of a change, I am unable to accept it and to take action.	70%	30%
I cannot communicate the change to the people I work with.	50%	50%
I usually minimise the change.	30%	70%
It takes a lot of time until I decide that a change is really necessary.	90%	10%
When I face with a change, I use to blame someone or something, such as an employee, the market, the government, etc.	100%	0%
After implementing a change, I usually try to revive the old ideas and practices.	20%	80%
After communicating a future change, I confront with strong absenteeism.	30%	70%

5. Some principles for dealing with change⁷

Because change comes in countless different forms, every situation is unique, that's why entrepreneurs have to adapt to whatever circumstances they may face.

1. *Recognize that you are in change*

Most of entrepreneurs have a natural aversion to change. We have a tendency to want to stick our heads in the sand and hope that it will go away by the time we come up for air. This strategy may provide short-term relief, but it never helps in the long-run. Denial does not make our problems disappear; instead it usually makes things worse by giving entrepreneurs less time to think through a reasoned response. Instead, when unexpected circumstances arise, it is best to face them in their real form.

2. *Honestly face your fears*

Not every entrepreneur has the same tolerance to risk. Some adventurous souls actually relish the adventure of new situations. Others like their life exactly as it is: predictable and nice. For these entrepreneurs, the idea of change produces fear. It is recommended to develop an accountability relationship with another person. An accountability partner can give entrepreneurs the encouragement they need to continue.

3. *Communicate with other people*

John Kotter, Management Consultant and Author, writes that one error entrepreneurs, managers and leaders make during times of change is that they underestimate the issue of communication. They also need one another's wisdom and ideas as they explore all of their options.

4. *Take stock of your resources*

Anytime unforeseen circumstances arise, a key step is to evaluate the resources entrepreneurs have at their disposal as they deal with the issue. Depending on the specific situation they are facing, their relevant resources could include skills, finances, time, or even other people around them that can help through the adjustment. At times, change might require them to make some tough decisions, like perhaps re-working the budget.

5. *Anticipate stress*

Change is rarely easy; it is often a source of great stress. Workers who are stressed are also more likely to be unhealthy, poorly motivated, less productive and less safe at work. Their organizations are less likely to be successful in a competitive market. Stress at work can be a real problem to the organization as well as for its workers. Good management and good work organization are the best forms of stress prevention. If employees are already stressed, their managers should be aware of it and know how to help.

Stress occurs in a wide range of work circumstances but is often made worse when employees feel they have little support from supervisors and colleagues and where they have little control over work or how they can cope with its demands and pressures.

Every change, big or small, has some impact, so, entrepreneurs have to arm themselves with some certitude factors:⁸

No matter how safe, secure, predictable and stable their business is, they will still have to cope with change at points along the way. Change is a normal and essential part of business. Changes can be enormous. Everyone knows that these levels of change can be very stressful and difficult to cope with. But small changes can have a big impact too, though they are often underestimated.

⁷ Gordon, Bruce, "Coping with change," http://powertochange.com/life/coping/?section_id=33

⁸ Handley, Caro, "Coping with change", http://www.ivillage.co.uk/relationships/famfri/emotwb/articles/0,,161285_167870,00.html

6.How can Romanian entrepreneurs cope with change⁹

Every business experiences change on a regular basis. It's natural to be resistant at first, but if entrepreneurs want to succeed, they must be able to adapt to the changes that are facing. For coping with stress in an effective way, entrepreneurs can follow these steps the next time they are faced with change in the workplace to help with the transition.

Step 1

Gather all relevant information about the change coming your way. Be proactive by asking questions to clarify what is changing and how it will impact you. When you have accurate information you'll feel more in control. This can reduce the stress of being unsure about the future of your position and role. As organizations and their working environment transform, do the kinds of stress problems that employees may face. It is important that your workplace is being continuously monitored for stress problems.

Step 2

Respond to change without reacting on emotion alone. Keep from jumping to conclusions and give yourself time to process what you know in order to plan your next step. Choose your feelings and actions after you have had the chance to think. This builds respect with your boss and co-workers too.

Step 3

Leverage your talents to increase a feeling of security for yourself in the new work environment. Talk to the people in your professional set of contacts and add new contacts where you can. Take inventory of your skills regularly so you can be confident about your strengths and build on your current skills.

Step 4

Maintain an optimistic outlook to change. Find the willingness to acclimate and move forward. When you keep an open mind and act in a tactful manner, you get around most of the uncertainty and misinformation that can go along with change. This allows you to stay ready for new challenges and you will be noticed by management as someone who can remain calm in a potentially stormy situation.

Step 5

Move toward what you want instead of away from what you do not want. When you align your feelings with your actions, ask questions, add to your current skills and expand your professional network, you can turn change into just the opportunity you're looking for. Change will happen; make it work to your benefit.

Conclusions and recommendations

Today's business environment produces change in the workplace more suddenly and frequently than ever before. New technology, mergers, acquisitions, restructuring and downsizing are all factors that contribute to a growing climate of uncertainty.

There are common predictable stressors during the change process, but how we react to those stressors will differ for each person since we are all unique individuals. The anxiety and confusion that result from not knowing what lies ahead can create stress. People will utilize basic defences when there is a high degree of uncertainty. Successful employers, managers and entrepreneurs provide leadership in dealing with the challenge of work stress.

As the organization implements the changes though, the reality of the change becomes present and employees may either resist the changes or start to adjust to the changes depending on the person. The employee who continues to resist, remains angry and is labelled as "difficult" is feeling more threatened and may need some one-to-one time with the Manager to discuss the changes or at some point, may need clarification from the Manager about performance

⁹"How to cope with changes at work", http://www.ehow.com/how_2089352_cope-changes-work.html

expectations in light of the changes.

Entrepreneurs can reduce the impact of change and resulting stress by focusing on the value to be gained. The following are some ways to help approach change with a positive attitude¹⁰:

- Keep your thoughts positive. Do not assume that the results of change will be negative. Change may be the best thing that ever happened to you.

- Encourage flexibility. Be ready to let go of the old and try the new. Talking with colleagues can help allay stress and foster a supportive environment.

- Support and advise your colleagues. It is important that people recognize each other's contributions on a regular basis and show appreciation for one another.

- Take an active role in the change process. Learn new skills, offer suggestions, set goals for you.

- Be patient; change takes time. Give change a chance to work.

- Focus on gathering as many facts as you can about change. Talk with someone specialised when you have questions.

- Pay attention to yourself. It is important to learn to manage stress. People who feel good mentally and physically are better able to handle change. Eat a nutritious diet, get enough sleep, exercise, limit alcohol use and utilize relaxation/stress management techniques (e.g., deep breathing, progressive muscle relaxation), so your body and mind are able to deal with change.

Nowadays, employees tend to blame the organizational climate, the environment or the top management for the changes occurring within the organization. Top management's actions are usually reactions to some outside force, such as stiffer competition, shifts in the marketplace or new technology. The main idea of this paper is the importance of realising that change is a key to surviving and growing in today's global economy. Each entrepreneur should learn some aspects, should put the information into practice and the result will be positive for their business.

References

1. Handley, Caro, "*Coping with change*" http://www.ivillage.co.uk/relationships/family/emotwb/articles/0,,161285_167870,00.html "How to cope with changes at work", http://www.ehow.com/how_2089352_cope-changes-work.html

2. Estabrooks, Ann, "*Dealing with change*", <http://www.zeromillion.com/business/change.html>

3. FEAP Newsletter, "*Managing Organizational Change*", <http://www.healthsystem.virginia.edu/internet/feap/newsletters/managing-org.-change.pdf>

4. Gondim, Pedro, "*Coping With Change - Strategies and Approaches*", <http://www.articlesbase.com/self-improvement-articles/coping-with-change-strategies-and-approaches-139884.html>

5. Gordon, Bruce, "*Coping with change*", http://powertochange.com/life/coping/?section_id=33

6. Mc Namara, Carter, "*Basic Context for Organizational Change*", Free Management Library, <http://www.managementhelp.org/mgmt/orgchnge.htm>

7. Suutari, Raymond, "*Coping with change*", <http://www.allbusiness.com/human-resources/565108-1.html>

¹⁰ FEAP Newsletter, "*Managing Organizational Change*", <http://www.healthsystem.virginia.edu/internet/feap/newsletters/managing-org.-change.pdf>

STRATEGIC MANAGEMENT IN ROMANIAN HIGHER EDUCATION SYSTEM

Nicoleta GUDĂNESCU*

Abstract

This paper works represents a synthesis of management strategies applied in higher educational system in Romania as a member state of European Union. The main purpose of enforcing in the Romanian universities a strategic management system is to redefine university status as a provider of knowledge, creating a modern educational system for universities adapted to international standards and not for the last, provide quality human capital for the knowledge society. University mission must be a basic factor in the process of intellectually development of the individuals belonging to knowledge based society. University is a place of learning, teaching, research and innovation, a space in which configure and redefine the social foundations of the graduate's future status, as one of the principal actors involved in processes with cognitive effects like creation and dissemination of knowledge which are basic factors of economic growth. A university should not be viewed as simply an educational institution but in terms of a corporation that has well trained and specialized human capital that bring added value to corporation and is a profit generator. As a corporation, a university must have an efficient management system based on development and organizational strategies. In Romania as starting point we must establish first the type of management system applied in our universities which have to be adapted to the national context, our educational system and also to the European and international context regarding the education and research.

Keywords: *university, education, strategy, management, knowledge society*

Introduction

The reform of the Romanian education system - In Romania in the last 20 years the national education system suffered a serial of major constraints that followed the necessity of some radical measures in what it meant the definition of some new mental outlooks, aims and also responsibilities which the education must have it in a society of XXI century. In a first step we have witnessed an inevitable freedom of innovative energy involved, which led to a lot of action that brought an avalanche of renewal, the emergence of many new public and private universities, the changes and massive multiplication of specializations, related curricula, etc. We say that a desire for change initially was so strong so that we can now assess that as slightly chaotic period, the changes being made without a well defined strategy. Although most changes were expected to link them to create a "chaos" which brought the need for order, the subordination of a vision.

For Romanian education system the reform meant decentralization, autonomy and and different approaches in universities management system. The reform was marked by the introduction of a common package of laws and regulations both for public and private universities.

The problem is that the reform of an educational system is a scientific instrument, the most difficult task beeing to continuously adapt the system, with all its components, requirements, in an extremely rapid change, from a company hallucinating that every second gets a new dimension, without creating large distortions spirit and human consciousness.

European effort to define a common area of learning resulted in "Bologna Declaration" followed by those in Prague and Lisbon. These statements are recast in depth the concept of university education by addressing the three cycles (bachelor, master, doctoral), by adopting transferable credits, by definition focused and targeted scientific research in the academic space,

* Lecturer Ph.D., Faculty of Economic Sciences, "Nicolae Titulescu" University, (e-mail: n.gudanescu@gmail.com)

etc., which requires default and to align the Romanian education at those principles which it joined as a member of scientific and common European educational space.

Introducing the new education system for universities has determinate major changes to management of public and private universities.

Redefining the role of the universities as the most important provider of human capital, must be based on strategic management which will generate performance, quality and optimum results of the “learning act”, trained and specialized leaders with strategic thinking and action.

1.Functions of a modern university as provider and disseminator of knowledge

University has three basic functions: research, teaching / learning and community services, developed in conditions of institutional autonomy and academic freedom (UNESCO, 2009).

Considering that in knowledge based society the individuals are forced to acquire more knowledge in a very short time, to learn and continuously improve their knowledge, to enhance in new areas of interest, the university training must anticipate and respond to social needs and to produce that mass communicators and receivers that define an open society.

A higher education system needs to consider the following issues:

- Social, cultural, economic and intellectual diversity of people
- Modern society puts in front of the scientific community the task to define the principles of education and their application to the whole mass of people, some multiple hypotheses and a high complexity. For example we can mention, in spirit as stated above, one of the latest concepts of concern to European and global academic community, the concept of life-long learning

- More than this need coming from education-oriented to economic zone, we overlap individual needs for training and general information of each individual we have all the requirements to be answered by a modern education system.

2.Summary of the Romanian higher education system

Higher education system in Romania is governed by several categories of regulations: the Romanian Constitution, establishing basic principles of national education system (Article 32), and other important aspects of education (Articles 46, 72, 124, 131, 141, 142), Law No. 84/1995 regarding the organization of education in Romania, establishes the general framework of organization and functioning of education in Romania, courses of study, educational establishments, method of financing, etc. Law was republished with the changes several times in 1999, then was modified and supplemented by Laws No 268/2003 (only for pre-university education) and 354/2004. Law No. 288/2004 regarding university organization brings education system to the requirements of the Bologna process by establishing the organizational structure of university education in three cycles of training (bachelor, master, doctorate), number of credits corresponding to each cycle, while the duration of each, introducing the Diploma Supplement as a binding document with a diploma at the end of studies, Law No. 287/2004 on university consortia, establishing the association between universities and academic functioning of associative structures, Law No. 376/2004 on private scholarships; Law No 349/2004 and Law 128/1997 on the status of education personnel, Law No. 87/2006 on quality assurance in education.

This legal framework ensures consistency and uniformity in higher education, but also explains the difficulties of university management to implement a proposed strategy that often is a visionary and aspiration rather than pragmatic and grounded in the economic, fiscal and administrative reality.

In Romania ownership explained important decisions and major differences between universities in Romania. The major difference between public and private universities consists in how are financed the activities. Public institutions are financed mostly by the State. Individual income taxes and other is a complementary source of funding. Private higher education institutions are mainly self-financed through tuition fees, patronage, etc. They are eligible to participate in

competitions to attract budgetary funds, development funds, research funds and scholarships to Masters and PhD.

Private higher education institutions represents an alternative to public education and are in a complimentary relationship with them, enjoying the organizational and functional autonomy, under national laws and statute.

3.Strategic management in Romanian universities. *What is the strategic management?*

A definition of strategic management can be done by focusing on the model of thinking operating management, or on strategies to implement their management.

Components of the strategy are: organization's mission, strategic objectives, strategic options, resources, time and competitive advantage.

Organization's mission consists in the formulation of comprehensive and fundamental goals of conception (philosophy) on the development and deployment activities of the company, which apart from similar organizations and the resulting area or field of activity and market served.¹

A good formulation of the mission of an organization contains three important elements: a general expression of the vision, an indication of the fundamental values which they assume the organization's top management, a joint strategic objectives of the organization. Vision requires a dynamic thinking and able to assess the real chances of long-term development of the organization.

The strategic objectives – are the transcription of the mission of educational institution in the expected results in certain clearly defined intervals. The objectives are first operational component of the strategy formulated, based on mission analysis results in terms of organization and environment, their interaction.

Strategic options are major approaches which establish strategic objectives as possible. Strategic options are those courses of action that can address an organization to achieve strategic objectives, with implications for all relevant activities or part thereof.²

Resources - are all assets of the organization involved in implementing the strategy. in the process of defining the strategy is important to take account of all resources: human, informational, financial, material, available to the organization. It is important to proper sizing of economic resources and determining their origin.

Periods - delimits the strategy, at the onset and completion of strategic options. Knowledge of deadlines for the start and completion of strategic options, respect them or even shorten the length of operationalizing are conditions of success in implementing the chosen strategy.

Competitive advantage - relates to providing superior products or services from a consumer standpoint significantly compared with a similar offer in competition.

Steps to be taken in designing the strategy are:

- formulation mission organization;
- setting goals and policy options;
- highlighting strengths and weaknesses;
- identifying opportunities and threats that may affect development of the organization;
- correct positioning of the company in the way it operates;
- allocation of material resources, financial and human.

Organizational strategy of the Romanian higher education institutions is usually based on the national legislative framework but enjoying a certain degree of autonomy in managing their own activities, which led to the use of a more diversified institutional strategies.

Overall strategy pursued is the decentralization of decision making and skills at institutional level and within institutions.

¹ Nicolescu, I. Verboncu, Corporate Management, University, Bucharest, 2008

² Nicolescu, Ovidiu-coord., Business management strategies, Economic Publishing House, Bucharest, 1998,

The mission of a university is to be imposed on social and economic environment through quality education services provided to individuals.

The strategic mission of our higher education institutions in the future must consider these issues:

- the reduction of the loading educational programs and the European compatibility with the Curricula;
- the conversion of the education from one education prevalent reproductive in one, indeed, creative and the replacement of the scientific research at the base of the universities studies;
- the improvement of the infrastructure and the generalization of using the ICT in educational activities;
- the establishment of one partnership and, in general, of one new interaction between the schools and the universities, on one hand, and the economic environment, administrative and cultural, on the other hand;
- the orientated management to the competitiveness and performance, outstripped in the same time from the centralism and the socialist political movement;
- the integration in the new forms of the common organization, in the international network of the educational institutions.

And also should have among their strategic priorities:

- promoting learning communities that lead to graduates who put value on training, have a comprehensive basic education, know how to communicate effectively and are vectors of maximizing welfare at the social level;
- formation of intellectual capital of highly skilled, dedicated to education, research and creative activities, whose efforts are recognized in the light of criteria defined by active involvement in creating, disseminate and marketing knowledge;
- involvement in major projects at the social level;
- modernization curricular programs continue to take into account modern trends lasting appearing at the social level;
- fulfilling an active role in changing processes, taking place at regional, national and international level;
- creation and support of structured partnerships with other social actors;
- creating an integrative and effective operational environment for all members of the university community to exploit individual progress, collaboration based on honesty, integrity and civic values, enthusiasm and pride of belonging to an organizational architecture adaptable to change;
- valuation process of continuous improvement towards maximizing the synergy between the functions of modern management;
- demonstration and communication of a high level of quality in the curricula and excellence devoted to the processes of training and research.

Modern universities, regardless of the legal status of organization (public or private), must apply strategies based on models of strategic thinking and competitive advantage in the social and competitive environment. Generate strategic thinking strategies and build appropriate mechanisms for their implementation, assessing competitive advantages, the risks and barriers that exist or which may arise in the implementation. Through these strategies, the organization aims to develop a coherent and stable, by transforming the elements of weakness and inefficiency in processing strengths and threats into opportunities coming from the outside environment.

The new competitive context in which universities are working to determine a functional resizing, so that the interface between a university and social environment, economic and political to create a dynamic equilibrium. This dynamic equilibrium is, in fact, one of the strategic objectives of the reform process in our higher education.

Functional resizing of universities leads to the idea that they are bidding for services to society and they are in competition with other providers of educational services and knowledge to obtain financial and human resources necessary for optimum performance. Higher education institutions must develop an entrepreneurial behavior and strategic management able to confer a strategic competitiveness.

3.1. External and internal factors that influence the management of universities

3.1.1. General considerations

University as organizational structure that constantly interact with the social and economic environment.

Globalization and competition through knowledge are fact that will transform the university into an economic system of primary importance that affects the main intellectual capital resources to compete. So, the university is an economic actor because it's role in policy knowledge and the labor market.

Knowledge improves competitiveness of companies, once used, encourage the production of new knowledge. Speed with which knowledge is produced accelerated depreciation in their value and their economic and social relevance.

In the knowledge based society, no organization can be competitive and cannot cope alone with the changes produced in the economic and social environment, if not associated with another organization. A goal of the new training and competition associated with globalization through knowledge, transforming the university into an economic system of primary importance that affects the main intellectual capital resources to compete. So, the university is an economic actor lead its role in the labor market and because checks that you have, or should you hold in policy knowledge.

Each university must prepare to adapt to processes of change on a lucid analysis of the results, of economic and political context evolves, the international trends and developments in higher education. In other words, it must adapt their own strategy in terms of mission and evolution, in an environment of increasingly complex.

In the world of academic entrepreneurship, the strategy takes a complex form and university response to the challenges of the society, to provide quality training, continuous innovation, research to date and in future and the correlation between objectives, activities and performance with the costs.

Social and economic evolution of Romania as Member State of European Union are fact that are determinate the universities to adopt the "entrepreneurial spirit" in their development strategies. Universities understood their role and have already started to implement an appropriate development strategy, adapted to the economic, social and political transformation.

As providers of learning and knowledge services universities are permanently threat by the strategic groups of competitors with the same mission, objectives and activities. Strategic groups are organizations that are characterized by the same strategic interests and develop strategies to achieve same interests. The concept of strategic group is used mainly to examine the competitiveness of a particular type of activity.

3.1.2. The external environment

The external environment is composed of structural elements, essential for companies to generate power relatively slow but large-scale social impact. The external environment may be considered as a potential field of forces, characterized by the following segments and elements: demographic, economic, legal and political, socio-cultural, technology and globalization element. When we create a management strategy for a higher education institution, the external environment which is positioned as an organization and the internal environment are two factors that influence the decisional process.

The external environment of the university in Romania is defined by the following issues:

Demographic element: density, age groups, geographic distribution of population, the population income distribution, ethnic groups.

Is one of the most important issues, considering that the population with appropriate age to follow higher education studies is uneven dispersed in geographical areas and academic centers are concentrated in certain geographical areas.

This is a strategic objective that must be followed, analyze this factor and determine the needs of disadvantaged geographical areas, considering the concurrent environment and the economic factor. A geographical area with major population with appropriate age to follow university studies, the opportunity for learning providers is to create a new academic center.

Economic factor: inflation rate, interest rate, budget deficits or budget surpluses, the personal savings rate, gross domestic product.

The demographic factor - is a sensitive issue considering the economic crisis through which our country is passing. The economic element is fundamental for the development of a management strategy. Even the universities are non-profit organizations, the income is important to maintain the quality of the provided services, development, research, etc. For example, organizations with insufficient financial capital - compared to other much stronger - can be put in the position of being unable to buy cutting-edge technologies necessary or cannot hire qualified personnel to meet quality requirements imposed by the beneficiaries.

In Romania the economic factor is the major problem of our education system. Insufficient funds allocated from state budget led public universities to introduce tuition fees and self-financing. For private universities such shortcomings don't exist or are short term difficulties.

Legal and political element: antitrust legislation, fees and taxes, employment legislation, policies and educational strategies.

The national legal framework and policy of the educational system undergone major reforms over the past 20 years. Romania after EU integration was forced to adopt a regulations state aligned to European standards in education. Currently national regulations in education are subject to a process of transformation and change to achieve the European standards and aspirations.

Socio-cultural element: workforce diversity, attitudes towards the quality of work and life, number of women in the workforce, attitudes towards environmental protection, dynamics jobs and career.

The social structure and dynamics of its evolution, number of active population, workforce diversity, employment rate, number of individuals with the proper age for higher education and the genre of this individuals, cultural level, social environment from which belong are determinant issues for the external environment of a university.

Technology element: innovation in products, innovation in processes, applications of generating knowledge, government and private expenditure on research, ICT and communication.

Is a basic element for the knowledge based society, introducing a system of education based on innovative technologies, using computer applications for learning, using new technologies in the research process are issues that bring added value to universities and make them competitive.

Globalization segment: important political events, critical global markets, new industrialized countries, institutional and national cultures.

Globalization has affected national education system and causing major changes in the organization of universities, the curricula and learning programs. Universities in Romania are forced to adapt to the global organization systems, to take into account economic and social factors.

3.1.3. The internal environment

The resources are main factors influencing the internal environment of an organization. The resources of an organization can be grouped in tangible and intangible resources. Tangible resources are those resources that can be seen and quantified (financial resources, physical resources, human resources, organizational resources, technical resources, innovation resources,

reputation and brand of the organization). Intangible resources are more difficult to define, but it takes different forms of intellectual property, knowledge and know-how.

Tangible and intangible resources are sources and capabilities of the organization to develop basic skills and competitive advantages.³

Capabilities have an intangible nature and are sometimes difficult to define or assess, but they can be identified clearly by the results produced. Capabilities are achieved by integrating in time the quality of human resources, knowledge, organizational structure and organizational culture.

Strategic management of the university is influenced by many internal and external factors.

3.1.4. Designing the university strategic management

Steps to be taken in designing the strategy are:

- the formulation of the organization mission, setting objectives and strategic options;
- highlighting strengths and weaknesses;
- identifying opportunities and threats that may affect development of the organization;
- allocation of material resources for universities.

The mission of our universities is to provide quality education in order to develop intellectual capacity, moral character and expertise of the students, as essential requirements for the formation of professional elites, and to develop high-level scientific research in order to spread true economic cultures, economic and political values of freedom and entrepreneurship, as requisites of economic and social progress.

The objectives:

- adapting the educational offer to the development requirements of a capitalist economy and society "open" in Romania;
- assimilating Western standards of academic education as the cornerstone of training professionals able to meet the "challenges" European integration and globalization of world economy;
- integration of education with scientific research as a prerequisite to developing a top-notch teaching staff;
- developing an organizational culture that confers identity and reputation, institutional sense of belonging and loyalty to the University academic community;
- the introduction and strengthening of quality management in all educational programs and administrative activities to reinforce the competitive advantages;
- developing partnerships with business and public institutions in order to bring the standing of the educational offer to labor market requirements and improve training of students;
- faculty in top location the "schools" of university Romania and gaining international recognition;
- further supported the introduction of computerization in academic activities, education and scientific research and technology for integration into the information society;
- opening the professional bid to social environment matching this offer to current and future requirements of the economy;
- developing cooperation relations with universities in the country and abroad and integrating university in academic programs at European and global level;
- achieving an adaptive management related to the concept of leadership, which are grown and recovered human and material resources available and equally innovative change;

The strategic options:

- structuring of functional and decision units;
- increasing the quality and efficiency of teaching process;
- improving logistics infrastructure of the university;

³ Bratianu C., Strategic Management, Publisher House Bucharest, 2000

- multidisciplinary research projects;
- stimulating professional development of the scientific and academic community members;
- strengthening the human resources role in the performance of the institution;
- increase university income, and thus, members of the academic community;

Strengths of the universities management system

- well-prepared teachers for educational and research activities;
- high level of quality of educational process;
- students and graduates well prepared;
- diversified educational offer, several specializations for each direction of training;
- the logistic base.

Weaknesses of the universities management system

- the national legal framework in Romania is in continuous change and the reform of an educational system is not completed.

- insufficient involvement of university staff in institutional development activities;
- insufficient exploitation of university resources;
- the law communication between different departments, and between external and internal public;
 - internal communication is insufficient developed (teacher-student);
 - teachers in public universities are low pay and this and they are forced to increase its rates to obtain a better income, automatically the quality of education act decreases, considering the low interest of teachers and number of courses that they are forced to teach in a day;
 - low number of teachers reported the number of students and their insufficient experience;
 - university management is not based on competitiveness and performance;
 - the curricula is wrong structured, is poorly or are too much study disciplines, opposite to the faculty profile;

- the absence of educational technology and its tools - learning applications, computer education, internet which offer greater flexibility of training and evaluation methods, but also determines the student has left school libraries, reading, preventing them to develop their imagination and general knowledge to the maximum point. Universities need to consider how technology-based instructional programs are mounted to ensure that students use the Internet efficaciously as a learning tool for various authentic learning activities such as conducting research on a given topic or finding relevant information for an assignment.

- on-line evaluation of the assessments, although subjective, eliminate attempts of corruption and fraud, is unbiased, fully transparent and show instant results, also has some less beneficial to students, namely that the system is sometimes introduced intentionally or not, some mistakes, so the student although knowing the right answer is not the answer because the computer does not recognize, but appeals can be made much longer do you give students, another negative consequence is learning the mechanics of materials to lower intellectual results of students';

Opportunities of the universities management system

- opportunity offered by the current economic environment, universities should focus on providing educational services adapted to the economic and social reality, well-trained graduates in key areas of the economy, interact permanently with the economic environment;
- making partnerships between universities and companies;
- advising partner companies in the fields of expertise of university;
- international collaborations;
- stimulating the long life learning programs;
- getting more financial support for education accessing European funds.

Threats of the universities management system

- continuous amending of the education and research law;
- unfinished reform of Romanian education system;

- economic and financial crisis at the national, European and world level;
- excessive bureaucracy imposed by the national educational system;
- number of students in fall;
- public mentality related to private universities.

Allocation of material resources for universities

In the past few years, higher education institutions, both nationally and internationally experienced major changes in strategic approach.

Among these changes worth mentioning the following:

- increase in the number of students;
- introducing fees in public education;
- reconsidered interrelations between the main beneficiaries of "production" of academic education (state, public economic sector, private sector etc.).
- changing the methodology for allocating resources to public higher education institutions;
- diversification of income sources;
- improve management practices, financial and accounting at each university.

In the context of international practice, financing higher education in Romania has undergone a fundamental change by introducing - the overall funding. Global finance system has led to the relative financial autonomy to public universities. Also increased the role of accounting information in making management decisions. Recent trends in financing higher education are associated with changing perceptions on the role of higher education.

Modernization, harmonization and competitiveness of Romanian higher education with the international standards are sustainable processes involving the achievement of strategic objectives aimed at:

- improving the legal system to stimulate economic and financial autonomy of higher education institutions;
- multiplication and diversification of financing higher education;
- an efficient allocation of resources and economic and financial management of higher education institutions.

The funding strategy of universities should take into account its specific activity: teaching only, teaching and research, only research by the intensity of each activity.

Regarding budgetary funding, this requires substantial reconsideration of this system, so the state should allocate national domains (engineering, economics, medicine, etc.) correlated with a number of places the public sector needs. As such, the state should only fund the future workers in public institutions.

Tuition fees as the main source of funding, should be supported directly by beneficiaries or by companies and private companies interested in graduate recruitment. It is not normal for workforce training, even higher, being supported by public funds. Private employer we should participate in selecting and financing their employees since their schooling phase.

Education credits are addressed to those who wish to complete their academic training at its own expense. That is a more responsible coverage of tuition costs at more than the quality of teaching. Certainly, those borrowing will be very careful and rigorous on the quality of teaching and would like to acquire as much knowledge to ensure their professional skills.

For the private higher education institution the financing issue is simple approach. These universities will have always the necessary funds as long as the number of students is high. But the basic competitive strategy of these institutions must be the quality of teaching act, the material base, the new technologies used for teaching and learning processes and provide to labor market the best trained graduates.

Conclusions

Strategic management in higher education is a challenge for our educational system. It is very important for our educational system to establish the way to be followed in the next period

from the universities point of view as institutions, from the students and teachers point of view and from the state point of view.

In these days at the Ministry of education it is discussed a new education law which includes major changes in the domain pattern in our country. This project generates many controversies especially in higher education sector, which by this law can be radically changes but not necessary in a good way.

That's why the legal framework of higher education system in Romania must be designed taking account of the major transformations and changes in this area at the European level. The organization strategies of our universities must follow the major strategies settled by the European Union for the member states and the main goal of these institutions must be to provide human and intellectual capital, individuals with grate capabilities, skills and knowledge that will bring added value to the economic process and to our companies. Competitiveness of organizations in Romania, with public or private status, will be determined in the future by the human factor and universities are the main contributor to its development.

References

1. Antonesei L., *Managementul universitar: de la viziunea conducerii la misiunea de success*, Editura Polirom,2000.
2. Atanasiu O., *Managementul institutiilor de invatamant*, Editura Agata,2000.
3. Bratianu C., *Management strategic*, Editura Bucuresti, 2000.
4. Bratianu, C., , *Implementing strategic management in the Romanian Higher Education system*, in: Rusu, C., (coord.), *Management of technological changes*, pp. 113-117, Editura Economica, Bucuresti,1999.
5. Comşa M., Tufiş C.D., Voicu B., *Sistemului universitar romanesc*, Fundatia Soros Romania,2007.
6. Hunger, J.D., Wheeler, T.L.,*Essential of strategic management*, Addison–Wesley, Reading Massachusetts,1997.
7. Nicolescu O, *Strategia Universitatii – Metodologie si studii de caz*, Editura Economica,2008.
8. Russu, C., *Management strategic*, Editura All, Bucureşti, 1999
9. Williams, G, *Finance and entrepreneurial activity in higher education in a knowledge society*, in Shattock, M (ed), *Entrepreneurialism in Universities and the Knowledge Economy*. Maidenhead: SRHE/Open University Press, 2009.

“PROTECTED AREAS CONSERVATION - A DUTY FOR ALL OF US” - A PROJECT SUBMITTED BY CONSTANTA COUNTY COUNCIL

Constantin BRAGARU*

Abstract

The Parties to the “United Nations Convention on Biological Diversity” of 1992 decided, in 2000 to “significantly reduce” the rate of biodiversity loss by 2010. This is a task for all European Member States, and, in order to take effective measures for fulfilling this obligation, The Commission has produced an Action Plan aimed at conserving biodiversity and preventing biodiversity loss within the European Union and internationally. Following this and in order to reach the goals stipulated by this Action Plan 4 public authorities submitted a project that represents a step forward to raising public awareness regarding biodiversity conservation.

Keywords: *biodiversity, human well-being, conservation ,ecosystem, action plan.*

Introduction

In spite of worldwide programmes and measures, mankind increasingly affects the biodiversity. The study that I present is an analysis about the attempt of local authorities to conserve and restore ecosystems. My intention in this matter is to observe and expose the measures that have been taken by local authorities in order to encourage population to adopt other occupation connected to the “ecosystems services” with the aim of protecting biological diversity. Local authorities have realized two studies. One of them is based on research date analysis and a study of case through which they want to demonstrate the fact that protected areas conservation is not a very expensive action but a profitable activity for local communities. The second study attends to make citizens aware of the manner in which series measures of preserving ecosystem can lead to local communities welfare.

This project represents a step forward to an action plan settled on European level through the “Action Plan regarding biodiversity conservation and loss prevention at European and international level” launched by European Committee in a Communication from may 22 2006. In the past decades there was written a lot of specialized literature regarding conservation and sustainable use of diversity of species, habitats and ecosystems on the planet. Therefore I have related my article to some of them in order to improve my study on preserving protected areas.

Worldwide, the current global species extinction rate is estimated to be 50 to 1000 times higher than the natural background extinction rate. This rate of loss is projected to accelerate 10-fold by 2050. The main causes of this loss are changes in habitats because of human development (such as intensive production systems, construction, and extractive industries), invasions of alien species, over-exploitation (fishing, hunting and collecting), pollution, and global climate change.

In 2002, European Countries decided to "significantly reduce" the rate of biodiversity loss by 2010. Regarding this, European Commission released Commission Communication of 22 May 2006 "Halting the loss of biodiversity by 2010 - and beyond - Sustaining ecosystem services for

* Assistant, Ph.D candidate, General Director of General department of European Affaires Constanța County Council, (e-mail: costin_bragaru@yahoo.com).

human well-being" stipulating that The Commission has produced an Action Plan aimed at conserving biodiversity and preventing biodiversity loss within the European Union and internationally. The Action Plan stipulates priority objectives, which are divided into four policy areas (biodiversity in the EU, the EU and global biodiversity, biodiversity and climate change, and the knowledge base). It further specifies four main supporting measures (financing, decision-making, building partnerships, and public education, awareness and participation), as well as monitoring, evaluation and review measures.

In its Action Plan, the Commission considers it vital to substantially strengthen the knowledge base for conservation and sustainable use of biodiversity, in the European Union and globally. In particular, this requires strengthening the European Research Area, research infrastructures, communication and interoperability of data, and the collection of independent scientific opinion and advice to inform policy development. In this connection, the Commission intends to create a mechanism whereby scientific opinion can be easily collected.

Human well-being is dependent upon "ecosystem services" provided by nature for free, such as water and air purification, fisheries, timber and nutrient cycling. These are predominantly public goods with no markets and no prices, so their loss often is not detected by the current economic incentive system and can thus continue unabated.

Regarding this, at the meeting of the environment ministers of the G8 countries and the five major newly industrializing countries that took place in Potsdam in March 2007, the German government proposed a study on 'The economic significance of the global loss of biological diversity' as part of the so-called 'Potsdam Initiative' for biodiversity.

The following wording was agreed at Potsdam: 'In a global study we will initiate the process of analyzing the global economic benefit of biological diversity, the costs of the loss of biodiversity and the failure to take protective measures versus the costs of effective conservation.'

As a reaction the European Commission, have jointly initiated preparatory work for a global study, which is named 'The Economics of Ecosystems & Biodiversity (TEEB)'. The study is evaluating the costs of the loss of biodiversity and the associated decline in ecosystem services worldwide, and comparing them with the costs of effective conservation and sustainable use. It is intended that it will sharpen awareness of the value of biodiversity and ecosystem services and facilitate the development of cost-effective policy responses, notably by preparing a 'valuation toolkit'.

The described above tendency of the Europe, to adopt an entirely new approach regarding the costs that biodiversity loss compared to costs of investments in conservation measures is the starting point for a project elaborated by 4 public authorities who are concerned about the ecosystems degradation in their regions. Each of these public authorities has the will and the opportunity to change something regarding this, and wants to know which are most proper and cost efficient means to take action.

Confronted, at local level, with the effects of loss of biodiversity (less fish stocks, less unpolluted areas, less space with recreational destination) the 4 public authorities decided to join efforts in order to identify the proper measures to be taken in order to reduce this process in their regions.

The kind of approach they propose for this project proposal addresses to the main problems the public authorities identified within their regions. About 6% of the territory of these regions is represented by protected areas. Taking into consideration that for this areas proper measures for ecosystems conservation are to be taken, local communities need to know: what is to be done, why, in what way, which will be the costs for the regions and for the population.

Starting from this situation the next stages of research must give solutions regarding the following:

1. The need for a new balance between economic and social development and nature conservation. Biodiversity must be preserved not only for its intrinsic value: nature is a source of

pleasure and inspiration, and provides a basis for many recreational, tourist and cultural activities; It must be preserved for the ecosystem services, which it provides: nature gives us all the essential elements for human life and well-being (food, medicines, water, air, etc.) There is a limit to the extent to which human technology and creativity can substitute adequately for this natural life support system. Beyond this limit nature must be given the chance to contribute again to the enhancement of the human well-being.

2. Building public education, awareness and participation. The population and all the other stakeholders need to become conscious about the fact that, in long term, giving nature space to recover its qualities is also a profitable solution for their community.

The decentralized institutions have to implement the governmental policies into the regions, they have to be sure the rules and regulations are enforced into the territory. But as there have not guidelines yet, covering all the tasks they have to comply with, these institutions need to gain knowledge from the experience of similar institutions outside their country, or from other sources. By participating to the debates and to the research and analysis they will find solutions that can be applicable at local level for tasks contained into the Action Plan aimed at conserving biodiversity and preventing biodiversity loss within the European Union and internationally adopted by European Commission such as: reinforcing the compatibility of regional and territorial development with biodiversity by better local, regional and national planning, which takes more account of biodiversity.

Regional and local public authorities have the responsibility of establishing functional areas, according to the legislation and taking into account the needs and economic capacities of the local communities. By authorizing process they have means to give place to the nature and to human activities as well. They have to keep a good balance between different interests of the stakeholders. But what does this good balance mean? In order to get answers to these questions public authorities will elaborate 2 studies referring to these problems: one ***Research and study on Economical Analysis for a pilot protected natural area*** and a ***Best practices manual on methods to raise public awareness regarding the protection of biodiversity***.

The inhabitants have arable land situated in protected natural areas and, sooner or later they will be forced to renounce to intensive cultivation of the land, to rich crops in the favor of wild life. As, traditionally, the population from the rural areas has as main occupation land cultivation it will be very hard for the land owners to accept that they need to totally change their occupation. The economical analysis study for a pilot area, of the repercussions that appear when this change happens, will give viable solutions to the people. They will be taught about how and why to conserve high-natural-value farmland and forest. They will learn that ecological tourism, pharmacy industry based on extracts from plants, etc, are activities as profitable as classic industrial ones.

Biodiversity - the immense variety of Life on Earth - is what makes the planet not only habitable but also beautiful. People depend on the natural richness of this planet for the food, energy, wood, raw materials, clean air and clean water that make life possible and which drive our economy. The people also look to the natural environment for aesthetic pleasure, artistic inspiration and recreation. And for this there is a political commitment at European level to halt biodiversity loss within the EU by 2010. This policy materialized into a vast network of over 26,000 protected areas covering all the Member States and a total area of around 850.000 km², representing more than 20% of total EU territory. But protected nature areas can exist only if solutions for the cohabitation of the people with nature will be offered to the public.

For this demonstration on how protected nature areas can provide resources for a good living of the population must be offered to the public. The countries, regions and local communities must find solutions for the following:

- Offer practical guidance for business on how to measure and manage the risks of biodiversity and ecosystem losses;
- Explore innovative economic tools for adapting production to produce in more biodiversity-friendly ways, including avoidance, mitigation and offsets;
- Help business leaders to identify and grasp new market opportunities linked to the conservation and sustainable use of biological resources
- Provide business managers with the tools to inform themselves and others about the wider impacts of business activities, not only in terms of financial and human capital but also natural capital.

A “stronger and more sustainable economic and social development of the regions” cannot be attained without taking into account the environmental and biodiversity protection. The economical activities must be carried out only if a wise management of natural resources accompanies them. Nowadays economy must not be in contradiction with nature. Taking into account that there are not allowed economic activities that would produce negative effects on the wild life in the protected areas, it is foreseen the realization of a study consisting in offering of some alternative solutions to non-sustainable economic activities, which would lead to the social-economic development of communities from the protected areas. The activity of public authorities will lead to the offering of some solutions to elaborate and implement management plans viable for the protected areas. The activities foreseen (the 2 studies) will have as result the placing at the disposal of the local authorities and of the public institutions which have as attributions the environment protection and the conservation of the biodiversity of some extremely useful instruments in fulfilling the obligations regarding the conservation of eco-systems and environment protection which every state, implicitly each community assumed.

The methods used to achieve the objectives connected to biodiversity protection are innovative methods, which have a greater impact on the stakeholders and which are more efficient than the classic ones. In this way, the use of the analysis of the spatial databases offers an overall image on different themes afferent to the biodiversity protection. The study of the satellite images with the help of remote sensing methods in view of establishing the way to use the land in the protected areas is an activity necessary in realizing of some adequate monitoring of these areas and also in the realization of some correct economic calculations. Moreover, although at European level a few Study cases were realized, still there are not methodologies specifically dedicated to economical analysis for protected areas. The activities of the public authorities are designed in such a way as to contribute to an exhaustive approach implied by the complexity of biodiversity conservation theme. As this theme responds to a general goal of European countries, the achievements of the these activities will bring improvements for all the public authorities referring to:

- changes of the people’s mentality and rising public awareness,
- the knowledge local public authorities and other public institution need to obtain in order to develop management plans for the protected areas.

As the public authorities are from regions belonging to Member States they have to comply with the provisions of the Bird and Habitat Directives, and they have as tasks, the preserving and conservation of biodiversity within NATURA 2000 sites to achieve. The project is the result of common effort of the public authorities to define the most important and necessary measures that are to be taken in order to reach the objectives chosen for this project. The project was designed in common by the public authorities, each of which proposing and assuming the objectives and the activities of the project. In this respect, taking into account that Member States are offered the opportunity of soliciting funds from EU, through Sectoral Operational Programmes on Environmental protection for projects, the studies provided by the project, are the basis for future financing requests that the public authorities will submit.

The activities included in the project are meant to give preliminary expertise and guidelines to the stakeholders who want to make management plans for protected natural areas.

Given the fact that only few isolated examples of protected natural areas that are sustainable managed exist in the partner regions, and taking into consideration that, by establishing of Nature 2000 sites biodiversity protection became a regional task, the public authorities need expertise and best practices exchange in order to confront and have solutions for this regional task: biodiversity conservation.

The local public authorities need to learn from more advanced institutions how to deal with this global task - management of protected areas, need to apply for EU funds in order to get financial resources and need to implement sustainable and realistic management plans, which have obtained the population consent and support, for the public benefit.

The project reflects the preoccupations of all Member States, who are involved in taking measures for ecosystems protection in accordance with the provisions of EU Action Plan.

Within the Action Plan aimed at conserving biodiversity and preventing biodiversity loss within the European Union and internationally The European Commission stipulates the following: "Halting damage to ecosystems is a matter of urgency if we are to protect the future of the natural world, on account of both its intrinsic value (recreational and cultural value) and the services it provides (ecosystem services). These services are essential for competitiveness, growth and employment and for improving livelihoods worldwide.

The project proposes an exercise at regional level, on how classic activities can be replaced by so-called "ecosystems services", and how the population can be convinced that this kind of approach will not affect their standard of living, on the contrary will lead to their well being.

At the same time focusing on the objective of above-mentioned Action Pan: "Reinforcing the compatibility of regional and territorial development with biodiversity in the EU" the project will offer solutions for a better local and regional planning, which takes more account of biodiversity.

Considered to be a pilot project for this region, inspired by the provisions of EU Action Plan and also by the achievements of some study cases developed in western countries of EU, its results will be presented to the representatives of Nature Protection Directorates of EU and Environment Ministries from the 4 countries involved into the project. Within these regions there are several categories of stakeholders, as follows: 4 public regional authorities, about 80 local public authorities, governmental decentralized institutions having as main activities environmental protection, resources of water administration, protected areas administrators, population, economical agents whose activities are located within protected natural areas, research institutes, and tourism agents.

The purpose of creating this network is the combining of the efforts of the authorities responsible to inform and make aware the population of the values represented by these ecosystems from the protected areas, of the importance of their protection and of the fact that an equilibrated management will not bring material damages to stakeholders from the aimed areas.

The activity of the network aims to approach all aspects which are imposed by the protection of the natural areas:

- description of the ecosystems from the protected areas,
- presentation of the necessary conservation measures,
- proposal of some measures which will enhance the tourist activity in the protected areas
- analysis of the costs which are implied by the activity re-orientation
- presentation of the adequate measures to make the public aware

Conservation of the biodiversity is a process with which, in principle, everybody agrees. In reality, this process implies the modification of the use of lands, a very sensible subject because there are many stakeholders who have divergent interests related to this problem. Many stakeholders through which the local public authorities, or the population, still consider the biodiversity conservation a noble purpose which will be attained in the future, and not an

obligation which the states assumed and for which every state must apply a concrete action plan. Biodiversity conservation is a difficult process because it implies:

- Changing the population mentality and of the decisional factors on the way in which this concept of nature protection must be treated (not as an abstract thing, but as a practical goal whose achieving implies measures and activities at all levels).
- Replacement of the way of living of the inhabitants with another, by beating the inaction, which, in every situation, stops change.
- Orientation of the economic activities towards other branches, etc.

In order to succeed it is necessary to action on various plans, which lead to the establishment of a measurement system, which has to be accepted by the stakeholders.

The Governmental institutions have concrete tasks to fulfill and they need methodologies and guidelines regarding how to realize these tasks. The project will offer them two manuals, which could be of much use for them.

Local authorities are conscious about the fact that some changes regarding land use in the protected areas will be compulsory, but they are very reluctant, because they cannot think it is possible. They see these changes as unpopular constraints very hard to put into practice. The studies – as outputs of the projects will be very useful tools for future authorization activities into the protected areas, for submitting other projects for EU-funding, for presenting the advantages of non-invasive activities, for encourage the population to adopt other occupation connected to the “ecosystems services”.

Population will become aware about the fact that changes that will occur in the protected areas will not affect their well being. On the contrary, on the long term they will bring the improvements to the environment and to the quality of their life.

Human well-being is dependent upon "ecosystem services" provided by nature for free, such as water and air purification, fisheries, timber and nutrient cycling. These are predominantly public goods with no markets and no prices, so their loss often is not detected by our current economic incentive system and can thus continue unabated. A variety of pressures resulting from population growth, changing diets, urbanization, climate change and many other factors is causing biodiversity to decline, and ecosystems are continuously being degraded. The world's poor are most at risk from the continuing loss of biodiversity, as they are the ones that are most reliant on the ecosystem services that are being degraded.

These premises coincide with the fact that each region should have management plans for its protected areas. But a management plan involves an analysis of the costs of ecosystems conservation that must put in balance with ways of recovery of these costs, by activities such as tourism, etc. In order to get support from the population and to facilitate the development of cost-effective activities in the favor of nature, public authorities need sharpen awareness of the value of biodiversity and ecosystem services. The project can bring an important contribution to fulfill these tasks.

Conclusions

The purpose of this taken measures is the combining of the efforts of the authorities responsible to inform and make aware the population of the values represented by these ecosystems from the protected areas, of the importance of their protection and of the fact that an equilibrated management will not bring material damages to stakeholders from the aimed areas.

In order to succeed it is necessary to action on various plans, which lead to the establishment of a measurement system, which has to be accepted by the stakeholders.

Until now there were identified sites of communitarian, national and local importance which must be protected and the specialists established which are the measures imposed for the conservation of species. It is important to demonstrate that, although these measures imply sometime radical measures in the structure of the allowed activities in protected areas, these

activities can be profitable and the change has not negative material effects on the inhabitants from the identified protected areas.

Hopefully these measures will make people to be more responsible on the way they percept nature protection . There will be a replacement of the way of living of the inhabitants with another, by beating the inaction, which, in every situation, stops change.As a suggestion for future researchers, I would like to cite a statement that was developed under the aegis of Millennium of Ecosystems Assessment within an international study called: “Living Beyond Our Means: Natural Assets and Human Well-being”. The statement identifies 10 key messages and conclusions that can be drawn from the assessment:

- Everyone in the world depends on nature and ecosystem services to provide the conditions for a decent, healthy, and secure life.

- Humans have made unprecedented changes to ecosystems in recent decades to meet growing demands for food, fresh water, fiber, and energy.

- These changes have helped to improve the lives of billions, but at the same time they weakened nature’s ability to deliver other key services such as purification of air and water, protection from disasters, and the provision of medicines.

- Among the outstanding problems identified by this assessment are the dire state of many of the world’s fish stocks; the intense vulnerability of the 2 billion people living in dry regions to the loss of ecosystem services, including water supply; and the growing threat to ecosystems from climate change and nutrient pollution.

- Human activities have taken the planet to the edge of a massive wave of species extinctions, further threatening our own well-being.

- The loss of services derived from ecosystems is a significant barrier to the achievement of the Millennium Development Goals to reduce poverty, hunger, and disease.

- The pressures on ecosystems will increase globally in coming decades unless human attitudes and actions change.

- Measures to conserve natural resources are more likely to succeed if local communities are given ownership of them, share the benefits, and are involved in decisions.

- Even today’s technology and knowledge can reduce considerably the human impact on ecosystems. They are unlikely to be deployed fully, however, until ecosystem services cease to be perceived as free and limitless, and their full value is taken into account.

- Better protection of natural assets will require coordinated efforts across all sections of governments, businesses, and international institutions. The productivity of ecosystems depends on policy choices on investment, trade, subsidy, taxation, and regulation, among others.

References

1. United Nations Convention on Biological Diversity of 1992
2. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of 27 March 2001 - Biodiversity Action Plans in the areas of Conservation of Natural Resources, Agriculture, Fisheries, and Development and Economic Co-operation (volume I)
3. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of 27 March 2001 - Biodiversity Action Plan for the Conservation of Natural Resources (volume II)
4. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of 27 March 2001 - Biodiversity Action Plan for Agriculture (volume III)
5. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of 27 March 2001 - Biodiversity Action Plan for Fisheries volume IV .
6. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of 27 March 2001 - Biodiversity Action Plan for Economic and Development co-operation (volume V)

7. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of 4 February 1998 on a European Community biodiversity strategy.
8. Commission Communication of 22 May 2006 "Halting the loss of biodiversity by 2010 - and beyond - Sustaining ecosystem services for human well-being"
9. Ecosystems and human well-being : wetlands and water synthesis : a report of the Millennium Ecosystem Assessment, World Resources Institute, Washington, DC. 2005.
10. Ecosystems and human well-being : health synthesis : a report of the Millennium Ecosystem Assessment, World Resources Institute, Washington, DC. 2005.
11. Millennium Ecosystem Assessment Synthesis Report , Alberta Society of Professional Biologists, Volume 20, Number 1, Spring 2005.
12. Millennium ecosystem assessment: research needs. American Association for the Advancement of Science (AAAS), Science, Vol. 314, October 2006.

THE MARKETING OF E-LEARNING: A THEORETICAL BACKGROUND

Nabil MZOUGH^{*}
Asma BOUGUERRA^{**}
Héla AYED^{***}

Abstract

The importance accorded by firms to e-learning is due to its capacity to reduce training costs (Boujard, 2004) and complete the e-management offer (Kalika, 2000 in Boujard, 2004). E-learning has many advantages that are related to learners characteristics and their environments (Lawley & Summers, 2001): ability to integrate advanced technologies, financial means, accessibility of Internet, possibility to communicate with trainers (Langan, 1997) and the flexibility of the individual toward the change (Gillespie, 1997). The perception of e-learning advantages depends on the perception of the user and the system (Hayashis and al, 2004, Chen and al, 2006). The objective of this research is to verify the impact of the individual variables (culture, self-efficiency) and the characteristics of the system used (quality of instructional content, interactivity, perceived easiness of use and perceived utility) on the acceptance and the intention of using e-learning. The central question is the following one: to which extent the participation of the learner and his intention of using e-learning are determined by:

-his characteristics: motivation, culture and self-efficacy?

-the system ones: quality of instructional design, interactivity, perceived ease of use and perceived utility?

Keywords: *e-learning, motivation, culture, self efficacy, quality of instructional design, interactivity, ease of use, perceived utility, acceptance, intention to use.*

Introduction

The evolution of communication technologies and Internet makes easy the development of e-learning in universities and organizations. Internet is an indispensable tool for a new organizational training in the context of knowledge management (Boujard, 2004). Gunasekaran & al. (2002) remind that it makes possible a universal and on demand teaching for people, organizations or countries. It allows individuals to assume their own training (Gunasekaran & al., 2002; Cantoni & al, 2004) and represents therefore an alternative to the classic model of teaching (Boujard, 2004).

The importance accorded by firms to e-learning is due to its capacity to reduce training costs (Boujard, 2004) and complete the e-management offer (Kalika, 2000 in Boujard, 2004). E-learning has many advantages that are related to learners characteristics and their environments (Lawley & Summers, 2001): ability to integrate advanced technologies, financial means, accessibility of Internet, possibility to communicate with trainers (Langan, 1997) and the flexibility of the individual toward the change (Gillespie, 1997). The perception of e-learning advantages depends on the perception of the user and the system (Hayashis and al, 2004, Chen and al, 2006).

The objective of this research is to verify the impact of the individual variables (culture, self-efficiency) and the characteristics of the system used (quality of instructional content, interactivity, perceived easiness of use and perceived utility) on the acceptance and the intention of using e-learning.

^{*} Professor Ph.D, Institute of Management, Sousse University, Republic of Tunisia, (e-mail: teachershello@yahoo.fr)

^{**} Institute of Management, Sousse University, Republic of Tunisia, (e-mail: asmabouguerra_cotupap@yahoo.fr)

^{***} Institute of Management, Sousse University, Republic of Tunisia, (e-mail: ayed_hela@yahoo.com)

The central question is the following one: *to which extent the participation of the learner and his intention of using e-learning are determined by:*

-his characteristics: motivation, culture and self-efficacy?

-the system ones: quality of instructional design, interactivity, perceived ease of use and perceived utility?

E-learning : Definitions and approaches

The e-learning can be generally defined as a tool that uses technologies to improve the quality of the distance training using Internet (Neville, Heavin and Walsh; 2005). Training does not depend on a specific place or time (Mackay & Stockport, 2006, Beam & Cameron; 1998, Honey; 2001). All types of online teaching have three common characteristics: the distance between the teacher and the learner, the opportunities offered by the technology and extensively the independent work of the learner (Neville, Heavin and Walsh; 2005). Videos and CD-ROM can be used as a material (Harasim, 1990). Rosenberg (2001) identifies two essential types of e-learning: video-conference and web based teaching.

Two different approaches can be distinguished. The first considers e-learning as a method of teaching using Internet as an exclusive support (Gunasekaran & al., 2002; Zhang & Zhou, 2003; Aslete, 2001; Walker & Jeurissen, 2003; Stoyanov & Kirschner, 2004). The teaching content is managed by a set of experts and distributed under several formats among the learners. The second approach corresponds to a larger vision since it supposes that e-learning is a distance learning using, besides Internet, several independent technologies (Lance, 2000,; Russel & al, 2003,; Ottewill & al, 2002).

Uys (2002) defines the e-learning a suitable, active and collaborative organization of information and communication technologies to develop the process of learning/teaching. According to Fry (2001), e-learning is the teaching using means of electronic communications. For Govindasamy (2001), e-learning includes the teaching with electronic medias: Internet, Intranet, Extranet, registrations audio and video, CDRom... Diversification of supports is explained by the variety of the preferences of the learners (Sbarcea, 2000).

A more restrictive approach presents e-learning as a complement to the traditional teaching (Lawley and al, 2001) which is more familiar and comfortable for the learner and the teacher. The interpersonal dimension is very advantageous (Ottewill & al, 2002; Thornbory, 2003), but the inconvenient is that the learner and the teacher are sometimes obliged to move or to interrupt their activity to attend the courses, what generates a loss of time and cost (Zhang & Nunamaker, 2003).

There are two types of e-learning: asynchronous and synchronous (Rossett in Mackay and Stockport, 2006). The firms adopt these different approaches of e-learning (Boujard, 2004). It is synchronous when the actors communicate at the same time and when information is shared instantaneously. The content of the course is communicated in current time and engenders a feedback from the learners and an exchange between them (Zhang & al., 2003, Alavi & Leidner, 2001). The supports that can be used for this type of learning are real time videos, audio conferences and real time chat (Hiltz & Wellman, 1997; Beam & Cameron, 1998). E-learning is asynchronous when teaching does not require a simultaneous interaction between the teacher and the learner (Zhang and al, 2003).

E-learning can be applied in the academic and organizational domains (Wang, 2002,; Henry, 2001). Several academic institutions consider it as a primordial factor to increase the performance of learners, their knowledge and their capacities (Wild & al., 2002). The organizations use it in order to surpass time and distance constraints inherent to the classic training (Little, 2001). All actors are responsible and therefore increase their productivity and loyalty (Boujard, 2004). The results on the economic performance of the organization are positive (Gunasekaran & al., 2002; Pantazis, 2002,; Nizar, 2004, Boujard, 2004).

Review of literature

Perceived usability

It refers to the extent to which a product, in a determined context, can be used in order to reach some objectives efficiently (Chiu and al, 2005). It is defined by Ong and Lai (2004) as the degree to which a person believes that the use of the technology increases his performance (Davis, 1989, Ong, Lai and Wang; 2003). Davis, Bagozzi and Warshaw (1989 in 2005) show that the individuals develop positive attitudes toward the use of the computer when it improves their capacities. These attitudes result from a cognitive judgment done by the user.

Three key factors describe the perceived usability: usefulness, ease of use and compatibility. The perceived ease of use is the degree to which a person believes that he uses a particular system without effort (Ong, Lai and Wang; 2003).

Self efficacy

It reflects the beliefs of the individual about his capacity to work successfully (Bandura, 1977 in Pituch and Lee, 2004). Campeau and Higgins (1995) define it, in the context of e-learning, as the capacity to use the computer efficiently. For Ong, Lai and Wang (2003), it is the perception of the individual regarding his ability to use the computer for achieving a specific action.

Bandura (in Wang and Wang, 2004) refers to an organizational context to define the self efficacy. The employee believes that he will achieve a challenge in the learning or the perfection of an action.

Motivation

It is a psychological characteristic that guides the individual's behavior to a definite objective. According to Allen (1999) and Maurer and Tarulli (1994), the motivation is an important factor that determines the interest and the rate of participation to the learning programs. It is an implication to work linked to the desire, the attention and the effort required in order to complete the action of learning (Thing and Fogarty, 1997).

Cultural orientation

Culture influences the individual's behavior in term of participation to the training: to continue or to stop (Wang, Wang, Fang and Tuzlocova; 2004). Hofsted (1986) considers that it affects the training through the way of interaction between the actors. DiMaggio (1997) explains that the culture influences the cognitive process of the individual.

Quality of instructional design

It is derived from the comparison between the consumer beliefs about what is provided and what should be offered (Parasuraman, Zeithaml and Berry, 1985). It is an important factor influencing the learning process (Reigeluth, 1983).

Interactivity

It facilitates learning for both traditional and technology-based training. It can be presented as the capacity to control, to direct the attention and to coordinate the communication between the learner, the trainer and the content (Driscoll, 2002). It is "more critical in determining learner dropout behavior for e-learning because of a lack of face-to-face interactions between learners and instructors" (Berge, 1999).

Learner's participation

The theories discussing the participation of the learners in the process of teaching are related to their motivation (Yang, 2004). To identify the factors influencing this participation, Miller (1967) combines the theories of human needs (Maslow, 1954) and domains strengths.

Boshier (1973 in Wang and Wang, 2004) proposes a model of congruence to explain the mediating role of the social and psychological variables as well as the personal motivation on the continuation of the training. Rubenson (1977 in Wang and Wang, 2004) reveals the effect of structural measurements and the socialization of the learners.

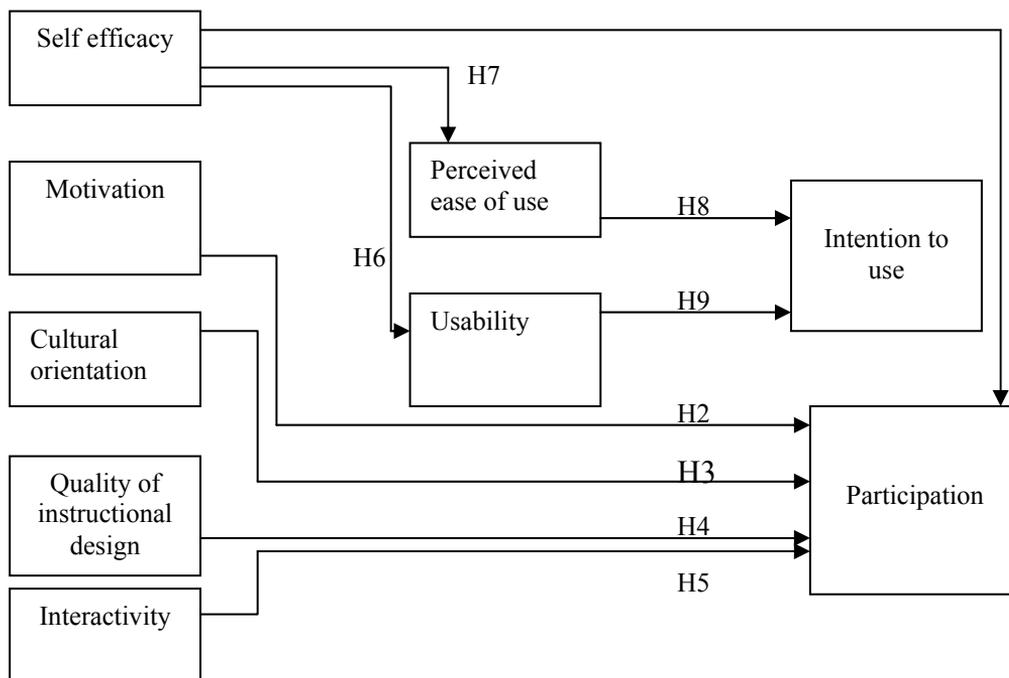
Intention to use

The intention is an attitude however the use is an action (Pituch et lee, 2004). It is an important determinant of e-learning continuance and success (Chiu et al, 2005).

Research hypothesis

Heinich and al. (1996) affirm that the individual characteristics must be considered to develop an efficient teaching technology.) The individual attributes related to the use of the technology have an impact on learners’ perception of the e-learning (Pituch and Lee, 2004). The learner's success depends on his technical knowledge and his capacity to use the computer and Internet (Kerka, 1999). According to Maurer and Tarulli (1994), the individual factors and those linked to the training process affect the participation in term of continuation and rejection. The empirical studies confirm that they influence the intention to use the technology (Davis and al, 1989).

The research model



Antecedents of e-learning participation

The individual factors affecting the participation to e-learning have been identified by Wang and Wang (2004): motivation, self efficacy, personal capacities, teaching style, perceived benefits, perceived needs of training, cultural orientation, technological orientation of the training, quality of instructional design and interactivity.

The determinants of the participation in the e-learning system are synthesized by Wang and Wang (2004):

TABLE I: Learning Participation and Dropout Constructs

<i>Individual Cluster (1)</i>	<i>Learning Process Cluster (2)</i>	<i>Organizational Cluster (3)</i>	<i>Environmental Cluster (4)</i>
Motivation <ul style="list-style-type: none"> • Motivation to learn • Career insight • Job involvement 	Needs assessment	Organization context <ul style="list-style-type: none"> • Philosophy • Learning culture • Organization social support 	Economic conditions
Self-efficacy	Learning subject		Uncontrollable disasters
Organization membership <ul style="list-style-type: none"> • Job position • Job tenure • Organizational tenure • Union membership 	Instructional design <ul style="list-style-type: none"> • Interactability 	Organization policies and regulations	
Personal characteristics <ul style="list-style-type: none"> • Education background • Age • Gender • Ethnic group • Marital status • Learning style 	Delivery platforms <ul style="list-style-type: none"> • Traditional format • E-learning 	Work Content <ul style="list-style-type: none"> • Job transitions • Task-related characteristics • Obstacles • Technical updating • Type of industry • Occupation requirement 	
Perceived learning needs <ul style="list-style-type: none"> • Awareness of learning needs • Agreement with the organization's assessment of the learning needs 	Instructor and facilitator <ul style="list-style-type: none"> • Perceived competency • Perceived responsiveness • Perceived dedication • Instructional approach 		
Perceived benefits <ul style="list-style-type: none"> • Development of learning motivation • Career development • Psychosocial development 	Technology-based learning environment <ul style="list-style-type: none"> • Perceived learning interface design • Perceived usability • Accessing speed • Connectivity • Online page size 		
Learning technology orientation			
Individual culture orientation			

Noe and Wilk (1993) explore the factors influencing the participation of employees to e-learning. The self efficacy constitutes the most important determinant. It indicates that it facilitates the learner's participation (Wang and Wang, 2004).

H1. : The self efficacy affects positively the participation to e-learning

The motivation is an attitude that affects training positively (Noe and Wilk, 1993).

H2. : The motivation affects positively the participation to e-learning

The culture has an impact on the acceptance of e-learning (Ong, Lai and Wang, 2003).

H3. : The cultural orientation affects positively the participation to e-learning

The quality affects positively satisfaction and intention to participation to e-learning (Wang & Wang, 2004).

H4. : The quality of instructional design affects positively the participation to e-learning

Interactivity is an important determinant of the participation to e-learning ((Wang & Wang, 2004).

H5. : The interactivity affects positively the participation to e-learning

Relation between self efficacy and usability

The self efficacy influences positively the usability and the perceived ease of use (Ong, Lai and Wang, 2003).

H 6. : The self efficacy affects positively the usability of e-learning

H 7. : The self efficacy affects positively the perceived ease of use of e-learning.

Antecedents of intention to use

The usability has an effect on the intention to use e-learning (Ong, Lai and Wang, 2003; Davis and al, 1989; Venkatech and Davis, 1996; Venkatechg, 2000; and Ong and Lai, 2004). More generally, e-learning improves the human resources performance (Ong and Lai, 2004).

H8. : The usability affects positively the intention to use e-learning

According to Moon and Kim (in Ong, Lai and Wang; 2003), the technologies easily used secure the individual. The perceived ease of use influences the intention of behavior, directly or indirectly, through the perceived usability ().

H9. : The perceived ease of use affects positively the intention to use e-learning

References

1. Alavi M. & Leidner D. in Zhang D. & Zhou L. (2003), « Enhancing E-Learning with Interactive Multimedia », *Information Resources Management Journal*, Vol. 16, No 4, p. 1-13.
2. Allen D. (1999), "Desire to Finish College: An Empirical Link Between Motivation and Persistence", *Research in Higher Education*, Vol 40? Iss 4, pp 461-485.
3. Aslete J. W. (2001), « Alternative Uses of Electronic Learning Systems for Enhancing Team Performance », *Team Performance Management*, Vol. 7, No. 3 - 4, p. 48-52.
4. Bandura in Wang G & Wang J. (2004), "Toward a Theory of Human Resource Development Learning Participation", *Human Resource Development Review*; Vol 3, Iss 4; ABI/INFORM Global, p. 326
5. Beam P. & Cameron B. in Zhang D. & Zhou L., OpCit
6. Berge Z L. (1999), "Interaction in Post-secondary web-Based Learning", *Educational Technology*, Vol 39, Iss 1, pp 5-11.
7. Boshier in Wang G G and Wang J. (2004), "Toward a Theory of Human Resource Development Learning Participation" *Human Resource Development Review*, Vol 3, Iss 4, ABI/INFORM Global, pp. 326-354
8. Boujard C.(2004), « Strat gies d'adoption e-learning et pratiques de formation de grandes entreprise », *Systèmes d'Information et Management*; 9, 4; ABI/INFORM Global, pp 31-47.
9. Campeau D R and Higgins C A. in Hayashi A, Chen C, Terry R and Wu J, 2004, "The Role of Social Presence and Moderating Role of Computer Self Efficacy in Predicting the Continuance Usage of E-Learning Systems", *Journal of Information Systems Education*, Summer, Vol 15, Iss 2, pp 139-155.
10. Cantoni V., Cellario M. & Porta M. (2004), « Perspectives and Challenges in E-Learning : Towards Natural Interaction Paradigms », *Journal of Visual Languages & Computing*, Vol. 15, No. 5, p. 333-345.
11. Chiu C M, Hsu M H Sun S Y, Lin T C and Sun P C. (2005), "Usability, Quality, Value and E-Learning Continuance Decisions", *Computers & Education*, Vol 45, pp 399-416.
12. Davis F D, Bagozzi R P and Warashaw P R in Hayachi and al, OpCit.
13. DiMaggio P. (1997), "Culture and Cognition", *Annual Review of Sociology*, Vol 23, pp 263- 288.

14. Driscoll M in Wang and Wang OpCit
15. Fry K. (2001), « E-learning Markets and Providers : Some Issues and Prospects », *Education & Training*, Vol. 43, No. 4/5, p. 233-239.
16. Gillespie T.. in Lawley M. & Summers J. (2001), « Internet Delivery of Education : Who is the Driving Force ? », *Asia Pacific Advances in Consumer Research*, Vol. 4, p. 263-268.
17. Govindasamy T. (2001), « Successful Implementation of E-learning Pedagogical Considerations », *The Internet & Higher Education*, Vol. 55, No. 3/4, p. 287-299.
18. Gunasekaran R., Macneil R. D. & Shaul D. (2002), « E-learning : Research and Applications », *Industrial & Commercial Training*, Vol. 34, No. 2, p. 44-51.
19. Hayashi A, Chen C, Terry R and Wu J. (2004), OpCit.
20. Chen C C, Shang R A and Harris A, (2006), The Efficacy of Case Method Teaching in an Online Asynchronous Learning Environment, *International Journal of Distance Education Technologies*, April –June, Vol.4, Iss. 2, pp. 72-85
21. Harasim, L. (1990), “Computer Learning Networks: Educational Applications of Computer Conferencing”, *Journal of Distance Education*, Vol 1, Iss 1, pp. 59-70.
22. Heinich, R., Molenda, M., Russell, J. D., & Smaldino, S. E. in Pituch K A. and Lee Y. K., 2004, OpCit.
23. Henry P. (2001), « E-learning Technology, Content and Services », *Education & Training*, Vol. 43, No. 4/5, p. 249-255.
24. Hiltz E. S. R. & Wellman B. in Zhang D. & Zhou L., Op cit
25. Hofsted G, (1986), “Culture Differences in Teaching and Learning”, *International Journal of Intercultural Relations*, Vol 10, pp 302-320.
26. Honey P. (2001), « Learning: A Performance Appraisal and Some Suggestions for Improvement », *The Learning Organization*, Vol. 8, No. 5, p. 200-202
27. Kalika M, (2000) in Boujard C OpCit.
28. Kerka S, in Pituch K A. and Lee Y. K., 2004, “The Influence of System Characteristics on E-Learning Use”, *Computers & Education*.
29. Lance D. in Gunasekaran R. & al., Op cit
30. Langan T. in Lawley M., Summers J., Op cit
31. Lawley M. & Summers J. (2001), « Internet Delivery of Education : Who is the Driving Force ? », *Asia Pacific Advances in Consumer Research*, Vol. 4, p. 263-268.
32. Little B. (2001), « Achieving High Performance through E-Learning », *Industrial & Commercial Training*, Vol. 33, No. 6/7, p. 203 –207.
33. Mackay S & Stockport G J. (2006), “Blended Learning, Classroom and E-Learning”, *The business Review*, September, Vol 5, Iss 1, pp 82-89.
34. Machin M A & Fogarty G J. (1997), “The Effects of Self-Efficacy, Motivation to Transfer, and Situational Constraints on Transfer Intentions and Transfer of Training, *Performance Improvement Quarterly*, Vol 10, Iss 2, pp 98-115.
35. Maurer T L and Tarulli B A. (1994), “Investigation of Perceived Environment, Perceived Outcome, and Person Variables in Relationship to Voluntary Development Activity by Employees”, *Journal of Applied Psychology*, Vol 79, Iss 1, pp 3-14.
36. Miller H, (1967) in Wang G and Wang J, OpCit
37. Moon and Kim in Ong, Lay and Wang, OpCit
38. Neville K, Heavin C and Walsh E. (2005), “A Case in Customizing E-Learning”, Vol 20, Iss 2, p 117.
39. Nizar M. T. (2004), « E-learning in Public Organizations », *Public Personal Management*, Vol. 33, No. 1, p. 79.
40. Noe R A and Wilk S L. (1993), “Investigation of the Factors that Influence Employees’Participation in Development Activities”, *Journal of Applied Psychology*, Vol 78, Iss 2, pp 291-302.

41. Ong C S and La J Y. (2004), "Gender Differences in Perceptions and Relationships among Dominants of E-Learning Acceptance", *Computers in Human Behavior*, No 50, Lane 144, Sec 4
42. Ong C S, Lai J Y and Wang Y S. (2003), "Factors Affecting Engineers' Acceptance of Asynchronous E-Learning Systems in High-tech Companies", *Information & Management*, Vol 41, Iss 6, pp 795-804.
43. Ottewill R. & Wall A. (2002), « Business Ethics and E-learning: A Contradiction in Terms? », *Teaching Business Ethics*, Vol. 6, No. 3, p. 319.
44. Pantazis C. (2002), « Maximizing E-Learning to Train the 21st Century Workforce », *Public Personnel Management*, Vol. 31, No. 1, p. 21-26.
45. Parasuraman, A., Zeithaml, V. A., & Berry, L. L. (1985), "A conceptual model of service quality and its implications for future research". *Journal of Marketing*, 49, 41–50.
46. Pituch K A. and Lee Y. K., (2004), OpCit
47. Reigeluth C M, 1983 in Wang G and Wang J. (2004) OpCit
48. Rosenberg M J. (2001), in Sitzmann T, Stewart D and Wischer R, "The Comparative Effectiveness of Web-Based and Classroom Instruction: A Meta – Analysis", Vol 59, Iss 3, pp 623-645.
49. Rossett A in Mackay and Stockport OpCit
50. Rubenson in Wang and Wang, 2004 OpCit
51. Russel D., Calvey D. & Banks M. (2003), « Creating New Learning Communities: Towards Effective E-Learning Production », *Journal of Workplace Learning*, Vol. 15, No. 1, p. 34,
52. Sbarcea K. in Fry K., Op cit
53. Stoyanov S. & Kirschner P. (2004), « Expert Concept Mapping Method for Defining the Characteristics of Adaptive E-Learning : ALFANET Project Case », *Educational Technology, Research and Development*, Vol 52, No 2, p. 41-57
54. Thornbory G. (2003), « E-Learning : The Revolution », *Occupational Health*, Vol. 55, No. 2, p. 23-25.
55. Uys P M. in Uys P, Kiravu and Mothibi J. (2004), "Implementing the LASO Model: Development of a Pilot Online Course at the Faculty of Engineering and Technology, University of Botswana", *Wide Information Systems*, Vol 21, Iss 3, p125
56. Venkatesh, V., and Davis, F. D. (1996), "A Model of the Antecedents of Perceived ease of Use: Development and Test". *Decision Sciences*, Vol 27, Iss 3, pp 451-481.
57. Venkatesh, V. (2000), "Determinants of Perceived ease of Use: Integrating Control, Intrinsic Motivation, and Emotion into the Technology Acceptance Model". *Information Systems Research*, Vol 11, Iss 4, pp 343-365.
58. Walker R. & Jeurissen R. (2003), « E-Based Solutions to Support Intercultural Business Ethics Instruction : An Exploratory Approach in Course Design and Delivery », *Journal of Business Ethics*, Vol. 48, No. 1, p. 113.
59. Wang F. K. (2002), « Designing a Case-Based E-Learning System: What, How and Why », *Journal of Workplace Learning*, Vol. 14, No. 1/2, p. 29-42.
60. Wang, Wang, Fang and Tuzlocova in Wang G and Wang J 2004 OpCit
61. Wild H., Griggs K. A.& Dawning T. (2002), « A Framework for E-Learning as a Tool for Knowledge Management », *Management Data Systems*, Vol. 102, No. 7, p. 371–380.
62. Yang B, (2004), "A Holistic Theory of Theory of Knowledge and Adult Education. *Human Resource Development Review*, Vol 2, pp 107-129.
63. Zhang D. & Nunamaker J. F. (2003), « Powering E-Learning in the New Millennium: An Overview of E-Learning and Enabling Technology », *Information Systems Frontiers*, Vol. 5, No. 2, p. 207.
64. Zhang D. & Zhou L. (2003), « Enhancing E-Learning with Interactive Multimedia », *Information Resources Management Journal*, Vol. 16, No 4, p. 1-13.

TRANSVERSAL REORGANIZATION ANALYSIS OF SMALL AND MIDSIZED ENTERPRISES OF ROMANIA

SORINEL CĂPUȘNEANU*
CRISTIAN-MARIAN BARBU**

Abstract

This article axes on reorganization analysis of small and mid-sized enterprises of Romania starting from general principles identified by the specialists. Orientation of these principles is leading finally to transformation of vertical organization to a transversal organization way as Activity-Based Costing method (ABC). The stages that are passing through in the case of transversal organization of small and mid-sized enterprises from our country are evidenced and presented both theoretically and from a graphical representation point of view. The article ends with authors' conclusions regarding the process of transversal reorganization of small and mid-sized enterprises, the authors pleading for using of this structural organization that is very profitable in actual Romanian conjuncture.

Keywords: transversal organization, small and mid-sized enterprises, principles, operation, performance.

Introduction

This article discuss the problem of reorganization of small and mid-sized enterprises in Romania, focusing on analysis of their cross reorganization. The purpose of this review is to highlight the benefits of transversal reorganization of small and medium enterprises in Romania. Starting from the principles of reorganization of enterprises and their analysis, the authors have tried to answer the following questions: Is possible a reorganization of small and mid-sized enterprises in Romania? This reorganization may be a bid to obtain superior performance by small and mid-sized enterprises? Is there any way to obtain long term performance? What would be the steps to take for transversal organization of small and mid-sized enterprises in Romania? What about the benefits of transversal organization?

In the specialized literature, most specialists have identified as an appropriate method of achieving superior performance, the activity-based cost calculation method (ABC). According to this, it is necessary to have a transversal organization of small and mid-sized enterprises in order to obtain long-term superior performance. We prove this by developing stages and their completion. Following the studies conducted and published in prestigious journals in the country, based on cross-business organization, the author's intention is to demonstrate the possibility of adapting the ABC method and the specific steps for small and mid-sized enterprises in our country, given some advantages on long term.

1. Principles of reorganization of small and mid-sized enterprises

By their nature, small and mid-sized enterprises are part of a complex system that is focused on systemic principles. In its approach to the reorganization, in accordance with systemic principles, within small and mid-sized enterprises in Romania it will be highlighted several aspects and several levels. To capture reality in small and mid-sized enterprises, the reorganization approach can evolve only as a process and therefore can operate. To achieve the reorganization of small and mid-sized enterprises in Romania, the literature identified the following principles that are the base of this process, namely:

* Associated Professor Ph.D, Artifex University, (e-mail: sorinelcapusneanu@gmail.com)

** Artifex University, barbu_cristianmarian@yahoo.com

A. The principle of interactivity and imprescriptivity of reorganization

Reorganization is a process that takes certain behavior. The reorganization of small and midsized enterprises is not just a set of procedures independently, but rather it evolves over time depending on the context. On the one hand, during the reorganization, the process itself becomes interactive and reacts; it becomes dynamic and follows a specific behavior. Furthermore, the reorganization is not prescriptive. This principle acts on the selection and organization of the objective part to be achieved in the reorganization of small and midsized enterprises, in order to achieve this dividing a given process in several under processes or stages.

B. The principle of cyclical

Reorganization of small and midsized enterprises is based on life cycle spiral. This approach responds to a global cycle (observation-analysis-decision-reorganization-implement-ation) repeated and found in the origins of Deming's rule. It follows a cyclical (or worm) approach, in contrast to previous methods such as linear organization. Phase analysis refers to the modeling of existing and reorganization phase just as with the conceptual development of the new organization.

C. The principle of organization on levels

Reorganization of small and midsized enterprises may be done on levels. In order to rule the reorganization of a complex system approach, it is expected to achieve the levels of most stages. Following the complexity of organization system, the analysis and reorganization of small and medium enterprises are carried out by level of detail. Depending on the expected goal of the reorganization of small and midsized enterprises, studies can be defined as preliminary studies, detailed studies, etc. The level of detail is a constant level of abstraction that focuses on an angle given the complexity of the problem treated. For example, a computer system can occur:

- To the objects (data, documents, records etc.) changing the modules of data handling system, if we are interested in flow objects;
- To the entities and relationships describing the structure of objects, if we are interested in specifying the scheme, the concept of database information system;
- In the data structures and relational tables (derived from the conceptual scheme of the previous level), if placed in the application database design.

A level of the system is characterized in relation to the angle of the fineness of detail or description of the system and therefore the number of data considered for this system.

D. The principle of modeling

According to the specialists, the reorganization may answer at four key issues of small and midsized enterprises in Romania. In the specialized literature there are mentioned the following key aspects (fig. 1):

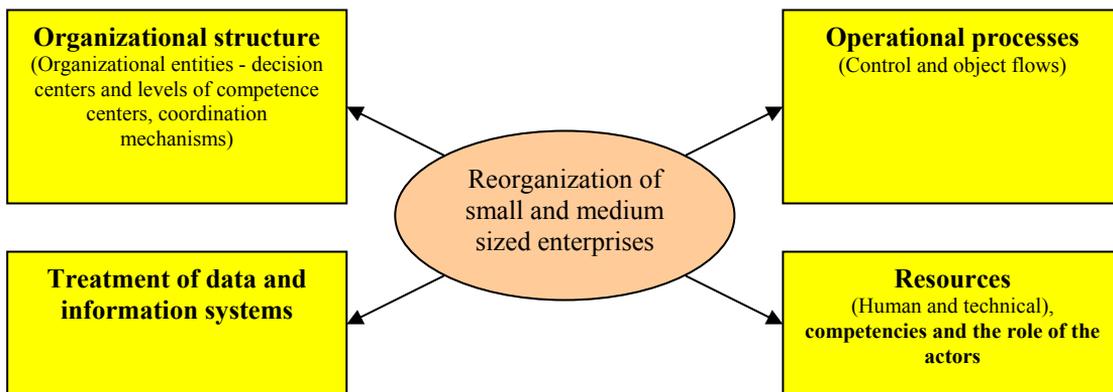


Fig. 1 Key issues of small and midsized enterprises in Romania

Defining the essential aspects to be taken into account in the field of study of small and medium enterprises, starting from the reorganization, is in fact the primary phase of the process itself. These issues identify fundamental levers of performance on which we decide to act. In the light of the four key aspects of small and mid-sized enterprises, the reorganization is not just an analysis phase. It covers all the processes of reorganization. It is important to identify all these issues to be solved, then to study the interactions and effects of changes, of some or others, along the entire process of reorganization.

E. The principle of performance operation

Reorganization is that "*axis mundi*" of performance of any enterprise and, accordingly of small and mid-sized enterprises. Performance indicators play crucial role in the "*trial*" of system state reorganization and operation of the process and, especially, to other systems of organization. The reorganization is "*centred*" on performance, meaning that the entire process must be aimed at improving performance, a key issue in defining objectives. More specifically, they are relative performance indicators reflecting the objectives of the reorganization meeting. In small and mid-sized enterprises, it helps to study the interactions of the aspects considered and the development of relations of cause and effect between inducers of these issues. In the reorganization, the notion of performance is integrated at all levels and is done in two ways: either, starting from the scoreboard and indicators at various levels of decision followed by the enterprise, either through joint use of those indicators, which shows the development of the process, for operation in a manner responsive to the unbundling.

F. The principle of participatory management

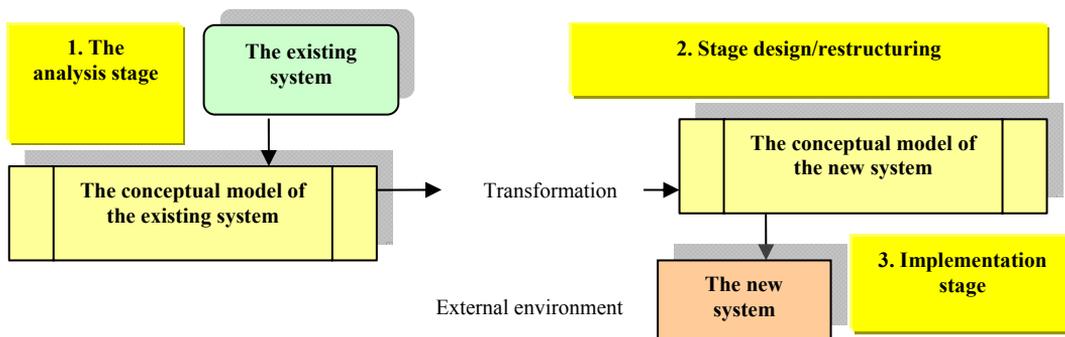
According to this principle reorganization process is managed in a participatory manner. In the case of the reorganization of small and medium enterprises, the whole process is very important, representative and must be followed as *a significant project*. The conduct must be the answer to project management logic. The entire reorganization must be considered and undertaken in a participatory manner, involving all employees as participants. The success of small and medium reorganization is assigned to all employees, participants in this process. In this way, it is proceed to the creation of a synthetic, directive and operational group, and an analysis group, which made the reorganization. This group includes users who participate in the reorganization of the company as consultants (either internal or external).

2. Reorganization steps for small and mid-sized enterprises

Based on the findings from the debate between principles of reorganization of small and medium enterprises, we propose that the entire process should be divided into three main stages, according to the diagram below (Fig. 2). Given the scale of the reorganization process, most specialists in Romania and worldwide recommends the use of three stages:

- The stage of analysis, which aims to reproduce a situation of links based on very specific situation. The aim is to question, to investigate the causes of failures and identify opportunities for improvement;
- The stage of design/restructuring, following important improvements to be made. It proposed a conceptual model of system reorganization within is presented a performance level better than the current system (previous);
- The implementation phase of the new system, the actual implementation of the reorganization in relation to possible adjustments, if targeted performance levels are not expected in the first action.

Fig. 2 Schedule of reorganization process of small and mid-sized enterprises in Romania, according to the division on stage



3. Reorganization of small and mid-sized enterprises - the stakes performance

In the last decade it has increased the offers of small and mid-sized enterprises, which led to a decrease in the default life cycle of products produced, work performed or services rendered by them. In these circumstances, a company must be able to meet increasingly diverse demands come from customers to obtain and manage enterprise-wide performance. The two aspects mentioned require a flexible organization and progress across the enterprise. To achieve performance, company management must consider two key issues, namely: *reducing life cycle products*, works executed or services *and broadening its product range offered to customers*, leading first to a flexible organization and development of enterprise and, secondly, increasing constraints on achieving superior results. In other words, redefine the organization of small and medium enterprises is the largest stake of its performance.

Activity-Based Costing Method introduces concepts of transversality, processes and responsibilities, providing the framework for adapting small and mid-sized enterprises to be a flexible organization. The concepts proposed by this method visualize contribution to achieving overall company performance. Based on information received from the competitive environment, small and mid-sized enterprises are constantly stimulated in meeting customer needs, anticipating the actions to be taken at short intervals. For small and mid-sized enterprises to become efficient, they will have to use reorganization of their organizational structure in two ways: either, opting for crosses organization or finding a way of transition between the existing system of organization and the proposed transversal organization by the ABC method (Activity-Based Costing).

4. Transversal organization of small and mid-sized enterprises

As it is known, ABC method is based on a detailed presentation of activities and within it, detailed operations. To obtain a transversal organization there will be undertaken mapping activities, not only of the content of actions, but also of the interactions between them. To describe these measures which are determined internally by the organization, cut across is a sense of purpose and cooperation. This provides a strong link between the strategic proposed objectives and achievement of them.

What do we want to achieve? Basically this question we need to think about objectives and activities that will achieve price. Why do we make? Small and mid-sized enterprises produce and sell, thus implementing the strategic objectives and meet customer requirements in daily activities. This double query and a corresponding downturn in the number of known activities which must take into account the analysis ABC/ABM in line with overall consistency.

To make cut across the small and medium sized business, you need to regroup a greater number of actions or operations, more or less important. What would be the levels that could identify a company? To answer this question we must take into account the selection criteria used by companies with different. In order to do a transversal organization of small and medium enterprises in our country, we have identified the following stages (fig. 3):

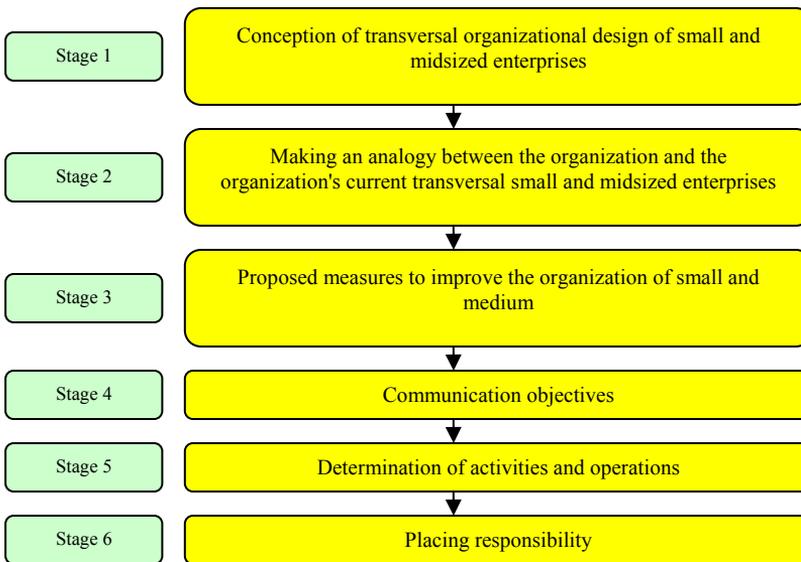


Fig. 3 Transversal organization stages of small and mid-sized enterprises

Stage 1. Conception of transversal organizational design of small and mid-sized enterprises

The purpose of this phase is the presentation of a cross organization that includes four main lines, centred as follows:

1. The actions to be taken refer to those operations in terms of time and skills levels.
2. Necessary media for implementing cross organization, detailing the departments concerned.
3. The possibilities of linking optimal processes and activities resulting from the completion of transversal organization of small and medium enterprises. Ideally, try to determine the processes and organization that allow the transformation for the corresponding specific activities for each strategic segment.

How transversal organizational architecture of an enterprise, regardless of its size describes the major strategic actions to establish processes, activities and operations. Here are described the actions of an operational and detailed manner, while regrouping operations activities and processes as a logical outcome of the client. Here are described the actions of an operational and detailed manner, while regrouping operations activities and processes as a logical outcome of the client. The organization identified the outcome of each activity or transversal operations, and thus can be assessed and interest posed by each activity for a client. Each objective is to produce a necessary result from a strategic viewpoint. Each operation belongs to an activity, a process and a family of processes. This linking facilitates the implementation of a system of flying across and replacement local actions in a logical outcome of the client. This describes the completion of an activity front. The organization defines an undertaking transversal quantitative need of staff for each activity or operation. They also provide a situation in qualitative terms, through the introduction of the concept of competence. The actor is described by actions and responsibilities assigned to the vertical (hierarchical organization) and transverse (organization of the process). Organization of transversal links highlights the company needed to implement activities and related operations. They describe the links where carrying out its responsibilities. The organization defines transversal enterprise, through the concepts of frequency and capacity when actions become feasible. It ensures that the company is able to produce what was led strategic plan, taking into account the resources available (people, machines, computer media etc.).

4. Development of the list of required resources of a process, according to transversal organization of small and mid-sized enterprises. This list permits the hourly equivalent resource

allocation, based on the budget situation. According to this list, allocations of resources based on standard time are made according to the volume lines of commands, references to articles or clients supply lines provided, which are key players for resource consumption activities. An example of skills (technical and managerial) the levels used or usable in small and medium enterprises in our country could look like:

Technical Skills	Level	Managerial skills
Making a single action	1	Implementation
Making a series of actions	2	Supervising a post
Implementation and coordination of a series of actions	3	Management of a team
Coordinating a series of actions in the medium term	4	Managing a profit center or responsibility
Coordinating a series of actions in the long term	5	Management center (units/Investment Center)

This presentation highlights the technical and managerial skills needed to exercise such operations. The data included in the list benchmark skills necessary to actually affected, the activities and operations. The objective is to identify optimum resources required and their distribution by more precisely. These cases can be linked both in terms of volume zone and in terms of nominations in charge.

Stage 2. Making an analogy between the transversal organization and the current organization of small and midsized enterprises

The purpose of this phase can be achieved through actions aimed at two directions, namely:

- Analysis of discrepancies that may exist between the actual situations found in practice and the situation of transversal organization of small and midsized enterprises;
- To identify the main axes of research of failures or underperforming clarifying directions for the organization to make decisions on the following directions: the nature of taken action, media implementation, chaining actions.

On this way, it can be determined the list of exceeding resources or deficiencies in the operation and the equivalent activity in hours. We can also determine the list of operations and activities of the responsible staff with technical competence and managerial levels of lower or higher level of competence required. For this stage we propose a new developed model of document containing all the questions necessary to conclude on issues that helps to facilitate understanding the transition from the current organization of the company (type hierarchical, horizontal) in the transverse type.

Explanations	Current organization	Transversal organization	Improvement actions
Activity: which?
Actors: who?
Geographical Location: where?
Frequency: when?
Value for customer or product: Why?
Operations included in this activity: how? why?
Resources consumed (costs): how much? How?

Stage 3. Proposal of measures to improve the organization of small and mid-sized enterprises

This stage aims to analyze the activity of enterprises in two aspects: the normal and the subtasks. To highlight the normal and to make the division of small and medium enterprises in processes and activities, we must find the answer to the following question: For what value expected by the customer we should organize our company?

Viewed in terms of organization, all improvements must correspond to visible results in terms of client, so the firm will be able to communicate with it. Given the value expected by customers, we propose the classification of activities of the company into two broad categories:

1. Activities (and operations) at normal value for the customer.
2. Activities (and operations) without the normal value, which are hidden from the eyes of the customer.

The activities of the enterprise grouped under the two characteristics allow the orientation of the action, thus:

- Activities and operations to normal value that can be performed much better than the competition. The company must invest in these areas and communicate for them to obtain a maximum value.

- Activities and operations supporting the normal value which should be preserved and have optimized cost and efficiency, but the manner in which they are exercised are not interesting for the customer.

- Activities and operations without the normal value, which are small and wanted to be removed. The resources allocated to these activities can be relocated for activities with normal value.

The second aspect of under activity is particularly sensitive, given the fact that some normal activities should be eliminated. After consideration of value activities designed for customer, analysis of the activities permits to identify non-value activities that can be removed. The cost of disposal of an activity is calculated using the ABC approach. The entire flow of actions to be undertaken by the enterprise, taking account of the structure of the activities, can be presented as follows:

Type of activity	Level of activity	
	Normal	Under-activity
	Actions taken	Actions taken
1. Activity at normal value	Performing of investments; Costs and efficiency optimization	Analysis activities can be disposed; Calculating the disposing costs of activities
2. Activity without the normal value	Activities disposal	Activities disposal

Stage 4. Communication of the objectives

This phase aims to locate the manner of transversal organization of small and mid-sized enterprises in relation to performance, under three aspects:

1. The evolution of the economic environment. There are taken into consideration the following:

- Study environmental consequences of economic and environmental development of the company on its organization;

- Detailing the objectives of the reorganization of the company and demonstrate how these objects become a decisive stake performance.

2. Defining ways of possible organization. There are taken into consideration the following:

- Detailing various facets of defining how is the organization of the company (hierarchical, matrix, cross, etc.);

- The return to the fore of the dynamic aspect and of the appreciation of the organization of the company on responsibilities.

3. Establishment of operational service, called performance. Among its objectives can remember:

- Identify the basic elements that make up performance;
- Detailing the links between the organization and performance of the company;
- Demonstrate the need for a transversal view of the business to meet customer expectations;
- Demonstrate how transversal organization can become an important issue of performance;
- Determining performance through calculated indicators.

Stage 5. Determination of activities and operations

If a company is involved in several strategic segments, in compiling the list of processes it should take into account, on the one hand, the functions of a strategic segment and secondly, the joint of all strategic segments. This is where key success factors¹ interfere whose role is particularly important. It is made up a list that can be amplified by a presentation of specific operations activities, each of the activities and operations receiving a corresponding symbol figure. Improving transversal organization of small and mid-sized enterprises using the method ABM (Activity-Based Management) leads to sequence analysis and their actions, they require, therefore, a more elaborated description of the activities.

Stage 6. Placing responsibilities

After transverse cut was made of small and medium enterprises, they need to place staff in this new type of organization because this is the resources that underlie any action. Of course, all employees of the company will be positioned in the vertical normal plane (depend on hierarchical lines!), but above all, they take account of their role within each activity. Before proceeding to placing responsibilities for people, we must know what the actors (employees) are and what the bases of their qualification are. Employees are persons or group of individuals homogeneous in terms of their role and skills, technical and managerial. The main items according of which we can identify and classify employees are:

- Size - indicates the number of employees involved in each activity;
- Name - the employee is identified by its name;
- Function-the purpose of qualification of employees in accordance with its competence and responsibility;
- Level of performance-the employee is assigned a technical competence and managerial competence.

It is very important to identify resources, meaning employees, on the operations and activities, allowing us to know what resources are consumed by activities in the process. This type of document allows us to measure the level of resources allocated in relation to the volume of activities and operations conducted.

Conclusions

In conclusion, the proposed approach allows analysis finished in the major challenges of small and mid-sized enterprises. It is perfectly possible to carry out these steps as a whole or only a certain portion of the activities and processes for small and mid-sized enterprises. It all depends on priorities and application environments which have been established. This approach can also be gradually phased, enterprise encompassing all consecutive stages. The basic idea remains, however, present throughout the process of re-organization: to obtain the necessary arrangements

¹ Key success factors for a strategic segment for determining the skills required for their implementation, thereby facilitating the definition of the list of processes and functions of a strategic segment.

for making changes in order to better allocation of available resources. There is then a process of optimization of resources guided by strategic options. Solution to improve the performance of small and midsized enterprises is available to managers.

Based on the analysis in this article, we propose vertical reorganization of small and midsized enterprises in Romania. Proposed version may be the ideal solution which will contribute to the structural arrangement of small and midsized enterprises, being more flexible than currently existing version. In the future we will return with further studies in practical terms meant to adapt the method ABC (Activity-Based Costing) to specific small and midsized enterprises in Romania. We also offer cross-media process of reorganization of small and medium enterprises in our country by organizing conferences, roundtables, studies and promoting online.

References

1. Căpușneanu S., *Elements of cost management*, Economic Publishing House, Bucharest, 2009.
2. Căpușneanu S., *Management accounting. Application and test-scale studies*, Economic Publishing House, Bucharest, 2006.
3. Ebbeken K., Possler L., Ristea M., *Calculation and cost management*, Teora Publishing House, Bucharest, 2000.
4. Hicks D.T., *Activity-Based Costing. Making it work for small and mid-sized companies*, Second Edition, USA, 1999.
5. Ravnignon L., Bescos P.L., Joalland M., Bourgeois S.Le, Maléjac A., *Méthode ABC/ABM*, Ed. d'Organisation, Paris, 2003.

ANALIZA REORGANIZĂRII TRANSVERSALE A ÎNTEPRINDERILOR MICI ȘI MIJLOCII DIN ROMÂNIA

SORINEL CĂPUȘNEANU*
CRISTIAN-MARIAN BARBU**

Rezumat

Acest articol se axează pe analiza reorganizării întreprinderilor mici și mijlocii din România plecând de la principiile generale identificate de către specialiști. Orientarea acestor principii conduce în ultimă instanță la transformarea modului de organizare vertical la unul de tip transversal, așa cum este cel specific metodei de calculația costurilor pe activități (ABC). Etapele ce se parcurg în cazul organizării transversale a întreprinderilor mici și mijlocii din țara noastră sunt evidențiate și prezentate atât din punct de vedere teoretic cât și din punct de vedere al reprezentărilor grafice. Articolul se încheie cu concluziile autorilor referitoare la procesul de reorganizare transversală a întreprinderilor mici și mijlocii, autorii pledând pentru utilizarea acestui tip de organizare structurală care este foarte benefic în conjunctura actuală din România.

Cuvinte cheie: organizare transversală, întreprinderi mici și mijlocii, principii, pilotaj, performanță.

Introducere

Articolul se referă la problema reorganizării întreprinderilor mici și mijlocii din România, punând accentul pe analiza reorganizării transversale a acestora. Scopul acestei analize constă în evidențierea avantajelor reorganizării transversale a întreprinderilor mici și mijlocii din România. Plecând de la principiile de reorganizare ale întreprinderilor și o analiză a acestora, autorii și-au propus să răspundă următoarelor întrebări: *Este posibilă o reorganizare a întreprinderilor mici și mijlocii din România? Această reorganizare poate constitui miza obținerii de performanțe superioare de către întreprinderile mici și mijlocii? Există vreo metodă care ar permite obținerea unor performanțe pe termen lung? Care ar fi etapele ce se vor parcurge în cazul organizării transversale a întreprinderilor mici și mijlocii din România? Dar avantajele organizării transversale?*

În literatura de specialitate, majoritatea specialiștilor au identificat ca metodă adecvată de obținere a performanțelor superioare, metoda calculației costurilor pe activități (ABC). Potrivit specificului acesteia este nevoie de o organizare transversală a întreprinderilor mici și mijlocii pentru a putea obține performanțe superioare pe termen lung. Vom demonstra acest lucru prin elaborarea unor etape și parcurgerea acestora. În urma unor studii efectuate și publicate în reviste de prestigiu din țară, bazate pe organizarea transversală a întreprinderilor, intenția autorilor este de a demonstra posibilitatea adaptării etapelor specifice metodei ABC și în cazul întreprinderilor mici și mijlocii din țara noastră, având în vedere unele avantaje pe termen lung.

1. Principiile reorganizării întreprinderilor mici și mijlocii

Prin natura lor, întreprinderile mici și mijlocii fac parte dintr-un sistem complex care este axat pe principiile sistemice. În demersul său asupra reorganizării, în conformitate cu principiile

* Conf.univ.dr, Artifex University, (e-mail: sorinelcapusneanu@gmail.com)

** Artifex University, (e-mail: barbu_cristianmarian@yahoo.com)

sistemică, în cadrul întreprinderilor mici și mijlocii din România vor fi subliniate mai multe aspecte și mai multe niveluri. Pentru a surprinde realitatea în cadrul întreprinderilor mici și mijlocii, demersul de reorganizare nu poate evolua decât sub forma unui proces și, în consecință, se poate pilota. Pentru a realiza reorganizarea întreprinderilor mici și mijlocii din România, în literatura de specialitate au fost identificate următoarele principii care stau la baza acestui proces, și anume:

A. Principiul interactivității și imprescriptibilității reorganizării

Reorganizarea este un proces ce ține de un anumit comportament. Demersul de reorganizare al întreprinderilor mici și mijlocii nu reprezintă doar un ansamblu de proceduri de sine-stătător, ci dimpotrivă, acesta evoluează în timp, în funcție de context. Pe de o parte, în cadrul demersului de reorganizare, procesul în sine devine interactiv și reacționează, devenind dinamic și urmând un comportament specific. Pe de altă parte, reorganizarea nu este prescriptivă. Acest principiu acționează asupra selecționării și organizării părții obiective ce urmează a fi atinsă în reorganizarea întreprinderilor din mici și mijlocii procedând în acest sens la divizarea unui anumit proces în mai multe subprocese sau etape.

B. Principiul ciclicității

Reorganizarea întreprinderilor mici și mijlocii se bazează pe ciclul de viață în spirală. Demersul răspunde unui ciclu global (constatare–analiză–decizie–reorganizare–aplicare) care se repetă și care se găsește la originile regulii lui Deming. El urmează o natură ciclică (sau elicoidală) a demersului, în opoziție cu metodele de organizare precedente de natură liniară. Faza analizei se referă la modelarea existentului și a fazei de reorganizare exact ca și în cazul elaborării conceptuale a noii organizări.

C. Principiul organizării nivelare

Reorganizarea întreprinderilor mici și mijlocii se poate efectua pe niveluri. În scopul stăpânirii reorganizării unui sistem complex, se preconizează realizarea majorității etapelor demersului pe niveluri. Urmând complexitatea sistemului de organizare, analiza și reorganizarea întreprinderilor mici și mijlocii se realizează pe nivele de detaliu. În funcție de obiectivul așteptat al reorganizării întreprinderilor mici și mijlocii, studiile pot fi definite drept studii preliminare, studii detaliate, etc. Nivelul de detaliu este un nivel de abstracție permanentă care se focalizează la un unghi dat de complexitatea problemei tratate. De exemplu, pentru un sistem informatic se poate interveni:

- la nivelul obiectelor (date, documente, fișe, etc.) schimbarea între modulele de tratare a datelor sistemului, dacă ne interesează fluxul obiectelor;
- la nivelul entităților și relațiilor care descriu structura obiectelor, dacă ne interesează în specificarea schemei, a conceptului de bază de date a sistemului informatic;
- la nivelul structurilor de date și a tabelor relaționale (derivate din schema conceptuală a nivelului precedent), dacă se plasează la nivelul aplicării concepției de bază de date.

Un nivel al sistemului se caracterizează în raport cu unghiul de detaliu sau de finețea de descriere a sistemului și, în consecință, de numărul de informații luate în considerare pentru acest sistem.

D. Principiul modelării

Potrivit specialiștilor, reorganizarea răspunde la patru aspecte esențiale ale întreprinderilor mici și mijlocii din România. În literatura de specialitate se menționează următoarele aspecte esențiale (fig. 1):

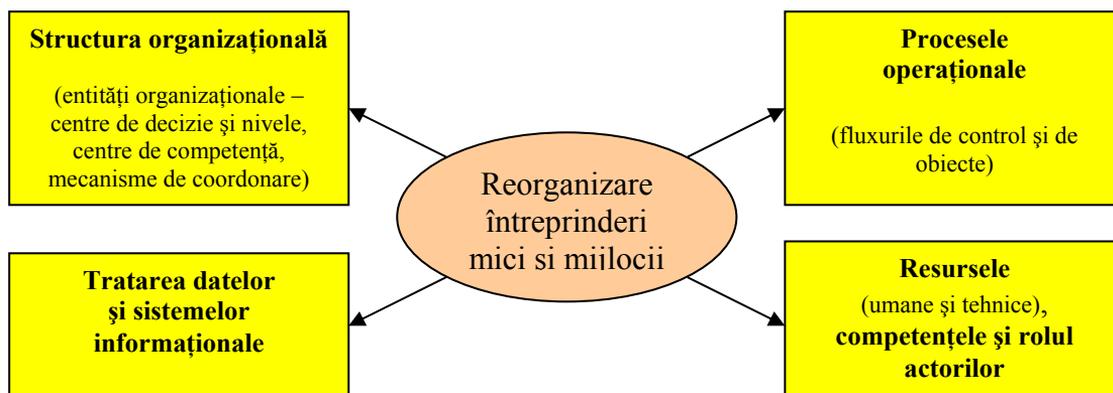


Fig. 1. Aspectele esențiale ale întreprinderilor mici și mijlocii din România

Definirea aspectelor esențiale de care se ține cont în cadrul domeniului de studiu al întreprinderilor mici și mijlocii, plecând de la reorganizarea acestora, reprezintă de fapt faza primordială a procesului în sine. Aceste aspecte identifică pârgghiile esențiale ale performanței în baza cărora vom decide să acționăm. Ținând cont de cele patru aspecte esențiale ale întreprinderilor mici și mijlocii, reorganizarea nu mai este proprie etapei de analiză. Ea se referă la toate procesele de reorganizare. Ea acționează în efectuarea identificării tuturor acestor aspecte pentru a le trata, apoi să le studieze interacțiunile și repercusiunile schimbărilor, unora sau altora, de-a lungul întregului proces de reorganizare.

E. Principiul pilotării performante

Reorganizarea reprezintă acea „*axis mundi*” a performanțelor oricărei întreprinderi și în consecință și a întreprinderilor mici și mijlocii. Indicatorii de performanță joacă rolul esențial în „*judecarea*” stării sistemului de reorganizare și pilotare a procesului și cu atât mai mult, a celorlalte sisteme de organizare. Reorganizarea este „*centrată*” asupra performanței, în sensul că întregul proces trebuie să fie orientat spre îmbunătățirea performanțelor, un aspect esențial în cadrul definirii obiectivelor. Mai clar, aceștia sunt indicatorii care exprimă performanța relativă a satisfacerii obiectivelor reorganizării. În cadrul întreprinderilor mici și mijlocii, ei ajută la studierea interacțiunilor dintre aspectele luate în considerare și dezvoltarea relațiilor de cauză-efect între inductorii acestor aspecte.

În cadrul reorganizării, noțiunea de performanță este integrată la toate nivelurile și se realizează în două moduri: fie, plecând de la aplicarea indicatorilor și a tabloului de bord la diverse niveluri de decizie urmărite de întreprindere, fie, prin utilizarea conjugată a indicatorilor respectivi, care, rezultă pentru controlul evoluției procesului și a proceselor, pentru pilotarea de o manieră reactivă a procesului de reorganizare.

F. Principiul gestiunii participative

Potrivit acestui principiu procesul de reorganizare se administrează de o manieră participativă. În cazul reorganizării întreprinderilor mici și mijlocii, întregul proces este definitiv, reprezentativ și trebuie urmat ca un *proiect semnificativ*. Conduita sa trebuie să răspundă unei logici a gestiunii de proiect. Întreaga reorganizare trebuie gândită și realizată într-o manieră participativă, implicând totalitatea salariaților în calitate de participanți. Succesul reorganizării întreprinderilor mici și mijlocii este atribuit tuturor salariaților, participanților la acest proces. În acest sens, se procedează la înființarea unui grup de sinteză care comanditează și pilotează proiectul, și a unui grup de analiză, care realizează reorganizarea. Acest grup cuprinde și utilizatori care participă la reorganizare în calitate de consultanți ai întreprinderii (fie din interior, fie din exterior).

2. Etapele reorganizării întreprinderilor mici și mijlocii

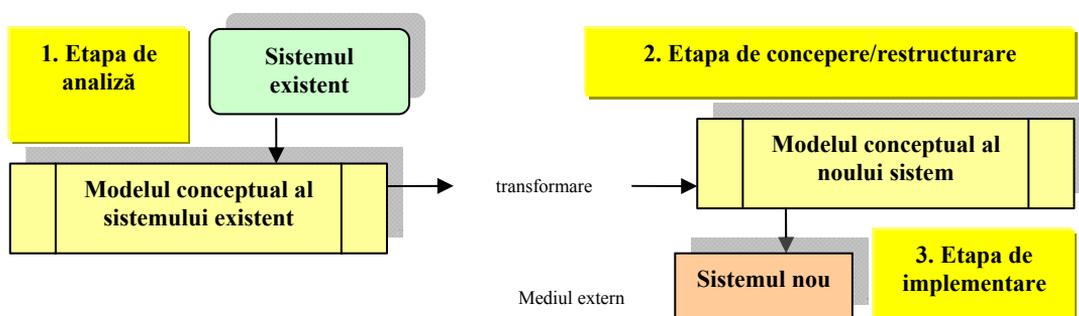
Pe baza celor constatate în urma dezbaterii principiilor de reorganizare ale întreprinderilor mici și mijlocii, propunem ca întregul proces să fie divizat în trei mari etape, conform schemei prezentate mai jos (fig. 2). Datorită amplitudinii procesului de reorganizare majoritatea specialiștilor din România și de pe plan mondial recomandă utilizarea celor trei etape:

-etapa de analiză ce vizează reproducerea unei situații de legături foarte precise care au la bază situația existentă. Scopul este, de a pune problema, de a cerceta cauzele disfuncționalităților și de a identifica oportunitățile de ameliorare;

- etapa de concepere/restructurare urmează amplexarea ameliorărilor de efectuat. Este propus un model conceptual al sistemului de reorganizare, în cadrul căruia se prezintă un nivel de performanță mai bun decât cel al sistemului actual (precedent);

- etapa de implementare a noului sistem, de realizare propriu-zisă a reorganizării în raport cu ajustările eventuale, dacă nivelurile de performanță vizate nu mai sunt așteptate din prima acțiune.

Fig. 2. Schema procesului de reorganizare a întreprinderilor mici și mijlocii din România conform divizării pe etape



3. Reorganizarea întreprinderilor mici și mijlocii - miza performanțelor

În ultimul deceniu s-a înregistrat o creștere a ofertelor lansate de către întreprinderile mici și mijlocii, fapt ce a condus implicit la o diminuare a ciclului de viață al produselor fabricate, lucrărilor executate sau serviciilor prestate de către acestea. În aceste condiții, o întreprindere trebuie să aibă capacitatea de a face față cererilor din ce în ce mai variate venite din partea clienților și de a reuși să obțină și performanțe la nivel de întreprindere. Cele două aspecte menționate impun o organizare flexibilă și evolutivă la nivel de întreprindere. În vederea atingerii performanței, managementul întreprinderii trebuie să ia în considerare două aspecte esențiale, și anume: *diminuarea ciclului de viață* al produselor, lucrărilor executate sau serviciilor prestate și *lărgirea gamei sortimentale oferită clienților* care conduc, pe de o parte, la o organizare flexibilă și evolutivă a întreprinderii iar, pe de altă parte, măresc constrângerile în privința obținerii unor rezultate superioare. Cu alte cuvinte, redefinirea modului de organizare a întreprinderilor mici și mijlocii devine miza cea mai importantă a performanței acesteia.

Metoda Activity-Based Costing introduce conceptele de transversalitate, procese și responsabilități, furnizând astfel cadrul necesar pentru adaptarea întreprinderilor mici și mijlocii la un mod de organizare flexibil. Noțiunile propuse de această metodă permit vizualizarea contribuției la obținerea performanței globale a întreprinderii. Bazându-se pe informațiile primite din mediul concurențial, întreprinderile mici și mijlocii sunt stimulate constant în satisfacerea nevoilor clienților, anticipând acțiunile ce urmează a fi luate, la intervale scurte de timp. Pentru ca întreprinderile mici și mijlocii să devină performante, acestea vor trebui să recurgă la reorganizarea structurii lor organizatorice în două modalități: fie, optează pentru organizarea

transversală, fie, găsește o modalitate de tranziție între sistemul de organizare existent și cel transversal propus de metoda ABC (Activity-Based Costing).

4. Organizarea transversală a întreprinderilor mici și mijlocii

După cum se știe, metoda ABC se bazează pe o detaliere a activităților, iar în cadrul acestora, o detaliere pe operații. Pentru a obține organizarea transversală se va proceda la cartografierea activităților, nu numai a conținutului acțiunilor, dar și a interacțiunilor dintre ele. Pentru a descrie obiectul acțiunilor care sunt determinate la nivel intern de organizare, decupajul transversal urmează o logică a finalității și cooperării. Astfel se realizează o legătură puternică între obiectivele strategice propuse și îndeplinirea acestora.

Ce ne propunem să realizăm? Practic la această întrebare trebuie să ne gândim la *obiectivele propuse* și la *prețul activităților ce se vor realiza*. De ce le realizăm? Întreprinderile mici și mijlocii produc și vând, punând astfel în aplicare *obiectivele strategice* și de *satisfacere a cerințelor clienților* în cadrul acțiunilor zilnice. Această dublă interogare corespunde și unei tendințe de reducere a numărului activităților cunoscute de care trebuie să țină cont în analizele ABC/ABM, în concordanță cu o coerență de ansamblu.

Pentru a efectua decupajul transversal al întreprinderilor mici și mijlocii, în activități, este necesar să regrupăm un număr mai mare de acțiuni sau de operații, mai mult sau mai puțin importante. Care ar fi nivelurile care s-ar putea identifica într-o întreprindere? Pentru a răspunde la această întrebare trebuie să ținem cont de anumite criterii de selecție utilizate de întreprinderile cu specific diferit. Pentru a realiza o organizare transversală a întreprinderilor mici și mijlocii din țara noastră, noi am identificat următoarele etape (fig. 3.):

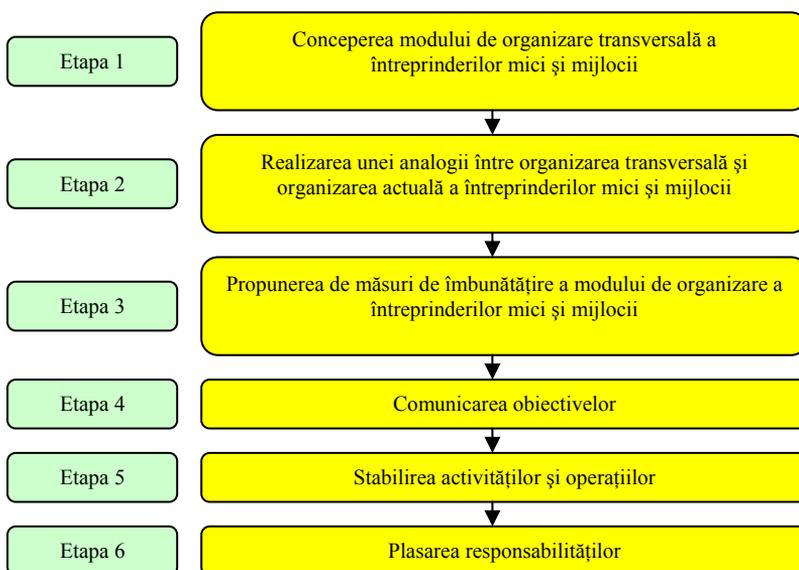


Fig. 3. Etapele organizării transversale a întreprinderilor mici și mijlocii

Etapa 1. Conceperea modului de organizare transversală a întreprinderilor mici și mijlocii

Obiectivul acestei etape îl constituie prezentarea formării unei organizări transversale ce include patru direcții principale, centrate astfel:

1. Acțiunile ce urmează a fi realizate se referă la acele operații exprimate în termeni de timp și de niveluri de competență.

2. Mediile necesare aplicării organizării transversale, cu detaliere asupra compartimentelor vizate.

3. Posibilitățile de înlănțuire optimă a proceselor și activităților ce rezultă în urma realizării organizării transversale a întreprinderilor mici și mijlocii. În mod ideal, se încearcă determinarea acelei organizări în care procesele și activitățile permit adaptarea corespunzătoare specificului fiecărui segment strategic.

Arhitectura modului de organizare transversală a unei întreprinderi, indiferent de mărimea acesteia, descrie acțiunile strategice cele mai importante pentru stabilirea proceselor, activităților și operațiilor. Aici se descriu acțiunile de o manieră operațională și detaliată, în timp ce, activitățile și procesele regroupează operațiile după o logică a rezultatului pe client. Organizarea transversală identifică rezultatul fiecărei activități sau operații și, astfel, se poate evalua și interesul pe care îl prezintă fiecare activitate pentru un client. Obiectivul fiecăreia este de a produce un rezultat necesar din punct de vedere strategic. Fiecare operație aparține unei activități, unui proces și unei familii de procese. Această înlănțuire facilitează punerea în practică a unui sistem de pilotaj transversal și reînlocuirea acțiunilor locale într-o logică a rezultatului pe client. Acest lucru descrie fațada realizării unei activități. Organizarea transversală a unei întreprinderi definește nevoile cantitative de personal pentru fiecare activitate sau operație. Ele furnizează totodată o situație în termeni calitativi, grație introducerii noțiunii de competență. Actorul este descris prin acțiunile trasate și responsabilitățile sale în plan vertical (*organizarea ierarhică*) și transversal (*organizarea pe procese*). Organizarea transversală a întreprinderii pune în evidență legăturile necesare pentru realizarea activităților și operațiilor aferente. Ele descriu legăturile unde se exercită responsabilitățile. Organizarea transversală a întreprinderii definește, grație noțiunilor de frecvență și de capacitate, momentul când acțiunile pot deveni realizabile. Se asigură că întreprinderea este în măsură să producă ceea ce a fost determinat pe plan strategic, ținând cont de resursele de care dispune (oameni, mașini, medii informatice etc.).

4. Elaborarea listei resurselor necesare unui proces, conform organizării transversale a întreprinderilor mici și mijlocii. Această listă permite alocarea resurselor echivalente în volum orar, având la bază situația bugetelor. Conform acestei liste, alocările de resurse pe baza timpilor standard sunt realizate în funcție de volumul liniilor de comenzi, a referințelor pe articole sau clienți și a liniilor de livrare prevăzute, care constituie factorii principali ai consumului de resurse ale activităților. Un exemplu de competențe (tehnice și manageriale) pe niveluri utilizate sau utilizabile în cadrul întreprinderilor mici și mijlocii din țara noastră ar putea arăta astfel:

Competențe tehnice	Nivel	Competențe manageriale
Realizarea unei acțiuni unice	1	Punerea în aplicare
Realizarea unui ansamblu de acțiuni	2	Supervizarea unui post
Realizarea și coordonarea unui ansamblu de acțiuni	3	Conducerea unei echipe
Coordonarea unui ansamblu de acțiuni pe termen mediu	4	Conducerea unui centru de profit sau responsabilitate
Coordonarea unui ansamblu de acțiuni pe termen lung	5	Conducerea unui centru (unități/centru de investiții)

Această prezentare pune în evidență nivelul competențelor tehnice și manageriale necesare pentru exercitarea acestor operații. Datele înscrise în listă permit compararea competențelor necesare cu cele afectate în realitate, pe activități și operații. Obiectivul constă în identificarea resurselor optime necesare și repartizarea lor de o manieră cât mai precisă. Aceste situații pot fi corelate atât din punct de vedere al volumului orar, cât și din punct de vedere al nominalizărilor pe responsabili.

Etapa 2. Realizarea unei analogii între organizarea transversală și organizarea actuală a întreprinderilor mici și mijlocii

Obiectivul acestei etape poate fi realizat prin acțiuni ce vizează două direcții, și anume:

- analiza abaterilor care ar putea exista între situația reală constatată în practică și situația organizării transversale a întreprinderilor mici și mijlocii;

- identificarea principalelor axe de cercetare a disfuncționalităților sau de neperformanță care clarifică luarea deciziilor unei organizări pe următoarele direcții: natura însăși a acțiunii realizate, mediile de punere în aplicare, înlănțuirea acțiunilor.

În acest fel se poate stabili lista resurselor excedentare sau a insuficiențelor pe operație și pe activitate echivalente în ore. De asemenea, putem stabili lista operațiilor și activităților exercitate de către personalul responsabil având niveluri de competență tehnică și managerială inferioare sau superioare nivelului de competență necesar. Pentru această etapă propunem un model de document elaborat de noi cuprinzând toate întrebările necesare concluzionării asupra unor aspecte menite să faciliteze înțelegerea modului de trecere de la organizarea actuală a întreprinderii (de tip ierarhic, orizontal) la cea de tip transversal.

Explicații	Organizarea actuală	Organizarea transversală	Acțiuni de ameliorare
Activitate: care?
Actori: cine?
Localizare geografică: unde?
Frecvența: când?
Valoare pentru client sau rezultat: de ce?
Operații incluse în această activitate: cum? de ce?
Resurse consumate (costuri): în ce cantitate? Cât?

Etapa 3. Propunerea de măsuri de îmbunătățire a modului de organizare a întreprinderilor mici și mijlocii

Această etapă își propune să analizeze activitatea unei întreprinderi sub două aspecte: *cel normal* și *cel de subactivitate*. Pentru a evidenția activitatea normală și pentru a efectua divizarea unei întreprinderi mici și mijlocii în procese și activități, trebuie să găsim răspunsul la următoarea întrebare: Pentru ce valoare așteptată de către client trebuie să organizăm întreprinderea noastră?

Privite prin prisma organizatorică, toate îmbunătățirile trebuie să corespundă unor rezultate vizibile din punctul de vedere al clientului, nivel la care întreprinderea va putea să comunice cu acesta. Ținând cont de valoarea așteptată de către clienți, propunem clasificarea activităților întreprinderii în două mari categorii:

1. Activități (și operații) la valoare normală pentru client.

2. Activități (și operații) fără valoare normală, care sunt ascunse de ochii clientului.

Activitățile întreprinderii grupate în baza celor două caracteristici permit orientarea acțiunilor, astfel:

- activități și operații la valoare normală ce pot fi realizate mult mai bine decât concurența. Întreprinderea trebuie să investească în aceste domenii și să comunice pentru ca acestea să obțină o valoare maximă.

- activități și operații ce suportă valoarea normală care trebuie păstrate și optimizate în cost și în eficiență, dar maniera în care sunt exercitate, nu-l interesează pe client.

- activități și operații fără valoare normală și care sunt reduse, și dorite a fi eliminate. Resursele alocate pe aceste activități pot fi redescășurate pe activități cu valoare normală.

Cel de-al doilea aspect, al subactivității este deosebit de delicat, ținând cont de faptul că, o parte din activitățile normale trebuie eliminate. După luarea în considerare a activităților cu valoare creată pentru client, analiza activităților permite identificarea activităților fără valoare care pot fi eliminate. Costul de eliminare al unei activități este calculat cu ajutorul abordării de tip ABC. Întregul circuit de acțiuni ce urmează a fi întreprinse de către întreprindere, ținând cont de modalitatea de structurare a activităților, poate fi redată astfel:

Tip de activitate	Nivel de activitate	
	Normal	Subactivitate
	Acțiuni întreprinse	Acțiuni întreprinse
1. Activitate la valoare normală	Realizarea de investiții Optimizarea costurilor și eficienței	Analiza activităților care pot fi eliminate Calcularea costurilor de eliminare a activităților
2. Activitate fără valoare normală	Eliminarea activităților	Eliminarea activităților

Etapa 4. Comunicarea obiectivelor

Această etapă are drept scop situarea modului de organizare transversal al întreprinderilor mici și mijlocii în raport cu performanțele, sub trei aspecte:

1. Evoluția mediului economic. Aici se au în vedere următoarele:

- studierea consecințelor evoluției mediului economic și al mediului întreprinderii asupra organizării acesteia;
- detalierea obiectivelor reorganizării întreprinderii și demonstrarea modului în care aceste obiective devin o miză determinantă a performanței.

2. Definierea modurilor de organizare posibile. Aici se au în vedere următoarele:

- detalierea diferitelor fațete ale definirii modalităților de organizare a întreprinderii (ierarhică, matriceală, transversală, etc.);
- readucerea în prim plan a aspectului dinamic și de apreciere a modului de organizare a întreprinderii pe responsabilități.

3. Înființarea serviciului funcțional, intitulat *performanță*. Printre obiectivele acestuia se pot aminti:

- definirea elementelor de bază care compun performanța;
- detalierea legăturilor care există între modul de organizare al întreprinderii și performanță;
- demonstrarea necesității unei viziuni transversale a întreprinderii pentru a răspunde așteptărilor clienților;
- demonstrarea modalității de organizare transversală drept miză importantă a performanței;
- determinarea performanțelor prin intermediul indicatorilor calculați.

Etapa 5. Stabilirea activităților și operațiilor

Dacă o întreprindere intervine pe mai multe segmente strategice, în elaborarea listei proceselor ar trebui să țină cont pe de o parte, de activitățile specifice unui segment strategic, iar pe de altă parte, de activitățile comune tuturor segmentelor strategice. Aici intervin factorii cheie¹ de succes al căror rol este deosebit de important. Se elaborează o listă care poate fi detaliată prin prezentarea operațiilor specifice activităților, fiecare dintre activități și operații primind o simbolizare cifrică corespunzătoare. Îmbunătățirea organizării transversale a întreprinderilor mici

¹ Factorii cheie de succes pentru un segment strategic permit determinarea competențelor cerute pentru aplicarea lor, facilitând astfel definirea listei proceselor și activităților specifice unui segment strategic.

și mijlocii cu ajutorul metodei ABM (Activity-Based Management) conduce la analiza acțiunilor și înlănțuirea lor, ele necesitând deci, o descriere mult mai elaborată a activităților.

Etapa 6. Plasarea responsabilităților

După ce s-a efectuat decupajul transversal al întreprinderilor mici și mijlocii, trebuie să plasăm personalul în cadrul acestui nou tip de organizare, deoarece acesta reprezintă *resursele* care stau la baza oricărei acțiuni. Bineînțeles toți salariații întreprinderii vor fi poziționați în planul vertical obișnuit (depinde de liniile ierarhice!), dar înainte de toate, se ține cont de rolul lor în cadrul fiecărei activități. Înainte de a trece la plasarea responsabilităților asupra persoanelor, trebuie să știm ce reprezintă actorii (salariații) și care sunt elementele care stau la baza calificării lor. Salariații sunt persoanele sau grupul de persoane omogene din punct de vedere al rolului și competențelor lor, tehnice și manageriale. Principalele elemente după care putem identifica și califica salariații sunt următoarele:

- cantitatea – indică numărul salariaților implicați în fiecare activitate;
- numele – salariatul este identificat prin numele său;
- funcția – scopul de calificare al salariatului în conformitate cu domeniul său de competență și de responsabilitate;
- nivelul de performanță se atribuie salariatului o competență tehnică și o competență managerială.

Este foarte important să identificăm resursele alocate, deci salariații, pe operații și activități, ceea ce ne permite cunoașterea resurselor ce sunt consumate de către activitățile din cadrul proceselor. Acest tip de document permite măsurarea nivelului resurselor alocate în raport cu volumul activităților și operațiilor de realizat.

Concluzii

În concluzie, demersul propus permite o analiză finisată în ceea ce privește mizele majore ale întreprinderilor mici și mijlocii. Este perfect posibilă realizarea acestor etape pe ansamblu sau doar pe o anumită porțiune a activităților și proceselor în cazul întreprinderilor mici și mijlocii. Totul depinde de prioritățile și mediile de aplicare, cărora le-au fost consacrate. Acest demers poate fi de asemenea progresiv, înglobând ansamblul întreprinderii pe etape succesive. Ideea de bază rămâne totuși prezentă pe tot parcursul procesului de re-organizare: trebuie să se obțină schimbările necesare modalităților de realizare, în scopul alocării mai bune a resurselor disponibile. Se poate vorbi atunci de un proces de optimizare a resurselor ghidate pe opțiuni strategice. Soluția de îmbunătățire a performanțelor întreprinderilor mici și mijlocii se află la dispoziția managerilor.

Pe baza celor analizate în prezentul articol, propunem reorganizarea pe verticală a întreprinderilor mici și mijlocii din România. Varianta propusă poate fi soluția ideală care va contribui la aranjarea structurală a întreprinderilor mici și mijlocii fiind mult mai flexibilă decât varianta existentă în prezent. Pe viitor vom reveni cu studii mai aprofundate din punct de vedere practic menite să adapteze metoda ABC (Activity-Based Costing) la specificul întreprinderilor mici și mijlocii din România. De asemenea, ne propunem mediatizarea procesului de reorganizare transversală a întreprinderilor mici și mijlocii din țara noastră prin organizarea de conferințe, mese rotunde, studii de specialitate și promovare on-line.

Referințe bibliografice

1. Căpușneanu S., *Element de management al costurilor*, Editura Economică, București, 2009.
2. Căpușneanu S., *Contabilitate de gestiune. Studii aplicative și teste-grilă*, Editura Economică, București, 2006.
3. Ebbeken K., Possler L., Ristea M., *Calculația și managementul costurilor*, Editura Teora,

București, 2000.

4. Hicks D.T., *Activity-Based Costing. Making it work for small and mid-sized companies*, Second Edition, USA, 1999.

5. Ravignon L., Bescos P.L., Joalland M., Bourgeois S.Le, Maléjac A., *Méthode ABC/ABM*, Ed. d'Organisation, Paris, 2003.

ROMANIAN MANAGERS' ATTITUDE TO INNOVATION AND CREATIVITY

Mirela BUCUREAN*
Mădălina-Adriana COSTIN**

Abstract:

Innovation and creativity are terms used not to describe dark forces disturbing our ordered calm, but as interesting activities undertaken by people at work that keep their organizations lively and up to date by exploring possible new activities and changed methods of doing things. This paper is a result of our research based on interviewing a number of fifteen managers from Bihor County. We were interested in the following aspects: if Romanian managers now the importance of innovation and creativity for the wellness of the organization, if they encourage innovation and creativity among their employees, what methods they use in order to promote them, etc. Because every company has its own culture and needs, the important thing for managers is to promote what is best for team members as individuals: employees with different mental, emotional, physical, and spiritual needs can conceive creative and innovative ideas regarding products or services, leading to the overall success of the organization. At the end of the paper we made some suggestions and recommendations in order to improve managerial attitudes regarding innovation and creativity and we focused some useful methods to encourage employees to contribute at the organizational process.

Keywords: *Romanian managers, innovation, creativity, attitudes, organization*

Introduction

The concept of innovation highlights the importance of the creation of idea being in the same time a key factor in the economic process. We can define innovation as anything new. The idea can be completely novel, or it can be a concept from another field transferred because of its new usefulness and applicability. That's why, ideas, innovations and knowledge have always been fundamental to the continuous economic transformation process.

All businesses, whether they are for-profit or non-profit, are facing transformations and changes like they never did before. The driving forces to these factors are numerous and they include: the rapidly expanding marketplace due to the globalization, the increasing of competition, the diversity among consumers, and the availability to new forms of technology. Creativity and innovation are often the keys to success of a business, particularly when strategizing during strategic planning, and when designing new products and services. Innovation and creativity have to do with development, proposal and implementation of new and better solutions. Proposals have to meet the criteria of being both new and better.

When managers and employees are reluctant to support innovations, it may be because of lethargy and lack of imagination, but it may also be because the proposed innovation is not a very good one, and not a convincing improvement on present practice.

In this paper we are concerned with Romanian managers' attitude to innovation, which is the whole process from invention to practice, and to creativity, which is the initial phase of generating the new idea, product or approach. Both of these have to be viewed in the light of finding innovations that are better as well as new, and which are thoroughly thought through to verify their practicability, cost and acceptability.

Perhaps the most important reason for Romanian managers being interested in innovation is that it will prevent them from getting stale. Creativity engenders excitement, innovation presents a

* Associated Professor, Ph.D, Faculty of Economics, University of Oradea, (e-mail: mbucurean@uoradea.ro)

** Faculty of Economics, University of Oradea, (e-mail: mcostin@uoradea.ro)

challenge. It is a risky business as effort and resources are deflected away from the main task and directed to something new and untried. There is no guarantee of success, but only some innovations pay off, others fail, and others again have quite unexpected results.

Literature shows that little is understood about the nature of invention, but a great deal of effort has gone in to understanding how it can be stimulated. In an organisational context innovators need first to influence and persuade their immediate circle that the idea is fruitful. This often happens informally in the office or is a regular part of section meetings, as the outline of the idea is tested to see the reaction.

1. Ways in which a Romanian manager can make inventiveness and creativity among its employees

Because workable ideas seldom leap, honed and finished, into the mind, it is recommended to emphasise the importance of keeping notes. Secondly, there is value in setting deadlines and quotas for the production of ideas. This ensures that people attempt to find solutions, rather than putting off the problem till later. Thirdly, set aside a time and place for generating ideas. Managers rarely allow themselves this sort of time, and allow thinking to be squeezed out by the genetic activity of responding to the demands of others before returning home in the evening having 'never stopped'. The technique of brainstorming contrives deadlines, quotas, a time and a place to ensure that idea generation happens.

Some types of innovation are difficult to disseminate and there are some factors that influence the success of getting an invention into practice¹:

1. Understanding user needs.
2. Paying attention to marketing the product.
3. Developing efficiently; not necessarily quickly.
4. Using outside technical and scientific advice.
5. Having a senior manager responsible for the innovation.

Some specialists studied some companies that had been awarded for creativity and innovation, some companies that failed in these processes and identified the following factors that affected success and that delayed the development of inventions²:

Factors that support inventions	Factors that delay inventions
The top person in the company was outstanding and had authority.	The associated technology was not sufficient.
There was at least one other outstanding person.	No market for the idea.
The need to be met was clearly identified.	The potential of the idea was not recognised by management.
The potential usefulness of the innovation was realised.	Old ideas were embedded and there was resistance to new ones.
Good co-operation.	There was poor co-operation and communication.
Resources were available.	Resources were not available.
There was help from government.	No government help.

Why is innovation important³?

¹ Torrington, Derek, Jane Weightman and Johns Kirsty. *Effective management: people and organization*. (New Jersey, Prentice Hall, 1989)

² idem

³ Jevdokimova, Olga, Adanitsch, Siegmund, "Creating favourable contexts for nurturing and managing innovations in organisations", <http://lnu.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2:144>

In the following issues it will be illustrated why it is important to come up with innovations:

- Advancing and developing technology
- Changing environment
- Changing industry structures and strategies
- Evolving society
- Evolving customer desires
- Competitors improve their products, services and processes

○ Customers do not buy old products anymore. They do not accept old services, so the companies have to replace them with new products and services.

After mentioning these issues it may be a little bit clearer why it is so important to have innovations in the companies. Customers in particular, play an important role in the company's choices. If the customers are not satisfied with the old product the companies should replace them with their new ones. Another crucial aspect, which is playing an important role, is the changing environment and the advancing technology. The technologies are developing from day to day and therefore it is important for companies to be open for them and to apply them as soon as possible and then innovations are likelier as before. The changing environment is another aspect that is important. In today's world everything changes all the time. Changing processes are never easy. Especially through the changes it is necessary to be open-minded towards innovations and to accept them. Trying to come up with as many as possible is essential in order to stay competitive and successful.

What happens if the company does not innovate⁴?

This is maybe a good illustration for the consequences if a company is not able to come up with innovations or the company just does not want to be innovative because they are successful right now. In the following paragraph some consequences will be illustrated if the company does not have any innovations:

- Customers stop buying your products, processes and services
- Sales drop
- Revenues drop
- Shareholder returns drop
- Stock price drops
- Key employees leave
- More customers stop buying your products, processes and services
- Sales drop

If the companies are not able to offer new products or services to the customer the mentioned above consequences will become crucial reality for the companies. In the short run it may not be a big problem but later on in the long run these consequences can become more serious and the companies will get big troubles and unavoidable problems, until they may have to close their business completely. Again, the customers play a role of choosing the direction, they choose the products and if the companies are not able to offer the latest technologies and products to the customers they will go to the competitor and buy their products there.

Why are innovations such major factors⁵? To illustrate it better, some statements will help to give an overview about this question:

- Technology is changing fast, new products come from new competitors
- Fast changing environment, product lifetimes shorter, need to replace products sooner
- Products are increasingly difficult to differentiate
- Customers are more sophisticated, segmented and demanding, and expect more in terms of

⁴ Jevdokimova, Olga, Adanitsch, Siegmund, "Creating favourable contexts for nurturing and managing innovations in organisations", <http://lnu.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2:144>

⁵ Jevdokimova, Olga, Adanitsch, Siegmund, "Creating favourable contexts for nurturing and managing innovations in organisations", <http://lnu.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2:144>

customization, newness, quality and price

- Customers have more choice
- New technologies no-one understands
- Apparently separate technologies come together
- Markets forming and changing fast

○ With markets and technology changing fast, and good ideas quickly copied, there is continual pressure to devise new and better products, processes and services faster

2.The importance of innovation and creativity for the wellness of the Romanian organizations

Innovation, like many business functions, is a management process that requires specific tools, rules, and discipline.⁶ In the survey that we made, we asked some managers if they knew the importance of innovation for the future of the organization. They agreed that innovation is very important criterion for success in the future and it is clear that organizations need to innovate in order to survive and achieve good profit figures. Innovation can be applied to products, services, design, invention, development, process, and systems.

The next important question was: when do you apply innovation and why? Managers arranged some sentences⁷ in the order that they considered that represented their opinion:

- We use innovation to make a product and compete with the new economy. This is essentially to educate organizations to move out of their traditional old habits to the new innovation culture.

- We use innovation to gain long term market focus; as a result the company can save money.

- We use innovation to avoid high risks — avoiding high risks involving money, staying ahead of competition and high pay off opportunities are the essence of the innovation.

Next we are going to present and analyse the results to another exercise, in which the fifteen managers had to agree or disagree with some sentences.

Sentence	Number of managers that Agreed	Number of managers that Disagreed
<i>There is no recipe for creativity.</i>	15	0
<i>Creativity and innovation are two distinct concepts.</i>	12	3
<i>Creativity happens with individuals, coalitions and teams, and organizations.</i>	14	1
<i>When talking about creativity we interact with: motivation, curiosity and fear, the breaking and making of connections, and evaluation.</i>	10	5
<i>Creativity depends on organizational climate.</i>	9	6
<i>Creativity asks everyone to be a leader.</i>	5	10
<i>Innovation has a positive role in the welfare of the organization.</i>	15	0
<i>As a manager, I always do my best in order to promote innovation and creativity in my organization.</i>	15	0

⁶Hyderabad, Andhra, Pradesh, "Importance of Creativity & Innovation", MSME - Development institute, <http://msmehyd.ap.nic.in/Innovation/Innovation.htm>

⁷Talha, Sheikh, "The importance of innovation management in the organization", <http://www.scribd.com/doc/27711762/Importance-Of-Innovation-Management-in-Organizations>

<i>My organization offers at least five new products or services per year.</i>	7	8
<i>I think that managers don't have to be creative, only their employees.</i>	9	6
<i>I think I use the best methods in order to hire creative and innovative persons.</i>	12	3
<i>I think that I need some advice from specialised people in order to change my attitude towards creativity and innovation.</i>	15	0
<i>I think that in five years my company will succeed due to creativity and innovation.</i>	14	1

Analysing these answers, we can see that most of the Romanian managers that we interviewed agreed that the two concepts: creativity and innovation are very important for the future of the organization, they would like to receive advice from specialists and they strongly believe that in five years their organization will succeed due to creativity and innovation.

In their ways of implementing creativity and innovation, Romanian managers have to remember that⁸:

- there is no a fixed recipe for creativity and innovation

- creativity and innovation differ from one another; each requires different treatment, and each has a different science; creativity is making new connections for new ideas; innovation means taking new ideas and turning them into corporate and marketplace reality.

When individuals have a clear sense of their own creativity wellspring, they can revitalize creativity in themselves and in the people around them. Creativity for coalitions and teams begins with the fragile process of moving from creativity to innovation. Finally, for success, a company needs to prepare itself to provide the resources, the strategy, and the climate that encourage both individuals and groups to perform at their creative best.⁹

- Organizational climate has a very strong influence on the success of creativity. Creativity needs a specific environment and employees need to build a climate to nourish and protect their own creativity. All companies need to transform overall climate into one that actively supports creativity throughout the organization.¹⁰

- Each person in a company has the potential for leadership in creativity. With creativity, there are no artificial designations between "creative" people and "everyone else." Everyone can be creative. Everyone is responsible for sparking ideas and shepherding them into useful innovation. A receptionist, no less than a corporate manager, can observe an unhappy customer, create an idea to correct the situation, and work to make the idea happen. Anyone who takes this initiative leads.¹¹

After we explained the importance of the role that innovation plays in an organization, the next important question arising now is where and in which conditions we can apply innovative ideas in an organization. Some suggestions and recommendations for finding out where to apply

⁸ Mauzy, Jeff, Harriman, Richard, "Creativity Inc. Building an Inventive Organization", Harvard Business School Press, <http://www.mcgraw-hill.co.uk/html/1578512077.html>

⁹ Mauzy, Jeff, Harriman, Richard, "Creativity Inc. Building an Inventive Organization", Harvard Business School Press, <http://www.mcgraw-hill.co.uk/html/1578512077.html>

¹⁰ Mauzy, Jeff, Harriman, Richard, "Creativity Inc. Building an Inventive Organization", Harvard Business School Press, <http://www.mcgraw-hill.co.uk/html/1578512077.html>

¹¹ Mauzy, Jeff, Harriman, Richard, "Creativity Inc. Building an Inventive Organization", Harvard Business School Press, <http://www.mcgraw-hill.co.uk/html/1578512077.html>

innovations can be considered the following¹²:

1. Innovation can be applied to products, services, process, invention, development, design, and systems.
2. To make a product and compete with the new economy. This is essentially to educate organizations to move out of their traditional old habits to the new innovation culture.
3. To avoid high risks — Avoiding high risks involving money, staying ahead of competition and high pay off opportunities are the essence of the innovation
4. To gain long term market focus, as a result the company can save money.

*Kinds of innovation*¹³

Based on the way it is implemented, innovation can be divided into two major categories: incremental innovation and radical innovation.

Incremental innovation projects are built upon an existing knowledge and resources within an organization. As a result the existing competencies of the company are being enhanced.

Radical Innovation projects are developed and implemented in a completely new area of operation. So organizations require to completely acquiring new knowledge and resources. In the execution, it involves large technological advancements. As a result the existing competence of the organization might get turmoil and become obsolete.

The next part of our questionnaire refers to the **methods that Romanian managers use in order to hire creative employees**¹⁴

After analysing the results, we can notice that the most used method for hiring creative people is the pre-employment test.

Managers use a test specially created for pre-employment testing, make objective, customized predictions based on company's results. The applicant who scores high on the test's creativity motivation scale and low on following rules scale is considered a creative employee. Another method used by those managers who want to promote creativity and innovation in the organization is the questionnaire interview.

Many managers ignorantly try to assess creativity in the job interview by asking ridiculous closed-ended questions like this: "Have you done creative work?" or "Are you creative?" Of course, any applicant knows the answer the manager wants to hear - even if the applicant does not have a shred of creativity!¹⁵

A better interview question is a vague, open-ended question, such as "Tell me about a problem you helped your previous employer overcome. What specifically did you do?" This question does not reveal to the applicant that the interviewer is evaluating creativity. Plus, you hear if the applicant describes creative - or non-creative - methods to solve problems. Note: Unfortunately, evaluating interview answers is much more subjective and difficult than evaluating pre-employment test scores.

When talking about employees' creativity and innovation, managers should analyze the following aspects:¹⁶

¹² Talha, Sheikh, "*The importance of innovation management in the organization*", <http://www.scribd.com/doc/27711762/Importance-Of-Innovation-Management-in-Organizations>

¹³ Talha, Sheikh, "*The importance of innovation management in the organization*", <http://www.scribd.com/doc/27711762/Importance-Of-Innovation-Management-in->

¹⁴ Michael Mercer, Ph.D., "How To Hire Creative Employees - but only if you really need them!", http://www.jobsnake.com/articles/index.cgi?openarticle&8576&How_To_Hire_Creative_Employees_-_but_only_if_you_really_need_them!

¹⁵ Michael Mercer, Ph.D., "How To Hire Creative Employees - but only if you really need them!", http://www.jobsnake.com/articles/index.cgi?openarticle&8576&How_To_Hire_Creative_Employees_-_but_only_if_you_really_need_them!

¹⁶ Rowse, Darren, "*9 Attitudes of Highly Creative People*", <http://www.prologger.net/archives/2007/05/09/9-attitudes-of-highly-creative-people/>

1. Curiosity

All creative people want to know different kinds of things, just to know them. There is no reason required for knowledge. Another specific think that characterize the creative people is that, in addition to knowing, creative people want to know why. What are the reasons behind problems, decisions, events, facts, solutions and so on? Why this way and not another? And why not try this or that?

2. Confronting Challenge

Curious people like to identify and challenge the assumptions behind ideas, beliefs, proposals, problems, and statements. Many assumptions, of course, turn out to be quite necessary and solid, but many others have been assumed unnecessarily, and in breaking out of those assumptions often come a new idea, a new path and a new solution.

3. Seeing Problems as Interesting and Acceptable

Creative people see problems as a natural and normal part of life; they often have a fascination with problems and are drawn to them.

4. Constructive Discontent

Creative people often have an acute awareness of what's wrong with the world around them; they take their discontent and let it be a motivation to doing something constructive.

5. Optimism

Creative people generally have a deeply held belief that most problems can be solved. No challenge is too big to be overcome and all problems can be solved; they don't generally get stumped by a challenge).

6. Suspending Judgment

The ability to hold off on judging or critiquing an idea is important in the process of creativity.

7. Flexible Imagination

Creative people have this amazing ability to see a problem or challenge and it's many potential solutions simultaneously and they have an intuitive knack at being able to bring previously disconnected ideas together in flashes of brilliance that seem so simple.

8. Seeing the good in the bad

Creative thinkers, when faced with poor solutions, don't desparate, they ask, "What's good about it?" because there may be something useful even in the worst ideas. And however little that good may be, it might be turned to good effect or made greater.

9. Problems lead to improvements

Even if many times problems arrive on their own, the attitude of constructive discontent searches for problems and possible areas of improvement. But such unexpected and perhaps unwanted problems are not necessarily bad, because they often permit solutions that leave the world better than before the problem appeared.

10. A problem can also be a solution

A fact that one person describes something as a problem can sometimes be a solution for someone else.

11. Problems are interesting and emotionally acceptable

Creative people see problems as interesting challenges. For them, problem solving is ego building, fun, helpful to society educational, rewarding.

The last part of our questionnaire refers to the strategies and tactics that organizations need to follow in order to gain advantage from generating creative and innovative ideas. Each manager had to choose between some sentences and to put them in the order that they considered the most important. (Number 1 = the most important)

Sentence	Number of importance
The ability to identify or even anticipate market tendencies	2
The long term vision	5
The will and ability to gather and integrate the innovative process	6
The ability to take risk	3
Internal co-operation between the different functional departments	4
The external cooperation, with public investigation, with consulting services	7
Controlling the organizational change	1

In order to help Romanian managers we will present a comparison between the characteristics of creative individuals and those of organizations¹⁷:

Characteristics of Creative Individuals

For fully appreciating the different types of creative processes and putting the aforementioned into a more contextual perspective, it is important to recognize the characteristics of creative individuals so that we may be able to recognize them more readily:

- 1) intellectual and artistic values coupled with a large scope of interests;
- 2) strong image of the creative self;
- 3) intuition and willing to take risks;
- 4) independence in judgment and tolerance of ambiguity;
- 5) highly motivated with a desire for recognition.

Characteristics of Creative Organizations

- 1) participation in decision making;
- 2) flexibility in the organizational structure;
- 3) leadership provides encouragement for creative thinking;
- 4) believe that creativity can be nurtured and provide creative problem-solving training;
- 5) creative individuals are more successful in organizations that value creative ideas. The employer's values match those of the employees.

Conclusions and Recommendations

Creativity and innovation are very important aspects of business organization. This is particularly important as companies are facing continuous changes in the global economy. Organizations need to make creative plans and reactions towards predictable or unpredictable challenges as long as change is a continuously phenomenon which happens to the organizations both internally and externally.

Nowadays, most of the organisations realise that creativity is essential for their wellness. The key to organisational performance and success in an ever-changing environment is facing with a new product development, provision of innovative services or fundamental creative change resulting in a new, more adaptive, culture, harnessing creativity.

To some extent, everyone is creative, though it is more developed in some people than others. The creative people can manage their mental abilities and resolve any kind of problems without fear.

In the case of the organization, creativity denotes an organization's capacity to exploit and explore its intellectual capital in activities constituting and leading to sustainable competitive advantage. Organizational creativity must be used for improving organizational performance such

¹⁷ Boon, Rolf, "Cultural Creativity: the importance of creativity in organizational and educational contexts", <http://www.lobstick.com/BOON.HTM>

as R&D, innovation, and other forms of activities that strengthen the firm's position in the market.

Specialists formulated some recommendations that can be applied for Romanian managers in order to improve the attitude toward creativity and innovation¹⁸

1) often use "brainstorming" or "envisioning sessions" to generate as many ideas as possible. Once generated, explore ways of bringing them to fruition.

2) support and encourage creative thinking within the organization. Employees who generate their own ideas are more likely to produce successful results than when ideas are imposed by management.

3) include a creative thinking course that helps develop innovation, critical analysis, problem solving, writing, and communication skills.

4) when debating solutions to organizational problems refrain from evaluating solutions and "table" ideas for future debate to allow for an incubation period.

5) take risks with regards to established procedural and policy structures. These structures need to be continuously revisited and changed if organizations are to meet the challenges they are currently facing.

6) practice personal reflection to determine if you are hindering or promoting creativity within your organization or for yourself.

7) creative thinking contributes to finding your organization's niche.

The concepts of creativity and innovation have traditionally been viewed as the gift of a small number of talented people. Many business forecasters are predicting that workforce creativity and innovation will be the most important factors in establishing and maintaining a competitive advantage.

Innovation is a powerful route to business success. Organizational leaders do not necessarily have to come up with all the good ideas themselves but they do need to create an innovative culture and a climate where innovation is encouraged. This 'innovative culture' can often be the difference between a 'successful' and a 'not-so-successful' organization. An organization with a well managed innovative culture almost always expands more rapidly than an organization without this understanding.

The success or failure story of any business depends largely on how well a system promotes innovation and creativity within an organization; a sustainable business needs the coexisting between the two concepts.

References

1. Boon, Rolf, "**Cultural Creativity: the importance of creativity in organizational and educational contexts**", <http://www.lobstick.com/BOON.HTM>

2. Mauzy, Jeff, Harriman, Richard, "*Creativity Inc. Building an Inventive Organization*", Harvard Business School Press, <http://www.mcgraw-hill.co.uk/html/1578512077.html>

3. Michael Mercer, Ph.D., "How To Hire Creative Employees - but only if you really need them!",

http://www.jobsnake.com/articles/index.cgi?openarticle&8576&How_To_Hire_Creative_Employees_-_but_only_if_you_really_need_them!

4. Rowse, Darren, "*9 Attitudes of Highly Creative People*", <http://www.problogger.net/archives/2007/05/09/9-attitudes-of-highly-creative-people/>

5. Talha, Sheikh, "*The importance of innovation management in the organization*", <http://www.scribd.com/doc/27711762/Importance-Of-Innovation-Management-in->

¹⁸ Boon, Rolf, "**Cultural Creativity: the importance of creativity in organizational and educational contexts**", <http://www.lobstick.com/BOON.HTM>

6. Hyderabad, Andhra, Pradesh, "*Importance of Creativity & Innovation*", MSME - Development institute, <http://msmehyd.ap.nic.in/Innovation/Innovation.htm>
7. Jevdokimova, Olga, Adanitsch, Siegmund, "*Creating favourable contexts for nurturing and managing innovations in organisations*", <http://lnu.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2:144>
8. Torrington, Derek, Jane Weightman and Johns Kirsty. *Effective management: people and organization*. (New Jersey, Prentice Hall, 1989)

BANKING SUCCESS MARKETING STRATEGIES CONDITIONING USED

ARINA VALERIA BĂLĂCEANU*

Abstract

Bank financial sector in the last decade was marked by an important development, major changes in the business environment, mainly due to privatization, reducing legal restrictions and technological changes occurring in this economic sector in many European countries, including Romania. The diversity, complexity and speed of production of these changes have generated a reduction of barriers between different strategic groups, leading to a redefinition of default positions held in the financial market, while a process of enhanced competition. In this regard, we emphasize the concept of universality of banks, ie extending their area of interest outside the perimeter of the bank, through self-insurance markets, securities, leasing, factoring, etc. With regard to customer service and marketing and promotion strategies, banks in Romania tend to rise to the level of Europe, a fact evident by their significant developments from obtaining a constant concern of safety in an unknown area and building image, the continual introduction and development of new packages of banking services. Building a strong brand, reputation is key in winning a bank and a large number of clients, confident in the safety of bank services.

Keywords: banks, banking, marketing strategies, customer bank, marketing policies

Introduction

Marketing has entered the world of traditional banks later than that of industrial and consumer products. But it is clear that the environment in which banks operate may affect their decisions can influence their products and services and how they are promoted on the market. Therefore, product marketing and banking must take into account both their market, and the impact of regulations and competition may have on those bank activity.

Market research makes it possible to emphasize the competitive advantages of the bank market, and developing marketing strategies based on these advantages. Without a multilateral information about customers, is virtually impossible to determine the competitive advantages to promote effective banking market and, most importantly, developed a development strategy of the bank.

The main environmental factors that banks should take into account in developing their marketing strategies are the following:

- *regulatory factors* include the legal framework for the economic activity in general, and banking activity, in particular, and Central Bank regulations;
- *political factor* is related to macroeconomic policies and strategies adopted and implemented to be taken into account by the Central Bank in setting monetary policy and credit;
- *economic factor* is related to economic growth, inflation, interest rate, income structure and evolution of consumer spending, customer requirements relating to banking services;
- *social factor* is associated with demographic changes, cultural and lifestyle and change of attitude and perception of consumers;
- *technological factor* is associated usually with new information technologies;
- *factor "competitive environment"* refers to the analysis of activities, performances and competition reactions.

* Lecturer Ph.D., Ecological University of Bucharest (e-mail: arina.balaceanu@gmail.com)

Environmental factors are added fundamental behavioral aspects of customers that every organization should also take into account in the offer of services and products. Factors that influence the purchasing behavior of individual customers are the following:

- *cultural factors*, associated basic beliefs, ethics, morality, language, artistic tendencies, loyalty, personal values and traditions etc.;
- *social factors* associated with groups of influence (the specialists in marketing and reference groups) that have some experience and upward on others;
- *personal factors* related to age, occupation, stage of life, lifestyle changes etc.;
- *economic factors*, related disposable income, savings, spending on saving customers' attitudes etc.;
- *psychological factors*, associated psychological needs of a person influenced by motivation and perception.

Purchasing behavior of corporate customers is influenced by the following factors: size and status of the organization, the area in which they operate; makers position the organization; financial position and business organization; management style, age persons in the management team and their professionalism; such shareholders and their aspirations; policies and objectives of the organization; geographical location of the organization; aspects of economic circumstances.

Paper content

For the market launch of a new banking service, any marketing strategy should establish at least the target market segment and position which would be obtained under it. Any decision marketing strategy to generate market success should be focused on developing, maintaining and communicating the competitive advantage that can result from an algorithm's original mix of marketing policy, which creates value for customers and can not be easily imitated by competitors or implemented simultaneously. In a very broad sense, your marketing mix describes all the variables available to a firm to influence the target market, and how they are trained resources available to a company to obtain the desired effects.

Bank marketing mix according to the literature, including a large number of policy versus the marketing mix of goods. This is explained by the nature and characteristics of banking services. Thus, the four policy mix of the classic (in the form of 4P: product, price, placement, promotion) are combined with other policies specific percentage banking policy, political processes, political relations, personnel policy and policy presentation. However, we should emphasize that the two components of the traditional mix (product and distribution) undergoes essential changes in the sphere of banking, commercial banks in general are considered essential elements: the content of benefits, the material elements of benefits, staff contact and communications relating to product (service).

As results from *Figure 1.1*, each of them, the content issue that requires submixes form (known as policy or strategy), which is extensive and complex action programs essential to the core objectives of the bank.

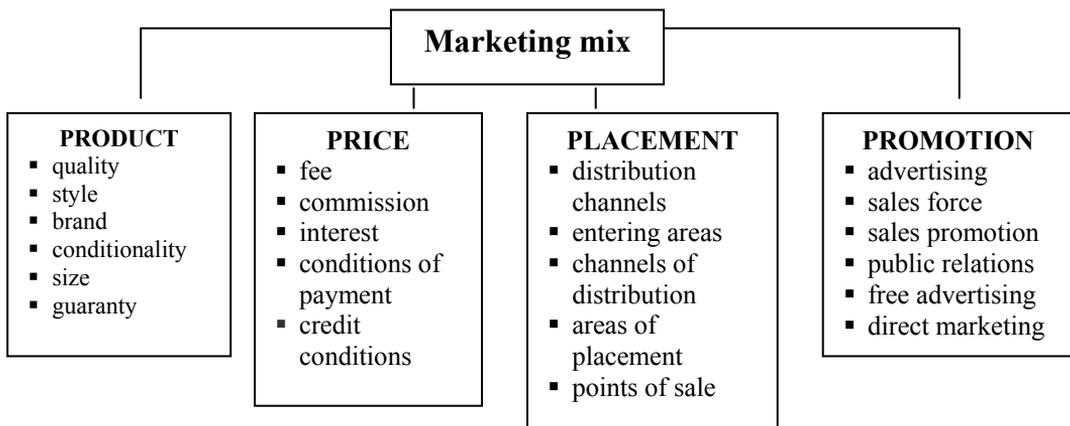


Figure 1.1 - Marketing mix variables

It is estimated that in future there will be large companies with global activities, but small companies, very specialized. Globalized financial bank will belongs exclusively to large financial groups.

In the new era built on information and communication technologies, to establish marketing strategies starting point should be to represent the consumer and its needs.

As a result of access to information, openness that people get as a result of communication, behavior change. National cultures tend to transform themselves by adopting cultural values and global identity of each individual is accentuated by activating the spirit of conservation and the discovery and adoption of new cultural values to represent you.

The main purpose of the marketing strategy of banking financial institutions is the differentiation over competitors and exploiting competitive advantages that the utility has said. Financial institutions set their targets for performance standards (quantitative indicators in terms of profit and market share, as well as qualitative indicators such as maximum efficiency, "zero error" in product supply etc.), they define an appropriate policy of the marketing mix, monitor and assess the standards achieved in order to improve results by necessary actions arising from the analysis.

As can be seen in *figure 1.2.*, first pre-determining marketing mix (product, price, distribution and promotion) is the identification of market targets, namely the most profitable segments/types of customers. If all customers would have the same needs, the practice of providing all of the same product as the only mass marketing strategy. But segmentation and typology emerged and were developed as a result of different needs, for which marketers have looked for different solutions.

Choosing the most dynamic market strategies is one of the most effective ways of creating and maintaining a viable banking system, which must be grafted on the following criteria: rigorous informed credit market participants about the financial situation of each bank, raising banks to market signals for intervention by authorities in times of crisis.

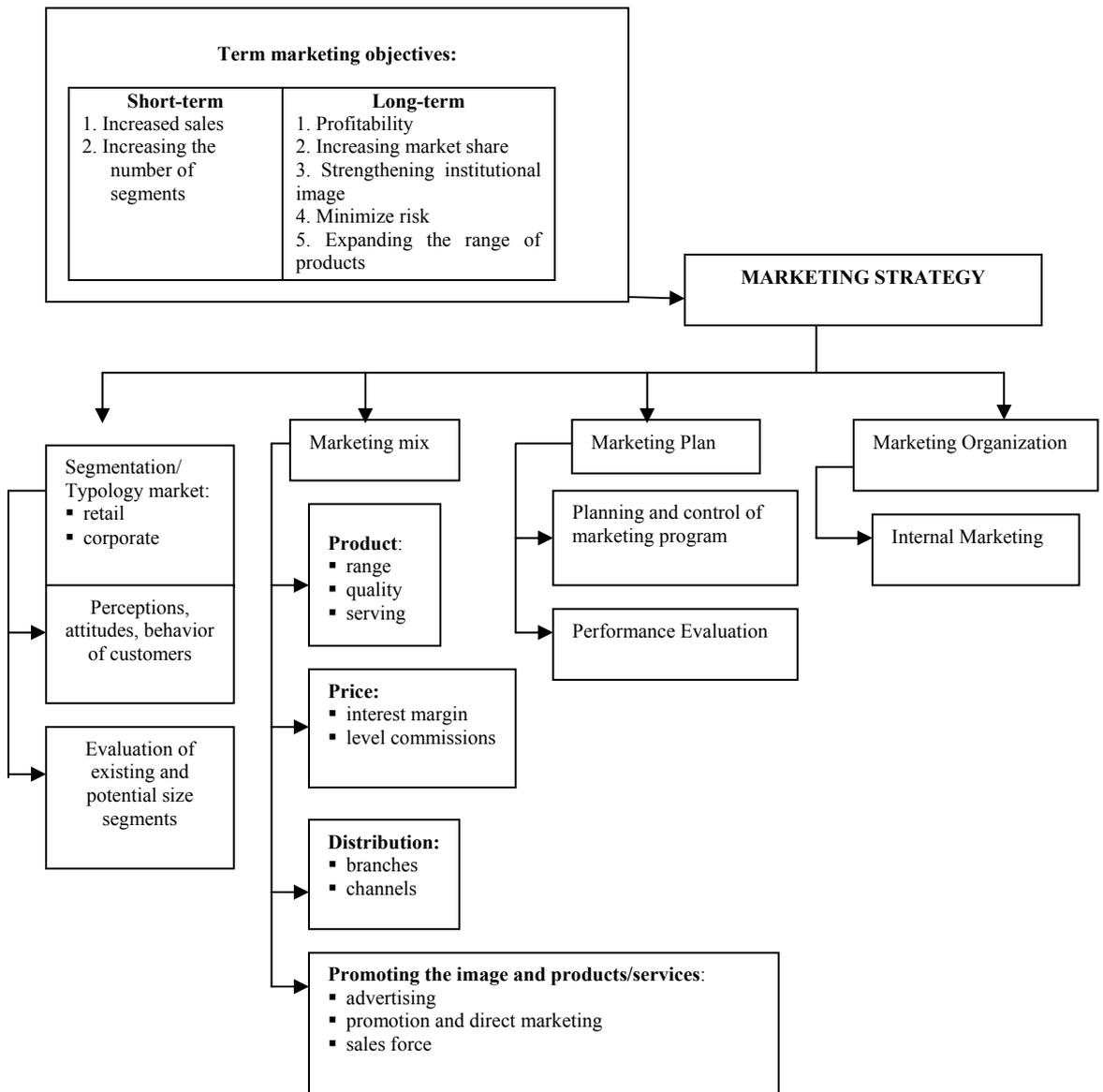


Figure 1.2. - Bank marketing strategy elements

Bank on the market in Romania is trying to keep up with Europe, not just customer service but also the marketing and promotion strategies banking segment.

Evolution banks on the domestic market coincides with development of marketing strategies. Bank reputation is very important in view of clients or potential clients and creating a brand based on this reputation is correlated with the bank's market share. Not only money matters when you want to build a brand. Exposure television, billboards and various posters and radio ads have a significant role in presenting the offer to banks. This must be completed, however, the presence of specialists in communication. Persons prepared in this field ensure the transfer of information from one person to another, making a feedback between the company employees, that employees-clients.

Policies help to determine and change the character and assortment of products offered on the market, as well as their volume. The role of product policy is to set up and disseminate those products to be able to meet market needs. The bank, product policy is a very important element of marketing policy: refers to creating new products, maintain existing products. The tasks of the product policy are:

- determining and meeting customer requirements customers;
- optimal use of modern technologies and experience of the bank staff;
- optimize financial results;
- banking transformation potential in actual service, respecting the principle of elasticity.

The essence of the whole policy of torque produced customer banking product. The development of new banking products is conditioned by the state of technology. The decision to retain in portfolio of products and banking services, as the decision to implement such new products and services has, for the bank, three axes (*Figure 1.3.*):

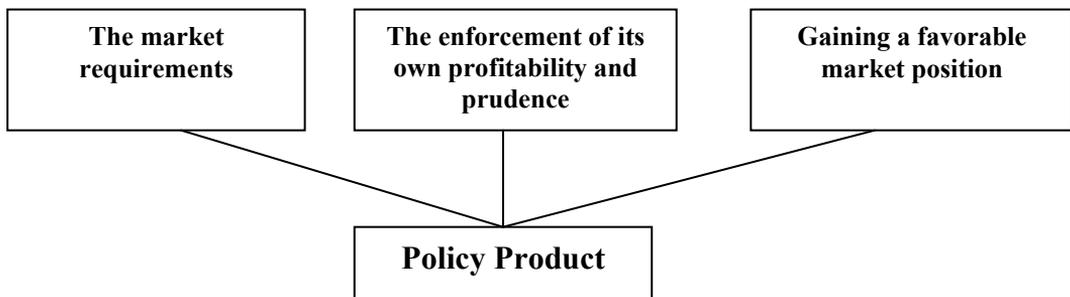


Figure 1.3. - Coordinates product policy

In the future, quality products and services of the Romanian banking system will be more important than the number of banks.

To set a competitive price of products and banking needs a **price policy**, which is pricing for all banking and modify them in accordance with market situation. In traditional economic pricing banking products and financial services has the first level of risk associated with the product or service. Currently, there are many forms that dress cost banking products and financial services: interest, many commissions, bonuses, different rates.

The bank financial **distribution** is determining role in how consumers access to financial services and products. In the traditional economy is achieved by moving customers to the premises of financial institutions. For this reason the traditional banking financial institutions which have a large network of subsidiaries and branches and have a high degree of geographical coverage are those that have significant market position. Currently, financial investment market regulation rules require the existence of specialized intermediaries, direct access to consumers in this market is not possible.

In establishing **strategies to promote** products and services is very important channel of communication which is used in transmitting and receiving messages between consumers and financial-banking institution. It's not only the physical channel that is communication, but also how it is done.

Factors that influence the promotion of products and banking services

On the list of factors with impact on the banking products and mention:

- *consumer apathy* - one of the biggest problems facing the banking products and services is that, although most of the population considers important or necessary, a small segment of the population is really interested in buying them. The result is that many consumers perceive them as a "necessary evil". The consequence of this apathy is that many consumers are not sufficiently motivated to buy products and banking services. Many services are "unexpected", making it difficult task to promote this product more attractive and motivating;

- *high degree of risk perceived by consumers* - it is because, although the involvement of consumers in buying a banking service is great, there can test it before purchase;

- *low credibility of the sources of information* - sometimes it is difficult or even impossible to properly promote banking products and services, consumers can obtain information from sources controlled by the organization, such as relatives, friends and other independent sources. The problem with these "other sources of information is greater credibility on a given population compared with that of banking financial institutions. Conflict might arise if personal sources of inconsistency made consumer promotion organization. However, consumer opinion is formed following the construction and development of its relations with the financial institution and much less in the following advertising;

- *minority consumer market* - is another factor that influences the effective promotion, because the existence of a relatively low proportion of individuals in state "ready to buy" at any time. So is knowing the precise target segment and also the possibility of loss of potential customers;

- *competition between similar financial services* - a growing problem is the number one provider of banking products and financial services and the similarity between them. New products and services on the banking market are easily imitated, which makes the competitive advantage to be very little time. Also, there are few distinct features that can be used in promotional messages.

Professional selling methods bring new business and help the bank employees to cultivate customer loyalty providing satisfying all financial needs.

In terms of management and modern marketing and the current context of development and evolution of banking activity, marketing is an important element of management. Diversification of products and banking services, generated by the increasing competition between banks need to identify customer needs, design launch products and services, testing them, measuring their quality, offering to consumers. All this is possible by bank marketing, part of the bank's strategy in connection with bank management allowing for a policy aimed at solving the following problems:

- customer requirements and satisfying their investigation and pursuit of obtaining a higher yield;
- motivating employees through knowledge of the bank of the importance of bank marketing and taking the bank to a social responsibility by promoting products and services in accordance with the environment and the community in which the institution carries out its activity.

In one bank, marketing performs the following functions: investigating the social and economic environment in which the bank, bank activity adapts to dynamic economic and social environment, maximizes economic efficiency, offers products and services that meet customer needs and expectations. In this context, marketing emerges as an important means by which banks linking their activity to ensure customer requirements. Effects of application of marketing in banking is beneficial for all parties.

Marketing involves orientation to clients by attracting and keeping these as important as customer relationships to be strong. Knowing that banks need to focus policy and depending on customer requirements, resulting products and banking services are created and through them.

In conclusion, we appreciate that, amid deepening competition, the European single market is a challenge both in banking and for the bodies involved in the harmonization of standards and legislation. Concerns the European Union harmonization directives on free movement of capital and services aim to identify and eliminate barriers by the end of 2010.

Marketing of banking services, like banking, marketing is a "particular" to be to sell an intangible product in a tangible way. Ultimately, products and services offered by banks are essentially the same. They can be differentiated only by how they are perceived by customers. Customer perception can be enhanced by effective marketing and by special interests and support for continuous quality improvement and meet the needs, requirements and expectations. The client should feel important and want to stay at that bank. It is more expensive to attract new customers than to retain existing ones and therefore special efforts should be made to retain customers. Rating agencies classify banks according to their financial performance, the classification of the fastest and is used depending on the size of their assets.

If, until recently, almost all banks in Romania had the choice of products and services targeted only to certain categories of corporate preferred major multinational and national companies, exporting as much as possible leaving unsatisfied or simply just ignored the needs, requirements and expectations of broad categories of potential customers (other categories of legal persons and especially individuals), is currently witnessing a more dynamic approach, sometimes aggressive, the segment of individual customers.

Most times, offer products and services is the main criterion for selecting a bank by an individual prospect. Consequently, the more banking products and services offered presents more than one in which only some features vary, the more customers will choose where.

First and most important law of marketing is being different. Different prospects in the perception from the competition. Because marketing can remain incomplete, it is very important that this be done efficiently and with the constant message that is passed on to consumers. Beyond the intrinsic characteristics of the supply of products/services, customers may prefer a bank or another and due to the following issues arising from direct interaction with the customer. These issues may be, in our conception, these (Figure 1.4.):

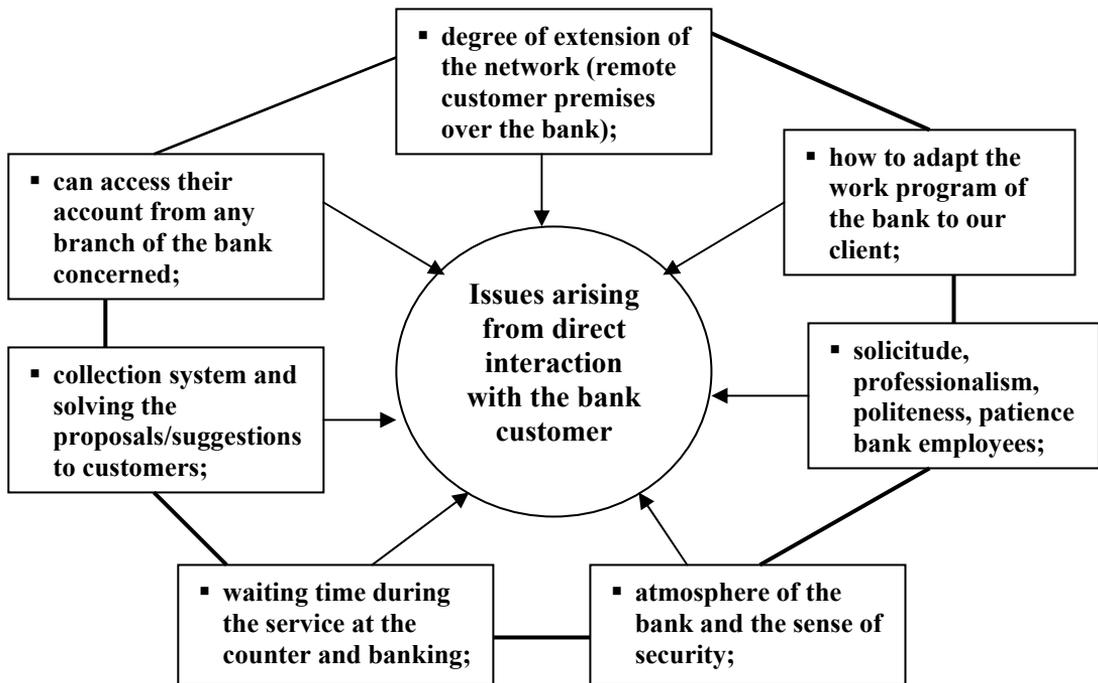


Figure 1.4. - Issues arising from direct interaction with the bank customer

Each bank is striving to invent and design products and services as different from the competition to solve the equation as to generate confidence and attract new customers and, especially, as existing customers and loyalty.

Most banks operating on the banking market in Romania are foreign-owned banks, foreign banks coming from, I used to work in environments where there are slightly different than the one currently in Romania. All the bank must adapt their marketing behavior in specific conditions in Romania.

Romania's banking sector has scope for development, although the current degree of penetration is still low. Development banking market began only in recent years, and the people and companies in Romania, both the large and small and medium enterprises were not sufficiently familiar with banking products, because such services were, until recently, unavailable, and very high interest rates have limited credit. Therefore, the degree of financial intermediation is maintained at very low compared to the EU average.

It is visible that the role of banks is increasingly becoming one advisory organization. Especially for large organizations to establish an objective and modified forms bank intermediation. The Bank today is not a deposit and credit, became a bank "*financial*" to the organizations. They require more sophisticated financial innovations and need support to banks to enable the assembly or to find their counterpart. The process leading to reorganization of banks: new directions appear market; appear new specializations occur within banking profession. Mutations continues its course: from traders by market operators, financial engineering and those "*back-office*", which is really the best cells are charged with analyzing the consequences of the development of new products in the objectives of the bank and regulations in force.

Market economy, any organization designing its own a policy, which traces its evolution in future directions, and concrete ways of achieving this, a strategy that should ensure the permanent market and especially the development of the whole. One of the important components of policy bank financial organizations is marketing policy which enables prompt and actual perception of market signals and allow rapid adaptation to market adjustments, with maximum efficiency. Thus, the organization can properly assess the market parameters and allocate appropriate resources available to the real demand, can bring uncovered segments of the market and comparative advantages over competitors.

In current conditions, when the current financial crisis are felt in our country, any organization not allowed to operate without having a clear perspective, both short and long term, which provide sustenance, but also the rationality, efficiency in conditions where the environment becomes more complex and dynamic.

Face the many changes that occur in both and in macroenvironment/microenvironment in which it operates banking financial institutions must show a certain behavior, a certain attitude, which is materialized in the definition of strategic directions and ways of carrying out their practice, and reflected policy in the content marketing and marketing strategies to be implemented.

Analysis of marketing environment is an important step in the strategic planning process as the essence of any marketing strategy is to develop a sustainable link between financial organizations and business banking in which it activates. Achieving this goal require the existence of a continuous flow of information on consumers, competition, market intermediaries and other agents of which lie at the fundamental managerial decision-making processes at various levels. The role of marketing research in analyzing the current situation is, in these conditions, essential for any organization operating in a dynamic environment and intense competition.

Developing effective marketing strategies depend on the ability of the bank's marketing department to identify ways of counterbalancing the negative effects of external environment and internal environment of the institution.

Globalization participate in environmental change in the active bank financial institutions. The development of new technologies and increasing the scale that is using the Internet as a

medium for transmitting information and revolutionize the financial markets. Financial activities conducted via electronic networks - banks online, electronic payments, providing brokerage services and insurance - the so-called financial market electronic form "*e-finance*", which are the engine of change and traditional financial market development.

Globalized economy good prospects for the banking book, but only banks that will be able to exploit new opportunities will benefit from this new context. Banks must demonstrate a "*distributive attention*", in the sense of surprise and adapt to the main directions then guide the globalized financial world.

Amid considerable increase in the activity of transnational companies in the global economy, international financial flows have grown rapidly, generating additional growth for banking services for international payments. If banks are not prepared to offer banking services required, multinational companies are going to create those services in their internal networks and will appeal to non-bank providers, leading to drastic reduction of profitability of the banking institutions.

In the context in which customer needs are in a constantly changing, new and non traditional competitors, open new prospects for development of distribution channels and technology banking disintermediation generated by interposing between the client and the bank can be a serious threat, and banks must self-assess competitive ability: they must decide if they are able to offer global services, or if it will limit the scope of local affairs. There will probably only a segment of banks fully equipped and prepared to provide services for multinational and highly sophisticated customer needs. It is also vital for banks that, in the context of globalization, to expand infrastructure and operating range from national to international level.

Operating within the banking system has changed in the last few decades under the impact of information technology progress. Development of electronic commerce, by its nature, knows no geographical barriers, makes it necessary to adapt a system of appropriate banking is helping to create global networks that determine relationships and dependencies between countries. Development of marketing techniques and management of increasingly sophisticated and wide range of products and services based on technology and automation will allow most operations of banks to expand activities of interest outside the traditional area and reduce important classical network of branches.

Management of distribution channels is a major task incumbent upon the banking institutions in the context of globalization activity. If until recently, technology was used only for the efficient conduct of traditional distribution, at present, its development has led to fundamental changes in the distribution system of banking, by creating new channels that use telephone or electronic links. Given the severe competition for customers, using new distribution channels is vital for banks to improve their standard of quality services, to increase its market share, to reduce costs and increase profits.

Conclusions:

Banks face many challenges in the globalized economy of the XXI century, mainly increased competition and the danger of diminishing market share in the necessary context:

- need for reactive management style abandonment and adoption of a proactive style, which anticipates the changes and be innovative;
- concern for the development of new products and services;
- use policies and marketing strategies appropriate in order to attract new customers, or motivating existing ones;
- positive attitude to studies and research and the need for the establishment of comprehensive databases;
- sustained financial effort to keep pace with technology and informatics.

Looking to the future development of the Romanian banking system has some **PREDICTABLE DIRECTIONS** and other **DEVELOPMENTS IN MAY BE LESS CERTAIN**.

Among the **PREDICTABLE DIRECTIONS** to enroll significant reduction of bank intermediation costs. Another area where other lower costs of intermediation will be highlighted in the next period is that of population deposits. The contribution of commercial banks for establishment and operation of the fund then the deposit guarantee in the banking system was substantial. This fund and created a significant resource that will allow raising the guarantee ceiling to the European level.

In the category of EVOLUTION IS LESS CERTAIN sign that the number of banks will operate in Romania between 2010-2014. In the number of banks in Romania late in 2014, it will be the result of complex processes in which, not least, it will play an important role both competition among banks, but also political and marketing strategy of major market players the development of their regional networks and credit profile.

Development of Romania's banking system will depend on future periods successful completion of phases given priority, as follows:

- permanent adaptation of banking legislation and aligning it with EU legislation and remove the legal ambiguities impeding the ability of the bank supervision;
- strengthening regulation and supervision of capital market, improving the information about companies listed on BVB and RASDAQ, attracting foreign investors, including portfolio investors;
- BNR continues to focus on well-designed prudential regulations that provide safety and stimulation, including a revised set of capital rules, revision of the price of deposit insurance, focusing on functional regulations for different financial institutions;
- focus on capital market development by inviting renowned international rating agencies and brokerage houses to participate more actively in the market and by providing more stringent transparency requirements;
- opening a government agency to facilitate the development of secondary mortgage markets;
- continue to develop more stringent insurance regulations.

Priorities

- Inviting international rating agencies and brokerage houses with experience in evaluating companies will work to further the activities of rating agencies in Romania;
- Speed up industrial restructuring and investment in infrastructure to create new opportunities for insurance companies;
- Regional economic imbalances;
- Strengthening relations with international banking-financial institutions and access to external financing at advantageous conditions.

A key challenge for banks in the current situation in Romania regarding international acute liquidity crisis, is a limitation, but also increasing the cost of external financing sources, affecting the degree of expansion of their cutdown. Although the acute lack of liquidity, lending activity will continue to grow the corporate and retail segment, even if the pace of increase will be lower, due to the change in market conditions. Lending to retail will keep a high growth rate, compared with the corporate clients because of high demand, especially in the segment of the consumer credit and mortgages. Also, new lending restrictions imposed by the National Bank of Romania are absolutely necessary to maintain financial stability in Romania, considering the lack of liquidity but the existence of internationally and nationwide.

Even if we see that banks are increasingly oriented towards the retail market segments, where the offer is meant to be more attractive for the novel that he wants a house, a car, a holiday

abroad or fulfillment of any other personal needs, strategies The bank still go fine corporate segments, where opinion about business, negotiation and customer culture is situated at higher levels.

Essential for a bank credit policy is to maintain a balance of retail and corporate clients in the area according to their contribution to achieving profit, and an effective and balanced management of asset and liability side.

In terms of customer services and marketing and promotion strategies, banks in Romania tend to rise to the level of Europe, which is obviously significant in their evolution, the constant concern of obtaining a safety in an unknown area and building image, the continuing emergence and development of new packages of banking services. Building a strong brand, brand awareness is key in winning a bank and a large number of clients, confident in the safety of bank services. Gaining a position in the banking system can be obtained both through exposure to the various television or billboards presentation on various banking services that it offers, and by engaging in communication specialists to ensure the transfer of information from bank management to employees and from employees to customers. The customer has become the decisive element in defining strategy Romanian banking system, with increased competition and the development of new products and services. Significant in the pursuit of marketing is knowing the needs of customers and decision makers behind the choice of a specific bank product. Knowing customer behavior, the bank anticipates its reaction and may influence the structure of the services offered by the bank. Customer behavior is influenced by the trust that he has a banking system, the availability of purchasing services, the bank's reputation, the range of products and services, the existence of friendly and capable staff, etc.. Bank employees are responsible for ensuring customers the right advice for highlighting their needs and demands of the bank's image of professionalism and for their better information. Always, a bank that knows its quality of service will seek to exceed the minimum level of customer satisfaction by offering them more than ask. Thus, selling the package, a strategy that bankers have recently turned to follow not only promote a certain product, but also retain customers, who no longer have to resort to find more banks to satisfy various needs. Gaining customer loyalty, develop long term relationships with them and maintaining existing fund clients are important to ensure a bank's considerable income and promote a favorable image of the bank.

Similar to European banks, banks on the market in Romania in recent years have adopted new marketing strategies and promotion for their products and services. This led to a fairly rapid evolution of the banks in our country. If until 2000 the banks were concerned about getting a fuses on an unknown area and wanted to create an image as strong in recent years banks in Romania to accelerate market, knowing a continuous innovation of products which led to a boom personal and credit of the estate. In terms of competition is more pronounced on Romanian banking market, those who gained were those who risked more. Bank reputation is extremely important in view of clients or potential clients and creating a brand based on this reputation is closely tied to that bank's market share. Thus, Romanian Commercial Bank (after it was taken over by Erste) and the Romanian Bank for Development is the most trusted brands in banking today. In building a brand, not only financial resources have a great importance, but also the ways of promotion (televised exposure, various posters and billboards or radio ads).

References

1. Chenneville, A., *De la Qualité Totale dans la banque*, Editions du Mouvement Français pour la Qualité, Paris, 1997
2. Cronin, J.T., Taylor, S.A., *Measuring service quality. An examination and extension*, in "Journal of Marketing", Vol.56 (3), SUA, 1992
3. Diaconescu, M., *Banks, Pays System, Risks*, Economic Publishing House, Bucharest, 1999

4. Dubois P., *Marketing. Theory and practice*, Publishing House Economica, Bucharest, 1996
5. Foster, T., *Managing Quality – an integrative approach*, Prentice Hall, New Jersey, 2001
6. Froman, B., *Du manuel qualité au manuel de management – L’outil stratégique*, Editions AFNOR, Paris, 2001
7. Kotler, PH., *Marketing Management*, Teora Publishing House, Bucharest, 2008.

KNOWLEDGE MANAGEMENT- FACTOR OF COMPETITIVENESS IN EDUCATION

MĂDĂLINA CRISTINA TOCAN*

Abstract:

This paper aims to outline the Knowledge Management (KM) concept and process in general and adapt it to the education in particular. It is a well known fact that knowledge is becoming very much important for the competitiveness and the success of businesses. Within the education as well knowledge plays an important role. Education industry is a knowledge-based industry. The recent developments in information processing and knowledge production and transfer have implications for the processes and relations in the education. Therefore, KM is the key for managers from the education to obtain the competitiveness in their organizations. Among the instrumental objectives of the education organizations the emphasis should be placed on knowledge management. In conclusion, education is a people business. KM involves connecting people with people, as well as people with information. Therefore, a knowledge management system should be applied in the education to be successful.

Keywords: *Knowledge, Knowledge Management, Knowledge management process, Knowledge management in education industry*

Introduction

The ability to create, disseminate and exploit knowledge assets is acknowledged as one of the key success factors in the future. Around the world, particularly in developed countries, a shift is occurring from commodity-based economies towards economies driven by knowledge development, innovation and commercialization (Ruhanen & Cooper, 2004). Education, as one of the world's largest sectors is not immune from such a paradigm shift and it is at the public sector or private sector where knowledge-management strategies will be needed to ensure the long-term competitiveness of the destination. This will require education planners and managers to utilize the collective knowledge assets, together with the body of knowledge developed by researchers and governments to ensure the sustained viability and success of the education in the global marketplace

This article provides a review of knowledge, knowledge management, the role of knowledge management in education and the challenges of implementing knowledge management in education .

What is knowledge and knowledge management?

The notion that future economic prosperity and growth is attached solely to traditional commodities and physical resources is increasingly been recognized as an outmoded concept. The recognition that the 'one sure source of lasting competitive advantage is knowledge' (Nonaka, 1991: 96), and that it is knowledge which will be the key competitive tool for the private sector and a determinant of economic growth for governments has gained prominence. That is, a nation's competitiveness in the global marketplace will be reliant on its ability to capitalize on its knowledge-based commodities (Ruhanen & Cooper, 2004). This realization has led to considerable advances since the 1980s, both in academia and industry, in the field of knowledge management (Ahmed et al., 2002; Bahra, 2001; Wiig, 1999), highlighting the need for a structured and conscious approach to generating, identifying and managing learning and knowledge, in order to achieve competitive advantages (Drucker, 2000).

* Lecturer PhD., Ecological University from Bucharest,(e-mail: mada_popa@yahoo.com)

Also, in the last few years a new idea has emerged that the resources of a company are the basis of its competitive strategy (Porter 1990) and that “knowledge” and competencies are one of the most important strategic resources (Grant, 1996). A full definition of what “knowledge” is goes well beyond the objective of this paper, but we will try to answer the questions posed almost 2500 years ago by Plato in *Theaetetus*: “What is knowledge? Can we answer that question?”

For the following discussion, we can and consider knowledge as a justified belief that increases an entity’s capacity for effective action (Nonaka, 1994). In this meaning the knowledge corpus is a sort of “by-product” of the processing of data and information that are filtered, weighted, evaluated and classified by any organization, that is: “knowledge is information that changes something or somebody - either by becoming grounds for actions, or by making an individual (or an institution) capable of different or more effective action” (Drucker, 1989).

Nowadays it is almost a commonplace to say that the whole economy may be seen as information and a network economy, in essence a knowledge-based information economy (OECD 1995).

Being an important sector of the world’s economy it is no surprise that the education sector is strongly influenced by these concepts. For education as a service industry, information is one of the most important quality parameters to support actions. In few other areas the generation, gathering, processing, application, and communication of information are as important for day to-day operation as they are for the education. Moreover, contemporary information and communication technologies allow reconfiguring the entire education sector. It is a possible instrument to increase efficiency, reduce costs, and improve education services.

It is widely accepted that rich knowledge exchange occurs through social Information and Communication Technologies. There is no doubt that information and communications technologies have altered the way we work and function in the education sector, and in today’s dynamic environment organizations must reinvent their cultures and strategies to survive and create sustainable competitive advantage.

The knowledge may lead to strong advantage in competition mainly in service providing industries, and therefore especially in education. The crucial aspects are the existing internal volume of knowledge and the possible advantages that may derive from it, as well as the additions of new knowledge items. Internal knowledge consists of parts of public and communicated knowledge from employees, from experiences and from official rules plus the general “culture of the organization”. That is to say: the overall knowledge of an organization is not only the sum of the individual contributions; to gain benefits from individual knowledge it has to be fully integrated into the specific environment of the organization (Bönke et al., 2001).

In this respect the value of “organization’s knowledge” is often described as “intellectual or social capital”; and it is generally regarded as the difference between the organization book price (how accountants value the organization) and its market value (how the market values the organization)

Based on the review of the literatures presented by many academics and practitioners, it can be concluded that there is not yet a common consensus on the definition and concept of knowledge management despite a great deal of interest on the subject. Defining knowledge management is especially difficult, as different perspectives or schools of knowledge management can yield different dimensions and meanings. For example, management information systems researchers and practitioners tend to define knowledge management as an object that can be recognized and controlled in computer-based information systems. Management researchers, on the other hand, address knowledge as processed based on individual and organizational competencies such as skills and know-how (Davenport & Prusak, 1998; Nonaka & Takeuchi, 1995). Thus, different perspectives on the concepts of knowledge can lead to different definitions of knowledge management.

Salleh and Goh's (2002) definition of knowledge management where it is a process of leveraging knowledge as means of achieving innovation in process and products/services, effective decision-making, and organizational adaptation to the market for creating business value and generating a competitive advantage to organizations.

Uit Beijerse in "Questions in knowledge management: defining and conceptualizing a phenomenon (Journal of Knowledge Management, 1999) considers that "the knowledge management can be defined as a strategic orientated way of motivation and facilitation of the company's members engagement in the development and utilization of their cognitive capacities through the valorization of its information sources, experience and capabilities of its members.

The American Productivity & Quality Center considers that "Knowledge management is a business strategy, best practice transfer, personal learning, customer intelligence, intellectual asset management and innovation".

However, in the simplest term, knowledge management means exactly that: management of knowledge. It can be extended to management of organizational knowledge for creating business value and generating a competitive advantage. It consists of the processes required to effectively manage knowledge. It is a systematic, explicit and deliberate building, renewal and application of knowledge to maximize a firm's knowledge-related effectiveness and returns from its knowledge assets (Wiig, 1997). Knowledge management is essential for enterprises to determine where they are going and for organizational survival in the long run. It is a key requirement to future successful enterprises and is rapidly being recognized by firms to be of major strategic importance.

The essence of knowledge management is built on intellectual capital, which includes Human Capital, Social Capital and Corporate Capital. All three are essential components of Enterprise Knowledge. Human Capital it is made up of an individual's past, present and future. Each of us brings a unique set of characteristics and values from the past. These include expertise, education and experience. Built on these characteristics and values from the past, they represent a set of capabilities and ways of seeing and living in the world (such as creativity and adaptability). Just as important as things from the past and skills of the present, we each have a future capacity and a particular potential for learning. Social Capital includes human and virtual networks, relationships and the interactions across these networks built on those relationships. Corporate Capital includes intellectual property, both formal and informal (e.g., patents, ideas, etc.), and corporate functional and organizational processes. It also includes all the data and information captured in corporate databases, all that has been made explicit.

Knowledge management can be viewed as a process for optimizing the effective application of intellectual capital to achieve organizational objectives. The knowledge management challenge is to discover and capture our tacit intellectual capital (that contained in our people), share this capital through Enterprise-wide connectivity, and leverage Corporate Capital (that which is visible or explicit).

From another point of view, knowledge management can be defined as a collection of disciplines, technologies and practices embedded in an information infrastructure that supports creation, sharing and leverage of intellectual assets – tangible and intangible – in an organization to achieve business goals. Or, knowledge management can be defined as simply 'the encouragement of people to share knowledge and ideas to create value-adding products and services' (Chase, 1997: 83).

Denning's contribution highlights the more tangible aspects that 'knowledge management might be seen as comprising multiple dimensions including knowledge strategy, communities of practice, help desks, knowledge bases, knowledge capture, knowledge storage, knowledge dissemination, knowledge taxonomies, quality assurance, authentication procedures, budget incentives, and knowledge measures'.

KM process

Attempts to define KM processes are numerous. For example Nonaka and Takeuchi (1995) described four knowledge conversion processes: socialization, externalization, combination, and internalization. Each process involves converting one form of knowledge (tacit or explicit) to another form of knowledge (tacit or explicit). This model focuses on the important issue of how knowledge may be created through organizational sharing and is useful for identifying and evaluating certain key activities in the management of knowledge.

Ruggles identified three main types of activities: knowledge generation involving the creation of new ideas and new patterns; knowledge codification, and knowledge transfer, ensuring exchange of knowledge between individuals and departments. Neither of these process models is broad enough to allow for a complete analysis of organizational knowledge flow, omitting several important steps in the knowledge chain, such as acquiring and storing knowledge.

Another model, proposed by Oluic-Vukovic outlines 5 steps in the knowledge processing chain: gathering; organizing; refining; representing; and disseminating. This model covers more completely the range of activities involved in the organizational knowledge flow.

Based on the reading of the KM literature, France Bouthillier and Kathleen Shearer identified the following activities comprising the KM process: discovery of the existing knowledge, acquisition of knowledge, creation of new knowledge, storage and organization of knowledge, sharing of knowledge and use and application of knowledge.

In essence the main steps of a KM process can be identified as:

- generating new knowledge;
- accessing valuable knowledge from outside sources;
- using accessible knowledge in decision making;
- embedding knowledge in processes, products and/or services;
- representing knowledge;
- facilitating knowledge growth;
- transferring existing knowledge to all parts of the organization;
- measuring the value of knowledge assets and the impact of the management process.

It is obvious that, in this area, the recent advances of ICT's are of great importance. Speaking of knowledge management today mainly means speaking of its technological components:

- a documents repository: essentially a database containing a large amount of digital objects (documents, texts, pictures, notes, etc.), usually called knowledge base (KB);

- a mapping layer: aiming at virtualizing the semantic content of the knowledge base. Its main component is a keyword system. Every item contained in the repository has an associated set of keywords grouped in classes to ease searching. The keywords give added value with respect to basic full-text searching: they are standardized, summarize only significant contents and denote concepts not necessarily explicit in documents. Basically they allow resolving the semantic ambiguities.

- an access system: providing browsing and "navigation" tools as well as sophisticated searching capabilities in order to share the KB contents and to allow the feeding of new items, the setting of their attributes and the management of permissions and ownership.

Even if the technological components are probably the main elements of a KM system, it must be emphasized here that they cannot be the only elements of a "knowledge strategy". Knowledge management binds technology and culture, and requires specific competencies. The single most important task is to understand the needs, the strategy and the cultural and social environment.

Effectively applying knowledge to create innovative solutions is not sufficient by itself. Creating and applying knowledge may merely add time and cost unless it produces something of distinct value to the marketplace or to the organization. Moreover it has been shown (Nardi & O'Day, 1999) that technology programs that ignore the need for significant cultural change, result

in systems that merely reinforce the status quo.

Knowledge management and education

Information practices and learning strategies known as knowledge management are gaining acceptance in the field of education. At the most basic level, knowledge management can be described as a set of practices that helps to improve the use and sharing of data and information in decision-making.

Educators have been using information management tools for years to improve the efficiency of administrative services and the effectiveness of academic programs. Historically, the practice of information management within education has focused primarily on the technical systems that are implemented to collect, organize, and disseminate the organization's expanse of quantitative data in such areas as finance, accounting, and enrollment planning, to name just a few. As more state legislatures, trustees, administrators, teachers, faculty members, parents, and students have begun to seek better outcomes from education—or at least to have a better sense of what current outcomes measure, in the case of higher education—many educational institutions and systems have invested in technology in order to generate data that can provide answers to those seeking improved performance.

Not surprisingly, those institutions that are investing in technology are finding that technology implementation does not necessarily improve decision-making, nor does it necessarily improve outcomes. For instance, some colleges have been able to develop expensive and sophisticated technological systems that allow departments to share information in real time via Web-based systems.

Yet at some of these institutions, faculty members do not trust the data generated, administrators in decision-making capacities are not using the system, and executive leaders have used the results to cut back departments, effectively sending the message that the new information system will be used to punish programs rather than to seek improvements. Similar situations have occurred in schools, where teachers are often the last to know about overall student trends and are typically not provided with ample opportunities to meet with their colleagues to explore findings and develop promising solutions.

Unfortunately, many schools, colleges, and universities are pouring millions of dollars into information technology without considering how to effectively integrate those technologies into shared decision-making processes to improve academics, operations, and planning.

On the other hand, many schools, colleges, and universities are farther along in developing an "information culture," yet lag behind in their "technology culture." For example, some school districts may be struggling to get by with older mainframes and a patchwork of software applications that do not "speak" to each other. Yet their administrators and teachers are asked to work in teams to develop effective standards for each grade level that are in line with state standards, and to develop local ways—beyond standardized test scores—to assess student progress. Meanwhile, teachers within schools are meeting together to discuss the progress of individual students and to address problem areas through in-school and after-school programming—but without access to a technological infrastructure that could provide basic feedback concerning the effectiveness of their interventions. At the college level, faculty members at some institutions have developed strong curriculum development processes, interdepartmental assessments of student portfolios, or program review boards—while having little or no access to timely information about their students or about the success rates of particular student groups.

One of the primary benefits of knowledge management is that it actively addresses both the technology culture and the information culture at an institution, and seeks to advance both simultaneously. Both the technology culture and the information culture are unique to the organizational context of the school, college, or university. The technology culture can be thought of as the institution's use and integration of technology in planning, development, operations, and assessment. For instance: Do teachers have access to computers in their classroom? Can they track

detailed, day-to-day assessments in routine ways? Do academic counselors have online access to previous student interventions? Is rank-and-file staff encouraged and provided with training to learn how to use new software and hardware?

The information culture, on the other hand, is distinct from what has become known as “information systems.” It involves information politics and processes for sharing information within and across the organization. For example: Who possesses information? Are there incentives for and effective means for sharing vital information to improve performance? Does the principal at the school use data in determining the need for specific programs and interventions? Does the president of the college ask for relevant data and information when a dean requests a new program or an increased budget? Are new teachers, faculty, and staff provided with the information they need to perform their jobs?

Educational organizations—whether they be schools, colleges, universities, or systems—are not machines. That is, the machine model for organizational development, which describes various inputs being transformed by specific processes into outputs, is not particularly accurate or useful in understanding the complex ways that educational organizations function. It is much more useful to consider educational organizations as adaptive, social systems where people cooperate to achieve common purposes. Organisms recreate themselves through the transformation of matter and energy. Just as ecosystems rejuvenate themselves through cycles and seasons, educational organizations grow and revitalize themselves through the knowledge they create, their processes for passing that knowledge on to others, and the exchanges and relationships that they foster among people.

As organizations committed to educational missions, schools, colleges, and universities are charged with passing along knowledge to students (through exchanges between students and teachers, through exchanges between students and books or other resources, and through exchanges among students themselves). As organizations, however, educational institutions face similar challenges that many other nonprofit and for-profit organizations face as they seek to share information and knowledge among people within the organization. Technical systems can help to generate data and information. To facilitate the sharing of information and knowledge, however, educational organizations have begun to look beyond technical capabilities and to focus on their overall information environment: human resource policies, information politics, group dynamics, departmental silos, processes for information exchange, and the organization’s incentive structure. It is also important to understand the specifics of the organizational context, and the dynamics and pressures of the external environment, such as district-wide or system-wide governance, parent and community support, and state and federal oversight (Davenport, 1997).

Knowledge management builds upon a human-centered approach that views organizations as complex systems that spring from the unique organizational contexts in which they are developed. There is no single, accepted definition of knowledge management—the field is too new and the term remains a contested topic of debate. Considered broadly, however, knowledge management in education can be thought of as a framework or an approach that enables people within an organization to develop a set of practices to collect information and share what they know, leading to action that improves services and outcomes. In seeking to balance an organization’s information culture and its technology culture, knowledge management brings together three core organizational resources—people, processes, and technologies—to enable the organization to use and share information more effectively.

PEOPLE

People, not systems, manage knowledge. But organizations can promote policies and practices that help people share and manage knowledge. Knowledge management builds upon collegial and professional teamwork by actively engaging people at many organizational levels in sharing with others what they know, and what they are learning. In many schools, colleges, and universities, working groups of staff and teachers from across departments have come together by

common need and exchange information because it makes their jobs more rewarding and their work more effective.

These groups build relationships, trust, and expertise; they create a shared repertoire of resources, tools, and artifacts that support future learning. In many organizations, these kinds of informal, self-sustaining collegial bodies—such as informal research and study groups, and brown bag lunches—have been around for a long time. They are often at the center of innovation and energy, sometimes despite—and sometimes because of—a lack of acknowledgment or attention from above. Knowledge management seeks to foster the development and utility of these “communities of practice”, while maintaining their “user” control.

PROCESSES

Formal and informal administrative procedures, curriculum development processes, information sharing patterns, information silos, salary incentives, and many other work practices affect information flow within every organization. These processes exist whether or not people choose to participate in or pay attention to them. Knowledge assessments, audits, maps, and improvement plans help to establish robust processes that enable people to get the information they need, when they need it, as well as to share it with others who may benefit from it. In highlighting patterns of information use that might not be obvious otherwise, knowledge management practices help to promote those processes that lead to more informed decision-making.

TECHNOLOGY AND INFORMATION SYSTEMS

Technology needs to be recast not as a cost center that puts a strain on limited resources for schools or colleges, nor as a driver of knowledge management, but as a vital and necessary contributor to the health and effectiveness of the organization. The most effective technologies within a knowledge management framework are broadly accessible to target user groups and promote the tracking and exchange of useful information across departments.

In short, knowledge management is an approach that can inform a wide range of practices within, and can shape the values of, an educational organization. Integrating knowledge management requires understanding how to align, within a specific organizational context, three core resources— people, processes, and technology—any of which can be ignored, but only at great cost to the organization and to those within it. Those organizations that invest in new technology without understanding their existing organizational and human patterns of information sharing are not reaching the potential of their investment. Likewise, those that invest heavily in information sharing processes but do not have effective means for tracking student outcomes are tying the hands of their employees. Improved decision-making, enhanced creativity and innovation, and stronger lines of lateral, as well as vertical, communication are important outgrowths of knowledge management. For educational institutions, however, the full promise of knowledge management lies in its opportunities for improving student outcomes. The ultimate benefit of this, of course, is to students, teachers, and the education community as a whole.

Conclusions

Education industry is facing nowadays the big challenges posed by the liberalization and globalization of markets, by the new consciousness of tourists and travelers and by the need to differentiate them in a strongly competitive environment in order to meet the objectives of a knowledge based economy. For the intrinsic nature of the education sector one of the best tool available is an effective management of the information and knowledge assets both towards the group of actors, to increase quality levels of resources and services offered, and towards the external clients (tourists and travelers) to communicate own peculiarities and to attract them. The strategic role of knowledge creation, management and sharing is of crucial importance today and will be even more imperative in the future.

In present times a education organizations have two options. It must either align its strategy with its existing knowledge resources and learning capabilities, or initiate knowledge management and learning programs to enhance those resources and capabilities to support its strategy in a suitable way. Strategically managing knowledge requires identifying what knowledge matters most to an organization and adopting the right methodologies and technologies. Only by making this link knowledge management efforts can provide long-term value.

References

1. APEC Economic Committee, *The New Economy and APEC*, 2001
2. APEC Economic Committee, *Towards Knowledge-based Economies in APEC*, 2000
3. Australian Department of Industry, Science and Resources, *Measuring the Knowledge-Based Economy: How does Australia compare?*, 1999
4. Australian Department of Industry, Tourism and Resources, *Australia as a Modern Economy: Some Statistical Indicators*, 2002
5. Brittain J, M, *Information Scientists and Knowledge*, In: MEADOWS, A. J. (ed.) *Knowledge and Communication- Essays on the Information Chain*. London: Library Association, 1991, p. 91
6. Dale N., *The Economic Impact of knowledge*, Butterworth-Heinemann, Boston, 1998
7. Davenport, T. D.; Prusak, Laurance.- *Working with knowledge. How organizations manage what they know*, Harvard Business School, 1998
8. Dosi G., *The Contribution of Economic Theory to the Understanding of a Knowledge – Based Economy*,
9. Dragomirescu, H., *Studiu tematic elaborat în cadrul proiectului prioritar “Societatea informațională – societatea cunoașterii” al Academiei Române - București, 10 noiembrie 2001*
10. Drucker, P., *The coming of the new organization*. *Harvard Business Review*, 66(1), 1988
11. Drucker, P., *The new society of organizations*. *Harvard Business Review*, 70(5), 1992
12. European Commision, *Knowledge and Learning- Towards a Learning Europe*, Joint Research Center, Seville, 1999
13. Feather, J., *The Information Society- A Study of continuity and change*, Fourth Edition. London: Facet Publishing, 2004
14. Huber, G., *The nature and design of post-industrial organization*. *Management Science*, 30(8) : 928-951, 1984
15. Kelloway, E.K., Barling, J., *Knowledge work as organizational behavior*, *International Journal of Management Review*, Vol.2, Issue 3, 2000
16. Kemp, D A, *The Nature of Knowledge*. London: Clive Bingley, 1976. Apud DORNER, Daniel G. *Knowledge Creation from Australian LIS Journals: A Content Analysis*. In: 67th IFLA Council and General Conference Papers. Boston, 2001
17. Massachusetts Technology Collaborative, *Index of the Massachusetts Innovation Economy*, 1999
18. Nakamura, L., *Economics and the New Economy: The Invisible Hand Meets Creative Destruction* Federal Reserve Bank of Philadelphia, *Business Review* July/August: 15–30, 2000
19. Neef, D., Siesfeld, A., Cefola, J., *The Economic Impact of Knowledge*, 1998
20. Nicolescu, O. “Economia, firma si managementul bazat pe cunostinte”, Ed. Economica, București, 2006
21. Nonaka, I., Toyama, R.; Kouno, N. *SECI, BA and Leadership: A Unified Model of Dynamic Knowledge Creation*. In: Little, Stephen; Quintas, Paul and Ray, Tim. *Managing Knowledge An Essential Reader*. London: The Open University and Sage Publications, 2002.
22. OECD, *The Knowledge-Based Economy: A Set of Facts and Figures*, 1999
23. Stiglitz J., *Public Policy for a Knowledge Economy. Remarks at the Department for Trade*

and Industry and Center for Economic Policy Research, London, U.K., January 27, 1999 (www.worldbank.org/html/extdr/extme/jssp012799a)

24. Wiig, K. M., Knowledge Management: Where Did It Come from and Where Will It Go?, Expert Systems with Applications, 1997; www.apqc.com

25. Zack M.H, Developing a Knowledge Strategy, California Management Review, 41, 3, 125-145, Spring., 1999

26. www.oecd.org

27. http://info.worldbank.org/etools/kam2/KAM_page5.asp#c65

28. <http://www.sciencedirect.com>

SUSTAINABLE DEVELOPMENT – THE RATIONAL PURPOSE OF DEVELOPMENT THROUGH ECOLOGY, ECONOMY AND SOCIAL DIMENSION

Constantin BRAGARU*

Abstract

Current policies cannot anymore focus mainly on their short - term impact but they have also to be more forward looking as well as more consistent between each others. Economical development is a must in the terms of a powerful and accelerated process of globalization which has surrounded the entire world. Therefore local authorities must find good strategies in order to improve the production of goods and services. In the process of sustainable development management effectiveness of protected areas is an important indicator of how well protected areas are conserving biodiversity. This is critical as most nations use protected areas as a cornerstone of biodiversity conservation.

Keywords: *sustainable development, biodiversity, economic prosperity, human well-being ,action plan.*

Introduction

Sustainable development is a fundamental and overarching objective of the European Union, enshrined in the EU sustainable development strategy, launched by the European Council in Gothenburg in 2001 and renewed in June 2006, aims for the continuous improvement of quality of life for current and future generations.

The introduction of the concept of sustainable development in recent policy-making has been a major turning point for our societies over the last two decades. Given the complexity of the concept of sustainable development, my intention in writing this paper was measuring what counts for the well-being of both present and future generations. I was inspired in treating this matter by the importance of the global need to identify the most suitable solutions and strategies in order to maintain life on this planet, by promoting human well-being through managing natural resources without hurting biodiversity. Decisions human made that influence biodiversity affect the well-being of themselves and other. We only have one planet it's not like we have a spare one in the backyard! In the past decades there was written a lot of specialized literature regarding conservation and sustainable use of diversity of species, habitats and ecosystems on the planet. Therefore I have related my paper to some of them in order to improve my study on sustainable development through conserving environment and socioeconomic development. Official statistics are well equipped because of both the commitment to impartiality and the diversity of the available expertise to provide the robust statistical tools – and in particular statistical indicators – which are required to adequately assess the implementation of current policies. Even if the current set of EU sustainable development indicators is still largely imperfect, a proactive approach like the one followed by Eurostat has increased the profile of official statistics and may help to shape future policies on the basis of a more rigorous assessment of the current situation.

The current economic and financial crisis poses a number of difficulties for monitoring progress in the implementation of the European Union Sustainable Development Strategy . The recent economic turmoil has the potential to produce dramatic changes in many of the domains covered by the Sustainable Development Indicators. But the disruptions have occurred too recently to allow a reliable assessment of their impact on the indicators.

* Assistant, Ph.D candidate, General Director of General department of European Affaires Constanța County Council, (e-mail: costin_bragaru@yahoo.com).

For Romania, as European Union member, sustainable development is not one of the possible options but the only rational perspective of national becoming having as a result the establishment of a new development paradigm through the fusion of economic, social and environmental parameters.

Sustainable development is a very complex concept which started from preoccupation of conserving protected areas. Over the years economical and social dimension were added to this first concept of sustainable development. The concept of sustainable development involves an amount of shapes and methods for social and economic development, having as instance foundation assuring a balance between this two mentioned dimensions and the elements of natural capital. The most known definition of sustainable development is undoubtedly the one that was given by the World Committee for Environment and Development (WCED) in "Our common future" report, also known as the Brundtland report: "sustainable development pursues the satisfaction of present needs". Starting with 1997 when it was included in the Maastricht treaty the term of sustainable development became an European Committee objective and assigned a increase of environment respect measures. This decision was included in "Towards sustainability" document.

In this manner European Union is reaffirming the objective of succeeding a life quality environment and welfare of present and future generations. This would lead to sustainable communities capable of putting good use and exploit their own resources with the purpose of social cohesion and environment protection. There are four serried principles for local administration that should support al international systems efforts, as well as states and local authorities in their efforts to eradicate poverty and building a fair, long lasting society. The primordial principle of "sustainable development"(involving economic, social, cultural, environmental dimensions). Second of all an effective democratic decentralization including all key competences and a proper financial resources. The principle of a good policy-making involves an effective leadership, transparence, responsibility, a good management, the improvement of public services and equal access to it, forming partnerships and straightening institutional capacity. The fourth principle of cooperation and solidarity implies forming partnerships in exchange of good-making policy and mutual support.

These four principles must be promoted through drawing near international community, national governments and civil society in order to increase capacities and skills. Applying a model of sustainable development is a must for international communities. It has been introduced the principle of total administration of resources that aims environmental protection, life standard improvement, social cohesion, economic fluency. A policy based on the four objectives of sustainable development is a challenge for cities which are trying to find a balance between the process of urban development and preserving green spaces, rural areas and natural resources.

In this case local authorities are promoters of urban and social diversity. For Romania, as European Union member, sustainable development is not one of the possible options but the only rational perspective of national becoming having as a result the establishment of a new development paradigm through the fusion of economic, social and environmental parameters. The resigned reaction concerning some global issues like global warming or poverty is in most cases resumed by the stereotype line: "What can I do?". Everyone of us must understand that sustainability does not involve only the global and local levels but most of all the individual level. Without the participation of every citizen nothing can be changed, a sustainable development cannot be accomplished. The principle of sustainable development resumes the mixture of three dimensions – ecology, economy and social dimension.

Combined with consumers behavior the ecological dimension of sustainability becomes the most important. On long term sustainable economy and social welfare are possible only in a well managed framework regarding nature as a vital element. Otherwise economic and social aspects mark their role in the attempt of making ecology "profitable": production and ecology

consumption can be used only if the consumer afford it and of the consumption and production are realized under acceptable social terms.

A sustainable living means a good, healthy, tolerant partnership appreciating the resources. It also means valuating quality of life without become a "fashion victim". To consummate in a sustainable manner means to be aware that "better" is the enemy of good, not "cheaper"; it means to remember that community and individualism are parts of a whole the same as partnership and autonomy. Living in a sustainable manner is the art of having the right behavior in a wrong structure. That's why we need both top politics and our base actions. Only from our correlated actions we can made sustainable economic structures. Sustainability or sustainable development it's a central target of European Union politics and Romania as a member has automatically adopted the objective. But the quality of member does not bring with it an "automatic pilot" for sustainable development. The government mission for sustainable development can be supported only by using adequate tools adapted to reality.

After a far more thoroughgoing study we can underline the fact that sustainable development is a basic objective in all operational programs, through which Romania sets it's own priority investments in fields like: regional development, environmental transport, human resources, administrative capacity, economic competitiveness. If we want to obtain European funds from operational programs we must have strong arguments that our project, either is "hard" and "soft", fulfills the objective of sustainable development. The affiliation to European Union energetic community politics is extremely important for Romania. Our country must set priorities according to European Union politics and objectives. These are: energetic security, sustainable level, competitiveness. Relying on national politics and some regional energetic strategies modernization of cogeneration systems and urban warming will be promoted through high efficiency technologies. This strategy will ensure important energy savings, reduce carbon dioxide emissions and make payment of energetic bills more suitable. Pauper communities will receive assistance in managing local natural resources. These poor communities have less subsistence resources and a limited capacity in facing natural disasters.

In Romania were identified potential negative causes caused by climate change. Recommendation and adaptation measures were taken after a primal evaluation, without segmentary studies and actions like law and politics changing, budget reevaluation and adapting national programs in order to assure local level implementation measures. Important decisions which influences directly or indirectly the adaptation to climate changings are taken at local administrative level. Society and communities changing behavior depend in a large measure from the knowledge problem degree. Studies have proved that sustainable development involves working together institutions of state, companies, nongovernmental organizations and after all every actor of modern society. We are interacting with environment , consummating resources and we are part of different organizations.

All initiatives made by local authorities contributes to communities welfare and sustainable development through economic and social dimension. In time these actions will spread at national level and why not at entire European Community level. Welfare is a concept which can extract its definitory qualities from the concept of sustainable development. We actually can say that these two concepts completes each other.

Conservation and management of natural resources

Human actions are fundamentally, and to a significant extent irreversibly, changing the diversity of life on Earth, and most of these changes represent a loss of biodiversity. Changes in important components of biological diversity were more rapid in the past 50 years than at any time in human history. Projections and scenarios indicate that these rates will continue, or accelerate, in the future.

The Sustainable Development Strategy underlines the EU's commitment to halting the loss of biodiversity by 2010. It also calls for Member States to complete the Natura 2000 network and

to pay particular attention to species and habitats protection and management. Biodiversity contributes directly (through provisioning, regulating, and cultural ecosystem services) and indirectly (through supporting ecosystem services) to many constituents of human well-being, including security, basic material for a good life, health, good social relations, and freedom of choice and action. Many people have benefited over the last century from the conversion of natural ecosystems to human-dominated ecosystems and the exploitation of biodiversity. At the same time, however, these losses in biodiversity and changes in ecosystem services have caused some people to experience declining well-being, with poverty in some social groups being exacerbated. Improved valuation techniques and information on ecosystem services tells us that although many individuals benefit from the actions and activities that lead to biodiversity loss and ecosystem change, the costs borne by society of such changes is often higher. Even in instances where our knowledge of benefits and costs is incomplete, the use of the precautionary approach may be warranted when the costs associated with ecosystem changes may be high or the changes irreversible. The drivers of loss of biodiversity and the drivers of changes in ecosystem services are either steady, show no evidence of declining over time, or are increasing in intensity. The drivers of loss of biodiversity and the drivers of changes in ecosystem services are either steady, show no evidence of declining over time, or are increasing in intensity. Many of the actions that have been taken to conserve biodiversity and promote its sustainable use have been successful in limiting biodiversity loss and homogenization to rates lower than they would otherwise have been in the absence of such actions. However, further significant progress will require a portfolio of actions that build on current initiatives to address important direct and indirect drivers of biodiversity loss and ecosystem service degradation.

Biodiversity is the foundation of ecosystem services to which human well-being is intimately linked. No feature of Earth is more complex, dynamic, and varied than the layer of living organisms that occupy its surfaces and its seas, and no feature is experiencing more dramatic change at the hands of humans than this extraordinary, singularly unique feature of Earth. This layer of living organisms—the biosphere—through the collective metabolic activities of its innumerable plants, animals, and microbes physically and chemically unites the atmosphere, geosphere, and hydrosphere into one environmental system within which millions of species, including humans, have thrived. Breathable air, potable water, fertile soils, productive lands, bountiful seas, the equitable climate of Earth's recent history, and other ecosystem services are manifestations of the workings of life. It follows that large-scale human influences over this biota have tremendous impacts on human well-being. It also follows that the nature of these impacts, good or bad, is within the power of humans to influence.

Biodiversity is defined as “the variability among living organisms from all sources including, inter alia, terrestrial, marine and other aquatic ecosystems and the ecological complexes of which they are part; this includes diversity within species, between species and of ecosystems.”

Biodiversity includes all ecosystems - managed or unmanaged. In spite of many tools and data sources, biodiversity remains difficult to quantify precisely. But precise answers are seldom needed to devise an effective understanding of where biodiversity is, how it is changing over space and time, the drivers responsible for such change, the consequences of such change for ecosystem services and human well-being, and the response options available. Biodiversity plays an important role in ecosystem functions that provide supporting, provisioning, regulating, and cultural services. These services are essential for human well-being. However, at present there are few studies that link changes in biodiversity with changes in ecosystem functioning to changes in human well-being.

Local or functional extinction, or the reduction of populations to the point that they no longer contribute to ecosystem functioning, can have dramatic impacts on ecosystem services. Local extinctions (the loss of a species from a local area) and functional extinctions (the reduction of a species such that it no longer plays a significant role in ecosystem function) have received little

attention compared with global extinctions (loss of all individuals of a species from its entire range). Loss of ecosystem functions, and the services derived from them, however, occurs long before global extinction. Often, when the functioning of a local ecosystem has been pushed beyond a certain limit by direct or indirect biodiversity alterations, the ecosystem-service losses may persist for a very long time.

Changes in biotic interactions among species—predation, parasitism, competition, and facilitation—can lead to disproportionately large, irreversible, and often negative alterations of ecosystem processes. Biogeographic realms are large spatial regions within which ecosystems share a broadly similar biological evolutionary history. Eight terrestrial biogeographic realms are typically recognized, corresponding roughly to continents. Although similar ecosystems (such as tropical moist forests) share similar processes and major vegetation types wherever they are found, their species composition varies markedly depending on the biogeographic realm in which they are found. Assessing biodiversity at the level of biogeographic realms is important because the realms display substantial variation in the extent of change, they face different drivers of change, and there may be differences in the options for mitigating or managing the drivers. Even if losses of biodiversity have small short-term impacts on ecosystem function, such losses may reduce the capacity of ecosystems for adjustment to changing environments (that is, ecosystem stability or resilience, resistance, and biological insurance).

When society has multiple goals, many of which depend on biodiversity, ecosystem services, and the many constituents of well-being, difficult decisions involving trade-offs among competing goals have to be made. The value of ecosystem services lost to human society, in the long term, may greatly exceed the short-term economic benefits that are gained from transformative activities.

Socioeconomic development

Overall, most trends were positive over the period 2000 to 2007 in the socioeconomic development theme. However, the picture is mixed and some areas showed slow, or even no, progress. Economic growth continued throughout the period, while regional disparities grew and households were saving less. Most of the employment indicators progressed in line with the Lisbon targets, but the overall employment rate was lacking in impetus. Labour productivity increased and energy intensity decreased in line with EU objectives.

More spending on research and development is needed if the target is to be reached. If it were possible to take the recent economic and financial crisis into account, however, the picture would be radically different. Starting with 2008 and forecasts for the coming years indicate a sharp decline of economic growth. Regional disparities of economic prosperity remain a challenge for the EU and are still rising in most Member States. Within-country dispersion of regional GDP (gross domestic product) is highest in eastern European countries, where the rapid transition into market economies has led to high income inequality. The household saving rate peaked in 2001 and then steadily decreased until 2007. There has been an upturn in the third quarter of 2008, probably in response to the financial crisis. Differences across Member States remain significant. Improving socioeconomic conditions has been one of the fundamental drivers for the vision of a united Europe and is, therefore, non-surprisingly a vital component of a number of highlevel Community policies.

Two of those important policies are the Lisbon Strategy for growth and jobs and the European Union's Sustainable Development Strategy. Both aim at achieving a more sustainable socioeconomic development and thus outline important strategic development trajectories. Overarching objectives of socioeconomic development aim for the creation of a knowledgebased economy, technology transfer, promotion of employment and enhancement of human and social capital as well as reducing social exclusion. Those objectives depict the most important aspects of socioeconomic development, and are measured in terms of economic growth and competitiveness,

technology and innovation potential, creation of jobs and social wellbeing as well as environmental sustainability.

Considering those objectives, the renewed Community Lisbon Programme for 2008-2010 creates a direct connection to the EU SDS (European Union's Sustainable Development Strategy) and the socioeconomic indicators outlined in this report.

Considering the challenges of the current economic crisis and the need for cushioning the European Union from more and longer lasting negative effects on socioeconomic development, the Council adopted the European Economic Recovery Plan in December 2008.

Moreover, confidence in the ability of the EU to tackle the financial and economic crisis was expressed in the 2009 spring European Council. In fact, the current crisis shows how deeply social and economic issues are interconnected. An important challenge for socioeconomic development arises from the ageing of the population, reflected in a growing old-age-dependency ratio. This means that a continuously shrinking proportion of the population of working age needs to generate the economic resources for society as a whole. Accordingly, the employment rate, labour productivity or average annual working time need to be increased in order to maintain a constant level of economic prosperity. The progress of fertility rates in recent years could represent a positive signal for the future supply of the workforce in the EU. Further, achieving the target of half of the older population in employment by 2010 will contribute to the final objectives of sustainable development.

Conclusions

Current developments are in many respects not sustainable because limits on the carrying capacity of the earth are being exceeded and social and economic capital is under pressure. Although it has been stated repeatedly that change is necessary, results are limited. The recent progress regarding climate policy shows that states are capable of converting the necessary political will into rigorous policy interventions, which combine leadership, vision and concrete measures. The Sustainable development strategy should contribute to further change to avoid irreparable damage and to create a future of prosperity, equity and well-being.

The Sustainable Development Strategy deals in an integrated way with economic, environmental and social issues and lists the following seven key challenges:

- Climate change and clean energy
- Sustainable transport
- Sustainable consumption and production
- Conservation and management of natural resources
- Public health
- Social inclusion, demography and migration
- Global poverty

Local authorities must elaborate overarching strategy in order to set out how we can meet the needs of present generations without compromising the ability of future generations to meet their needs. The next programming step should be to develop a strategy, to examine the country context, various stakeholders and their interests, and, among other factors, the nature of potential interventions. To help ensure that resources dedicated to the program achieve the mission's stated objectives. Defining a strategy involves developing an approach that can maximize impact on democratic development. The Sustainable Development Strategy constitutes a long-term vision and an overarching policy framework providing guidance for all members of EU policies and including a global dimension, with a time frame of up to 2050. By tackling long-term trends it serves as an early warning instrument and a policy driver to bring about necessary reform and short-term policy action. There should make full use of balanced Impact Assessments in policy making at national level. The four focus areas relating to long-term goals in some crucial areas like: shift to a low-carbon and low-input economy; protection of biodiversity, air, water and other

natural resources; strengthening the social dimension; and the international responsibility dimension of the SDS are broadly welcomed.

The local authority must give higher priority to tackling current unsustainable trends in the use of natural resources and the loss of biodiversity. Better integration of biodiversity considerations into other policy areas such as climate change, transport, agriculture and fishery is crucial, as well as considering better the value of ecosystem services. Also, climate financing is central to combating climate change, and a significant increase in additional public and financial flows is needed in order to assist developing process.

The social dimension should be better highlighted through improving labour market policies, social and education systems. The economic crisis has exacerbated inequalities and risks. With current and expected job losses, unemployment is clearly one of the biggest concerns. The hardest hit are young people, low-skilled workers and those who have been unemployed for a long time. A balanced approach to combining flexibility and security together with comprehensive active inclusion strategies and integration activities is not only crucial to support all those affected by the crisis, including the most vulnerable, but also to limit losses in human capital and to preserve future growth potential. It is vital to carry on improving the labour market policies, to review social system and further develop the education system to meet the challenges in all regions. Job creation efforts should strengthen the ability of workers to adapt to changing market conditions and prepare workers to benefit from new investments in the areas of green technology and green jobs.

Sustainable development should be seen in a global context. Many of the challenges can only be solved in international cooperation. The people of the developing world are hardest hit by the effects of climate change and land degradation. The loss of biodiversity will affect both the developing and developed world, the poorest being the most severely affected. Sustainably managing ecosystems and strengthening biodiversity policies is a basis for food security and an integral part of the fight against poverty and hunger. The global demand for natural resources is increasing, and this affects the developing countries even more than the developed world.

The strategy of local communities for sustainable development could focus on the European Union's long-term goals in the following areas in coordination with other cross-cutting strategies:

- contributing to a rapid shift to a safe and sustainable low-carbon and low-input economy, based on energy and resource-efficient technologies and shifts towards sustainable consumption behaviour, including sustainable food patterns, and fostering energy security and adaptation to climate change.
- intensifying efforts for the protection of biodiversity, air, water and other natural resources and food security, and more focus on integration of biodiversity concerns into policy areas.
- with potential negative impact on biodiversity such as parts of the common agricultural policy, the common fisheries policy and transport policy.
- promoting social inclusion and integration, including demographic and migration aspects, and improving protection against health threats.
- strengthening the international dimension and intensifying efforts to combat global poverty, including through fair and green growth, and addressing population growth and its impact in terms of increased pressure on natural resources.

References

1. Ecosystems and human well-being : wetlands and water synthesis : a report of the Millennium Ecosystem Assessment, World Resources Institute, Washington, DC. 2005.
2. Ecosystems and human well-being : health synthesis : a report of the Millennium Ecosystem Assessment, World Resources Institute, Washington, DC. 2005.
3. Millennium Ecosystem Assessment Synthesis Report , Alberta Society of Professional

Biologists, Volume 20, Number 1, Spring 2005.

4. Millennium ecosystem assessment: research needs. American Association for the Advancement of Science (AAAS), Science, Vol. 314, October 2006.

5. Review of the EU Sustainable Development Strategy - Presidency Report -2009

6. Sustainable development in the European Union - 2009 monitoring report on the EU sustainable development strategy

7. Alcock, R. (1997), "Consumption and sustainable development." Science 276.

8. Antoci, A., S. Borghesi, (2005). "Biodiversity and economic growth: Trade-offs between stabilization of the ecological system and preservation of natural dynamics." Ecological Modelling 189.

NEW CHALLENGES OF THE HUMAN RESOURCES MANAGEMENT IN A KNOWLEDGE BASED SOCIETY

Ștefania GUDĂNESCU*

Abstract

This paper work is a presentation of the new strategies in human resource management, best practices, complementarities and the impact on innovation performance. New human resources strategies applied in organizational system in private or public sectors are primarily aimed to improve the employees work performances for maximum efficiency, achieve optimal financial results and provide quality services and products. The development of human capital is the main goal in a knowledge based society and economy. The power of the 21st century derives primarily from intangible intellectual resources and knowledge capital and a fundamental change and transformation of economy processes from physical resources to knowledge resources. Human capital became the essential element of knowledge based society and people are now the biggest asset. The knowledge, skills and abilities have to be deployed and used to the maximum effect if the organization is to create value. Learning, accumulate useful information, using new technologies, are the most important goals to be achieved by the human capital. These goals can beachieved in the context of a strategic human resources management applied in private and public sectors.

Keywords: *human resources management, knowledge, strategies.*

Introduction

This paper draws upon four perspectives (resource-based view of the firm, knowledge management view of the firm, organizational learning and human resources management) to develop a framework for analyzing the building of a firm's sustained competitive advantage.

Research on the resource-based view of the firm has explored the features of firm's strategic resources. It suggests that resources that are rare, valuable, scarce, non-imitable and non-substitutable provide a source of sustainable competitive advantage. According to the knowledge-based view of the firm, organizational knowledge is an intangible resource that meets the above stated conditions. However, these views of the firm have not explained how these strategic resources are created. Thus, in order to develop a holistic model that pushes forward this issue, serious attention must be focused now on the literature on human resource management and organizational learning.

In our society the concept of "Knowledge" become the most important issue to develop the human capital. Knowledge seems to be the only power that guarantees social progress, economic and democratic while not eroding. Orientation to the capture and assimilation of knowledge is for most organizations the confirmation of functional maturity, consistent with the essence of the information society in which we live. Knowledge has become an important economic factor and started to undergo management processes. In its functioning knowledge society are crucial processes designated by the generic terms: innovation (creating new knowledge), learning (assimilation of new knowledge) and interactive partnership for knowledge. We are contemporary with an increased complexity of all phenomena scientific, technical, socio-economic or cultural complexity that requires more than ever a great flexibility in our way of thinking, to communicate and to act and to have the desire to learn permanently.

Knowledge Society provides the basis for a future society of conscience, of truth, morality, creativity and spirit.

* SC "Avangarde Technologies Consulting" SRL, (e-mail: stefaniagudanescu@ymail.com).

The knowledge human resources management defined as a approach, strategic targeted, for motivation and facilitate to members of the organization to develop and use their cognitive capacities, by value, subordinate its overall objectives, sources of information, experience and ability of them to become business functional basis in the knowledge society at all levels in society, for organizations, institutions, national and local administrations.

The public and private organizations must apply competitive changes for their human resources management systems. Human resources management is concerned with the people dimension in management. Since every organization is made up of people, acquiring their services, developing their skills, motivating them to higher level of performance, and ensuring that they are continue to maintain their commitment with the organization are essential to achieving organizational objectives.

The scope of Human Resources Management has changed over the last few years. However, this change has been relatively slow in comparison to the changes in their area of business, management and administration. Some Human Resources Management sub-functions seems to be breaking away from Human Resources Management; other seems to be new sub-areas while still other seem to be changing only in term of their relative emphasis and degree of importance.

Many of these changes depend on the size of the organization in which the Human Resources Management functions occurs, the managerial philosophies, the growing importance of the functions, the changing organizational demands, employee needs and societal concerns.

Managerial and organizational developments, manpower planning, are incoming areas.

Training and managerial development and personal research have become increasingly important today, while the importance of appraisal, wage and salary administration, has somewhat declined in terms of relative emphasis. Employee benefits and services and worker's health and safety have always been important personal concerns. Labor relations, public relations and plant security are 'outgoing' Human Resources Management sub areas which have been taken away from Human Resources Management department.

Today's its firm's workforce, its knowledge, commitment, skills and training that provides the competitive advantages for world class companies. Human Resource's job is to build those competitive advantages. That means an upgrading of Human Resources traditional role. Earlier, personal people first took over hiring and firing from supervisors, ran the payroll department and administrated benefits plans. The job consisted largely of ensuring that procedures were followed. The new technology in the areas like testing and interviewing began to emerge the promotion. Today, Human Resource's role is shifting from protector and screener to strategic partner and change agent. The metamorphosis of "personal" to "Human Resources" reflects that. In today's flattened downsized and highly performing organizations, trained and committed employees- not machine are firms.

1. Features of European Human Resources Management

Modern economies are based on knowledge rather than materials or labor. To meet the competition posed by new emerging economies, Europe must create jobs that need a dynamic, knowledge-based society. Is necessary to invest in education, science, and employment policies in order to keep pace with change and the European Union to safely cross the global economic crisis. European Union countries cooperate closely to meet the challenges, sharing the same objectives and policies are mutually supportive.

European Union Strategy for growth and jobs in a sustainable manner, known as the Lisbon Strategy, promote business innovation and investment in people to build a knowledge-based society. The main issues addressed are learning throughout life and promote research and development.

The strategy also aims to boost its citizens so that they become active and remain in employment longer, in proportion to rising life expectancy, to improve the adaptability of workers

and enterprises, to provide better education and greater powers and adapt social protection systems to the challenges of innovation, globalization and mobility. The new approach combines the flexibility and mobility in the labor market with strong network of social security and is known as "flexicurity".

Lisbon strategy in 2008 assumed new values, with the outbreak of the economic crisis in Europe. It will help Member States to recover, boosting demand and restoring confidence in the economy. The European Union also established measures to mitigate the immediate impact of economic crisis on employment and to improve long-term prospects by linking supply and demand of jobs and by anticipating the needs of the labor market. For example, if there is a surplus of workers in the clothing but the forecast shows that there will not be enough in the tourism sector, the textile workers in the field can be changed the profile.

2. New concepts and goals of the Human Resources Management

Contemporary management practices indicate that many leading companies have recognized the strategic importance of human resources and have adopted an investment perspective toward these resources. Further, there is greater awareness of the costs of treating employees as variable costs, which is beginning to change views of human resource practices. There is also a growing recognition of the relationship between companies' overall strategies and their human resource practices.

The emergence of knowledge as human resource management's (HRM) key resource will certainly necessitate radically new management theories and practices. HRM will assume a distinctive role, since employees will make major contributions in productivity, efficiency and customer satisfaction. The HRM strategies in the 21st century have to focus on a better individual-organization interface and greater emphasis on organizational effectiveness than on personal success. Now that the employee ratio is decreasing and information technology is taking over administrative tasks, human resource development (HRD) no longer does this. Major strategic challenges such as reorganizations, mergers, technology advances, and globalization require an HRD perspective. There is also a massive culture shift going on as organizations move from hierarchies to networks. There is an urgent need to bring accountability and power to everyone in an organization.

The main aspects that underlying the changes in the new strategies in contemporary organizations in terms of human resources management are:

- the knowledge based economies and societies;
- the human capital;
- the changes and challenges of human resources management.

3. The knowledge based societies and economies

The knowledge revolution means a fundamental change and transformation processes based economy almost exclusively on natural resources in the economy based mainly on knowledge.

On the basis of this revolution are the decisive role that the knowledge they have acquired in recent decades, increasing economic importance of technology, information, economic processes, human capital, capabilities and organization skills - knowledge related to organic factors.

The results of the knowledge revolution are knowledge-based economy and society. In the economic plan - the changes referred to, knowledge becomes the essential element of achieving high productivity and competitiveness for firms, economic sectors, national economies and the global economy as a whole.

Stages of the process of knowledge development via production of new meaning are:

- Knowledge creation - Socialization (sharing personal experiences rooted in tacit knowledge in the process of creative reflection on available information, with the aim of producing "new meaning");
- Knowledge dissemination - Externalization (expression of "new meaning" and its translation into comprehensible forms that can be understood by others, i.e. information with the

element of new meaning) and Combination (conversion of newly-created information into analogue or digital signs that allow capturing, integrating, dissemination and editing, combining it with existing information and making it more usable);

- Knowledge utilization - Internalization (conversion of newly-created information into tacit knowledge of individuals acting alone and as part of communities and organizations; society at large, i.e. inserting into existing tacit knowledge the element of new meaning and thus changing the existing tacit knowledge) and Application and use (using developed knowledge in practical behavior).

In the society and economy of each country, are produced four major processes related to knowledge:

- acquiring or developing knowledge that is produced by the learning processes of people and organizations;
- knowledge creation in the form of inventions, innovations, projects systems, technological, managerial, economic, etc
- use knowledge, decisions and actions by individual and group, which is reflected in the final products, services, new or upgraded knowledge that is sold in terms of profitability,
- knowledge retention, as many forms, such as databases, archives, etc. monographs.

The essence of the “knowledge” society is knowledge development, the creation of **new meaning**, additional value generated by creative processing of the available information by people and measured by greater and/or new applicability/usefulness of the processed information, as compared with the originally available information.

In the knowledge based economies “the knowledge’s” are the raw material used in the current activity of modern organizations to reach the maximum level of competitiveness and to develop positively in the competitive environment.

It is not a new idea that knowledge plays an important role in the economy. Adam Smith referred to new layers of specialists who are men of speculation and who make important contributions to the production of economically useful knowledge. Friedrich List emphasized the infrastructure and institutions which contribute to the development of productive forces through the creation and distribution of knowledge. The Schumpeterian idea of innovation as a major force of economic dynamics has been followed up by modern Schumpeterian scholars such as Galbraith, Goodwin and Hirschman. And economists such as Roemer and Grossman are now developing new growth theories to explain the forces which drive long-term economic growth.

Innovation is another key factor in modern society and economy. During the last two decades, the term innovation has emerged as one of the key concepts of academic, societal and political life. Many different actors, ranging from major regional organizations, various national governments, multinational corporations, and universities worldwide, have underscored its importance. For the modern economies and societies “innovation” may take different forms such:

Innovation is a national affair

The major driving forces in the formulation of innovation strategies are national governments. Numerous countries have established commissions or committees dealing with the creation of an innovative society.

Innovation is about science and technology

New government programs increase public spending for scientific research, IT-infrastructure, and efficient patent systems. The state tries to coordinate and foster interactions between the government, universities, and the private sector.

Innovation is primarily an economic concept

Key goals pursued through innovation within the private sector are new ideas, new alliances, and new markets. The main objective of this kind of innovation policy is to formulate proactive strategies designed to create, expand, and maintain systemic competitiveness in the economic field.

Building Knowledge Societies and Economies based on “knowledge and innovation” concepts, one has to look for a different set of basic assumptions:

Innovation is network oriented (a local, regional, national, and global affair)

One of the main driving forces behind innovation is knowledge, which is not confined by an organization’s boundaries. Instead, it evolves around networks of common practices, experiences and traditions. Innovation calls for new interactions and new partnerships involving different actors from the public and private sector, and civil society organizations (CSO). Because networks characterize a sustainable culture of innovation, activities at a local, regional, national, and international level are always included.

Innovation has a scientific, economic, social, and cultural dimension

In most cases, innovation is the result of recursive and holistic processes and practices and it does not follow linear patterns of progression. Using the analogy of an orchestra playing together, real innovation is normally achieved by a team, “with each member playing a different instrument – bringing something different or unique to the question at hand.”

Innovation is about knowledge

Any concept of *A Culture of Innovation* is strongly linked to the concept of knowledge societies.

According to the Dutch Professor Hans Opschoor, innovation essentially implies that creative people who lead economic and social development, put knowledge to work. In any case, innovation is knowledge intensive. Both are interrelated and have to be addressed simultaneously.

Innovation and knowledge creation is people centred

Scientific knowledge and technology can never substitute for social interaction and human capacities. The abilities to learn and to foster personal experiences constitute the human side of *A Culture of Innovation* and are key elements of knowledge societies. Therefore, all innovation and knowledge policies have to be people centred.

Innovation and knowledge creation have long term perspectives

In the past, policy makers have placed too much emphasis on short-term gains in the name of global competition. *A Culture of Innovation*, with the features of a knowledge society, can only be created based on a clear and concise strategic perspective. This strategic process ideally rests on the principles of democratic governance and inclusiveness.

Knowledge creation and *A Culture of Innovation* are keys to development

Research has shown that increased investment in human capital can determine competitive advantage and indeed success in the development of Least Developed Countries. With the increasing importance of Information and Communication Technologies, the digital divide has grown at a rapid pace. It is important to bridge this gap by fostering Least Developed Countries’ access to Information and Communication Technologies in order to make technological progress work for human development.

Innovation and knowledge creation are inseparably linked with education

The radical social transformations implied in the development of knowledge societies and *A Culture of Innovation* mean that the global population is increasingly in need of the necessary education to harness and maximize the potential benefits while minimizing risks of globalization and innovation. As it becomes more and more important to know, the importance of “knowing how to know” also arises. As knowledge becomes the essential factor in development, both personal and economic, it is of capital importance to increase access to education.

4.The Human Capital

The term “Human Capital” is recognition that people in organizations and businesses are an important and essential asset who contributes to development and growth, in a similar way as physical assets such as machines and money. The collective attitudes, skills and abilities of people contribute to organizational performance and productivity. Any expenditure in training, development, health and support is an investment, not just an expense. Increasingly however,

business and political leaders are starting to recognize that having good people who are skilled and motivated can make a significant difference. To grow and adapt, the organization's leadership must recognize the value and contribution of people. Treating money spent on people as an investment in an important asset is a far more appropriate mindset than treating such expenditure as an expense, to be kept to the minimum amount necessary.

Investment in human capital is at the heart of strategies in all countries to promote economic prosperity, fuller employment, and social cohesion. Individuals, organizations and nations increasingly recognize that high levels of knowledge, skills and competence are essential to their future security and success.

The level of skills, knowledge and competences held at any one time by individuals can be taken to represent the "stock" of human capital. The total stock within a company can influence its prosperity and international competitiveness. The distribution of knowledge and skills has an important bearing on social participation and access to employment and income.

Competition is so fierce and change is so fast, that any competitive edge gained by the introduction of new processes or technology can be short-lived if competitors adopt the same technology. But to implement change, their people must have the same or better skills and abilities. Extending human and intellectual capital can be achieved when innovation and creativity are present in an organization.

5. The changes and challenges of human resources management

Contemporary society has entered a phase of accelerated change - changing social structures and economies, collective representations, social practices, styles of behavior. People need to change mentalities, the competition requires new behaviors and new property relations generate new attitudes.

Change management is providing all processes, organization, decision, coordination, training and control of the measures of change, transformation, replacement, or supplement in form and content of the company in order to improve specific performance of the system concerned.

Management is a core driver of growth; it is directly and indirectly generating a substantial economic value added.

Management generate added value mainly in three ways:

- potentiating work at each job, reflected in higher productivity due to insurance as a result of decisions and actions of managers, senior technical parameters of the equipment, raw materials rhythmic power entirely appropriate in terms of production quantity and quality needs, the classification of positions of persons who have training and relevant experience, to provide knowledge and informed performer needed streamlining work etc.. A good management of the organization ensure the technical, human, informational, financial, organizational and motivation conditions for increasing labor productivity;

- Enhance the overall functionality of the company, all the connections generated by streamlining decision-making and organizational information reflected in the increasing use of production capacities, sizing judicious inventory of raw materials, semi finished and unfinished production, accelerating speed rotation of working capital, etc.. Thus resulting efficiency of how resources and joint work processes of business, labor results from combining the rationality of its individual components, the utilization of knowledge resources, financial and organization-wide information;

- Integration at a higher level of business activity and market economy based on economic criteria, which results in absolute and relative savings of work life both, materialized at the organization and system in which is integrated, level. Specifically, the efficiency improvement result from specialization and cooperation in production, supply and sale of increased rationality, type of demand on domestic and foreign markets that organization sell etc..

Currently the development and competitiveness of the organizations depends on "Human capital", "Creative Human Intelligence Management" and "Creative Performance Management

System". Besides the above mentioned points, there can be a lot of activities and processes in HR which would act as "Human Intelligence Boosters".

With the current organizational challenges and the future dynamics, there would be a defining need to look at Human Resources with a different perspective, the creative side of it, to cope up with the changing times. If we can, for gossip sake or in all seriousness try to look at Human Resources in the future, it can be well seen that Human Resources is most likely to go through a whole metamorphosis and transform into a "creative" function. It could be either a role in itself, as a part of the Human Resources domain or a function in totality.

The new strategic Human Resources Management of an organization must be based on the following objectives:

1. The organizations must become "Investors in people" make their own employees at the forefront of business strategies through a national guideline, standard, relaxed but depending on the specific needs of each organization to increase sales performance, productivity, efficiency, quality and profitability. Also, common rules of human resource management ensure successful implementation of other management techniques such as "total quality" or "new engineering processes and strategies.

"Investors in People" have four priorities:

- public accountability of management to develop human resources for the fulfillment of organizational objectives;
- systematic summary of skills and training needs of all employees;
- training employees immediately after recruitment and throughout their activities;
- investment in education and training assessment to measure achievements and to improve efficiency in future.

2. Human capital in organization, keeping in consideration "development potential" and "performance";

3. The role of the human resources professionals must be: strategic, consultative, proactive, long term committed to assure continuity of the human resources strategies of the organizations, solutions focused, functional experts and strategic partner for the company and human capital developer.

4. Human resources managers' job must be: to choose the perfect employee –"the right person for the right job", orientation, training, performance, creativity, working relationship.

5. In the process of designing new human resources strategies the organizations must take account of: globalizations of the jobs, going global and analyze the labor markets and the workforce and choose the most qualified individuals for employees, the internal and external environment of the organization, new approaches of the recruitment activity depending on the position that the future employee will hold in the company - Chief Executive Officer must have good communication skills, managerial talent, emotional stability, maturity and ability to adapt easily to new competitive climate; functional manager, must, besides maturity and emotional stability, to demonstrate good technical knowledge for performing the particular job; people who solve problems must possess good technical skills, be creative and innovative;

6. Adoption of the concept of "Creative Human Intelligence Management" would consist of all activities which human minds processes at workplace and make them deliver in highly empowered, flexible and experimental environment, with their creativity promoted and supported by the organization. The function of "Creative Human Intelligence Management" would be: recruiting with creativity, encourage employees to take up creative interests, rewarding the under-performer.

7. To ensure optimum use of human resources currently employed, to avoid balances in distribution & allocation of human resources, to assess or forecast future skill requirements of organizations over all objectives, to provide control measure to ensure availability of necessary

resources when required, to control cost aspect of human resources, to formulate transfer and promotion policies.

8. Information technology-centered on human resources - most information in most organizations and data that employees need not be found on the computer; managers must avoid to obtain information from employees because they add value to raw data, interpreting and placing them in a certain context; the managerial perspective on information technology is more complex and detailed, the more unlikely that the computer system to change employee behavior; new technologies and applications must be applied across the organization and the employees must have knowledge to use them.

9. The human resources managers must be aware that the basic rule is that in a knowledge based economy the employee must have the following features: knowledge, skills, abilities, attitudes.

10. Introducing the concept of the “leadership “ in organizations – the management styles in our society are based on “leadership” concept which focuses on current restructuring of work roles, accelerate economic and social change, altering the degree of involvement of employees in the organization and increasing responsibilities at all levels. Only managers with a high capacity for innovation and tolerance to stress, able to distinguish fog corporate future and live in reality for the vast majority of the leaders still immaterialized in global competition.

Conclusions

The new challenges of the Human Resources Management are the word changes, globalization and knowledge based economies and societies. The organizations strategies in this field must adapt quickly to changing of internal and external environment of the company. The managers are those who excel and thus help the organization to be a winner in the competition and long-term develop it. This includes creating a culture of the organization to promote and support the innovation process. There is a direct relationship between organizations as innovative and proves its ability to expand intellectual capital.

Long-term success of any organization will depend on its employees. Development of new products, marketing effectiveness, production and distribution, quality products and services depend primarily of professional ability and devotion to the organization of human resources. All managers are responsible for increasing the company performance, so you need to lead and prepare their subordinates in a manner consistent with corporate objectives.

The evolution of our society will be based on knowledge, creativity and innovation the main attributes of the human capital.

References

1. Androniceanu A.,1998, Managementul schimbarilor.Valorificarea potentialului creativ al resurselor umane, Editura Ch.Beck
2. Beardwell I., Holden L., Claydon T., 2004, Human Resource Management A Contemporary Approach, Pearson Education
3. CIOBANU I., CIULU R., Strategiile competitive ale firmei, Editura Polirom, Iasi, 2005
4. DRUCKER P., 1992, Managing for the Future, Butterworth Heinemann,
5. Nicolescu O., 2007, Economia, firma si managementul bazate pe cunostinte, Editura Economica.
6. Nicolescu O, 2004, Managerii si managementul resurselor umane, Editura Economica.
7. OECD (1996a), Employment and Growth in the Knowledge-based Economy, Paris.
8. Understanding knowledge societies, 2005, United Nations publication,
9. W Richard, D'Amico J. and C., 1997, Workforce 2020: Work and Workers in the 21st Century, Indianapolis: Hudson Institute.

COMPETITIVENESS, FOREIGN INVESTMENTS AND THE ECONOMIC CRISIS

LIVIU RADU *
CARMEN RADU **

Abstract

The competitiveness of multinational corporations is a multivalent notion, due to the fact that at the present moment such organizations are economic entities continuously moving in the context of the internationalization process and of the widened use of global strategies. Considering the said changes, one cannot merely assess the competitiveness level of multinational corporations from a static standpoint, by means of the turnover, sales volume or number of employees, but a dynamical standpoint is also needed in correlation with the business environment in which the organization operates. In 2008, at the beginning of the financial crisis, Romania had been facing a few years of economical growth, however accompanied by the growth of the short term external debt and the accumulation of a significant external deficit. The deterioration of the international economic and financial environment during the past two years has manifested with ever increasing intensity, while the medium term evolutions face significant uncertainties on both a world and national level. This paper aims at analyzing the competitiveness of multinational corporations, the influence of the economical and financial crisis that occurred in 2008 in the world and Romanian economies over the foreign direct investments.

Keywords: *national competitiveness, multinational corporations' competitiveness, competitive advantage, international financial crisis, multinational corporations, globalization, foreign direct investment flows, financial-banking sector, international economic system.*

Introduction

An important factor directly influencing an economy's potential for a sustainable development growth is represented by the level of competitiveness and the volume of foreign direct investments. Nonetheless, the context of the current financial crisis also makes the FDI flows to register obvious drops, thus leading to a progressive competitiveness reduction.

Competitiveness is synonymous to economic growth and reflects such a situation of the economic activity that is determined by a certain resources consume, for the purpose of obtaining an economic good. The competitiveness attribute is valid for any activity which implies the resources allocation and use (material, financial or human), in order to produce goods and distribute them in space and time. This approach describes competitiveness from the standpoint of the resources allocation efficiency, and brings in the spotlight the existing rapport between (maximum) effects and (minimum) efforts. Thus, goods production reflects competitiveness in the context of minimizing the costs afferent to such, whilst distribution in competitive conditions should ensure a correlation between the goods volume, structure and quality on one hand, and the consumers' exigencies on the other hand. On a micro-economical level, competitiveness may be assessed in view of company profitability, and on a macro-economical level, by national labor productivity.

In studying competitiveness, such has been equivalent to competitive advantage, when considering national competitiveness, and it is synonymous to the term of competition, when

*Lecturer Ph.D., Faculty of Social and Administrative Sciences, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest, (e-mail: lgradu2005@yahoo.co.uk)

** Lecturer Ph.D., Faculty of Social and Administrative Sciences, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest, (e-mail: carmen.radu@univnt.ro)

analyzing a company's competitiveness on an international level. On the other hand, more prudent approaches include the one of Kirsty Hugues (1993) [1], who thinks that competitiveness is a relative, static or dynamic efficiency issue, but also a reflection of the performances in the international trading (measured performances), either in the form of the export market shares, or in the form of import penetration level.

In conclusion, competitiveness is the capacity of an economic unit, product or service, individual or activity of being susceptible of supporting others' competition. On a company level, the following competitiveness categories can be identified: global, financial, commercial, human, managerial, technical, and organizational. Global competitiveness of a company represents its potential and implies a diagnosis or critical inventory to be performed of that company's capability, meaning of its economic-financial strengths and of all of the company's weaknesses, especially regarding the success key factors implied by the competition. In other words, competitiveness depends on the good functioning of all the company's set of components.

1. Literature review

Researchers are animated by themes such as competitiveness and competitive advantage, the role of foreign investments and the attenuation of economic crises. Over time, the specialized literature has benefited from the studies of many renowned authors, including John H. Dunning, William Northaus, Kirsty Hugues, Robert Solow, Gilbert Abraham – Frois, or Ngairé Woods. In the Romanian economic literature it is worth mentioning the important contribution of the researchers Costea Munteanu, Alexandra Horobet, Anda Mazilu, Vasile Dan, Liviu Voinea etc.

2. Theoretical background

Among the performance criteria ensuring a high level of competitiveness there are included: labor productivity, labor cost, the level of meeting beneficiaries' demands, products and services quality, etc [2].

The current transformations on a world-economy level have reached an extremely alert rhythm. These transformations are manifested on all levels of business organization, on a macro, mid and micro-economical level. Such a permanent change, often too rapid, sometimes slower, of the international economic environment factors highly influence and drive the evolution of economic companies. To such end, there have been particularly noticed, especially in the last decays, the transformations of multinational companies, from an evolutionary perspective, and in respect with the business environment in which they operate. Representing a succession of consecutive phases or steps, such changes faced by companies involve an entire resizing and funds reallocation process, for the purpose of maintaining within the parameters imposed by the international competitiveness exigencies [3].

2.1. Competitive Advantage and Multinational Companies

Reaching the highest peak in their becoming international, companies reach not only considerable sizes, but also a high level of flexibility, as they are capable to adapt to the economic environment factors influencing their activity. In the same time, companies are aiming to develop the integration of the activities they operate by means of the entire complex and interdependent structure, by production and trading branches. In this context the so-called network-companies can be referred to. This new concept refers to multinationals which take part in international activities networks, by collaborating with other companies, which have managed to create their own specialized network with an interdependent structure. As the are the result of increased international labor division, and in the same time they contribute to the development of this phenomenon, international production networks on an intra-company or inter-company level have reached the situation when they decisively influence production flows, hence determining most part of a product's components to come from other countries from the one where the final product is assembled.

International networks of the multinational companies represent by themselves phases of the increasingly complex economic integration of their activity. Thus, one can firstly identify a simple or “superficial” integration of the activities, when a single phase in a product’s manufacturing process is located abroad. Then, a complex or “in depth” integration of companies’ activities can be referred to, implying the contribution of more production centers, located in different countries, to the production of one good, in a coordinated manner (specific to the American car producers in Europe).

The progressive shift from a superficial production integration to an in depth one implies the companies’ performing high value foreign direct investments abroad, the development of intra-company and inter-companies trading operations, the transfer of know-how, technology and various information afferent to production processes. In the phase of simple production integration, the decision power mostly remains an attribute of the mother-company, which sends the “orders” to branches by means of hierarchical channels. Activities coordination is performed on a regional level, with the delocalization of a single product manufacturing phase. In the case of complex integration, the system becomes increasingly decentralized, however with the increase of the intensity and complexity of the connections between the company’s structures. Also, the components and semi-manufactured parts exchanges are intensified between branches, with the information, human and financial resources becoming multi-directional.

Transnational companies, as complex and multi-dimensional entities, have reached the point when they function in complex and varied economic environments. They need to permanently evaluate their strengths and weaknesses, in order to properly adapt their business behavior to the environments where they operate, depending on the economic, political and cultural context of such. The over-sized corporations are interested in performing a systematic analysis of the business environment and to design rigorous and thorough plans that are necessary to coordinate their activity on a national, regional or world level. To such end, the strategies on which transnational companies decide are of the utmost importance. Strategy design involves, first of all, making decisions on how the production units can be optimally managed, depending on the conditions and exigencies of the economic environment, in order to create competitive advantage. If the prerequisites are considered of the international environment in which corporations’ activities are carried out, then the call is made for global strategy, representing a particularly complex plan, in order to make the best choice when it comes to the international allocation of resources. For the economic success of the transnational company, all opportunities and limitations are considered, the competitors’ behavior and reaction power, irrespective of where such is manifested worldwide.

During the last decay, transnational companies have constantly focused on designing an overall strategy that would ensure their coordination, management and control of the “wide areas”. The aspects that have generated this are: the existence of wide consumers segments, divided into large markets, the occurrence of which has been favored by regional integration phenomena on almost all world continents; the reduction of tariff and non-tariff related barriers due to repeated rounds of international commercial negotiations; the technologic progresses; the transportation and telecommunication means, as well as others.

The global integration strategy may lead to increased flexibility in shaping operations on a global level, however it does not allow for the company to answer in the best manner to the preferences and tastes of the customers in only one country. It is for such reason that corporations call for a second type of strategy, by which they aim at maintaining their competitive advantage by means of strategies aimed at adapting to the national economic environment. This type of strategy implies for the company to grant increased autonomy to its branches in various world countries, by providing them with the possibility of adjusting as well as possible to the local market conditions. The corporation’s rapidity in meeting the various preferences and regulations in the many countries where it operates provides it with a competitive advantage against the companies that

pursue activities global integration strategies. Under such circumstances, the corporation aiming at adapting to the national economic environment specificity operates in most countries where it has branches as if it were a local company.

Which are the competitive advantages of transnational companies compared to the competition from local companies? Firstly, compared to a simple local company, a multinational has the ability of splitting between its branches located in different locations and economic environments the risk of losing financial resources. Secondly, it can divide the costs with research and development into an increased number of sales. Thirdly, it can coordinate the exports of a particular branch on an international level, as it is more experienced in respect with international operations and also has the proper structure. Fourthly, the corporation can transfer the work experience and technology accumulated in one branch to other branches, thus ensuring the transfer of knowledge organization-wide. Known as “multidomestic” companies, the said transnational companies try to act in each national environment as if they were local companies.

Many corporations have not reached yet the organization level where there can be asserted they are entirely globally integrated, or that they answer with maximum operability to the demands of each individual local market. Nonetheless, the purpose of truly efficient and adaptable corporations is to create a compromise between the two above described types of strategies. Most of them are trying to simultaneously comply with both principles, and also to make the proper decisions depending on the actual situations they face. Corporations need to constantly assess the advantages generated by increased organization flexibility on a global level and adaptability on an area or national level.

Most economists consider that transnational companies are susceptible of obtaining competitive advantage at least by three ways that are specific to global strategies (table 1).

Table 1: Ways for obtaining competitive advantage by global strategies

Costs minimizing	The purpose of this strategy is to efficiently organize marketing, production and to manufacture the product so that to reduce as much as possible the expenses related to such activities, by reducing sale price or selling upon the same price as competitors do, however with a higher profit margin. This way means to pursue the wide scale economy advantages, as well as significant cutting down in the administration, service, advertising etc. expenses.
Product policy	Represents the use of factory brand in manufacturing the product in such a manner as to include certain specific features, which then makes it easy to be differentiated from the competitors’, granting high quality post-sale services, increasing product quality compared to the products of the competitors etc.
Organizational goal	While some companies provide a highly diverse set of goods for the purpose of satisfying the customers’ needs as much as possible, others would rather focus on very specific narrow market segments. Thus, companies that fail to be competitive by developing their range of manufactured goods focus their activity on servicing an as narrow customers category as possible, and by costs reduction and product policy, they succeed in becoming and remaining competitive on that narrow market segment.

In conclusion, at the present moment we view transnational corporations as continuously moving economic entities in the context of the internationalization process and of the transfer to using global strategies, for at least three reasons. It nowadays represents a complex system in which a contradiction between flexibility and activities coordination is permanently manifested. This contradiction originates in the very tendency of the company to move abroad, in its permanent pursue for extending its actions beyond the home country borders. Secondly, the issue of limiting the company’s “borders” is increasingly difficult, because the diversity of its activity is

continuously growing. Thirdly, the permanent evolution of the products, production and trading techniques, of the local business environments, permanently change the conditions in which the company carries out its activities, its strategy, as well as the forms of its internal organization.

2.2. Assessment Criteria regarding National-State Competitiveness

The level of transnational companies' competitiveness can be emphasized by extrapolating research towards studying the competitiveness of their origin and host countries. Measuring a country's competitiveness is a challenge for the World Economic Forum (WEF), which in 1979 published the Global Competitiveness Report of the International Institute for Management Development (IMD) which, as of 1989 has edited the World Competitiveness Yearbook. The International Institute for Management Development (2003 Report) defines competitiveness as the economy sector, expressing the actions and policies describing a nation's ability of creating new value and of maintaining an environment that would continuously add value for its companies and increased prosperity for the people. The IMD study analyzed the notion of competitiveness, categorized the most competitive economies by a set of criteria and considered a series of specific competitiveness measurement factors, such as: attractiveness vs. aggressiveness; proximity vs. globality; assets vs. processes; individual risk taking vs. social cohesiveness (table 2) [4].

Table 2: Competitiveness measurement specific factors

<p>Attractiveness versus aggressiveness</p>	<p>This emphasizes the fact economies also vary in terms of the business environment in which they operate. In this context, the competitiveness of a transnational company which operates in countries such as Germany, Japan or South Korea, deemed as aggressive due to large volumes of exports and foreign direct investments, differs from the competitiveness of a similar company operating in attractive countries such as Ireland or Singapore, which has developed and continue to depend on investments stimulation. Thus, the term of aggressiveness refers to the possibilities for the transnational company to obtain significant income in the countries where they operate, yet without contributing by creating jobs. In the same time, attractiveness of the host countries generates new jobs, following to large investments, yet will produce low income to companies due to the stimulants granted for supporting trade. Thus, one can consider a competitive aggressive country could be an attractive for the interests of large corporations. For instance, Germany ranked second in 2006, after USA in the Microeconomic Foundations of Prosperity study (2007), including as regards the business competitiveness index, as it was deemed as having a high business development potential.</p>
<p>Proximity versus globality</p>	<p>Is grounded on the hypothesis that the economic system of a country is generally not homogeneous. In this context, there are economies of proximity, mainly comprising traditional activities, such as crafts and services, administrative activities, and to lower extent consumer-support activities. This case refers to countries able to provide value-added to end users, discouraging intermediary consumerism. These are highly protectionist countries, generating difficult or expensive market penetration. The economies of globality encourage companies with international operations and benefit from the comparative advantages of markets world-wide, especially with regard to operational costs. These are generally competitive and price effective economies, providing high efficiency by the price of the goods they offer. It is generally considered that small countries are more depending on global economy, whilst developed countries such as the USA still very much rely on their huge domestic markets and their globalization tendency. Over the past</p>

	<p>century, the economy of globality has grown much more rapidly than the economy of proximity, as proven by measures such as the opening of trade barriers, trade agreements, regional integration, privatization and deregulation. In this context, a series of countries such as Germany or Switzerland have been forced to rapidly adapt by reducing operation costs and adapting he manufacturing process to the globalization exigencies.</p>
Assets versus processes	<p>This refers to the products-processes bivalence and expresses nations' tendency of administering their competitive environment by relying on either the amount of assets or quality of processes. Thus, some countries such as Brazil, India or Russia are rich in assets (land, people, and natural resources) but are not necessarily competitive. Other countries such as Singapore, Japan and Switzerland, characterized as poor in resources, have managed to adapt to the new demands by creating and capitalizing manufacturing processes and procedures better than those of their market competitions'.</p>
Individual risk taking versus social cohesiveness	<p>This makes a distinction between a system that promotes individual risk and one that preserves social cohesiveness. In this context, some countries are characterized by emphasis on risk, deregulation, privatization and the responsibility of the individual through a minimalist approach to the welfare system. In contrast, the Continental European countries rely heavily on social consensus, a more egalitarian approach to responsibilities and an extensive welfare system.</p>

2.3. National Competitiveness Indicators

Over the past decays, measuring national competitiveness levels has represented a permanent concern for institutions and organizations active in global research. In this context, the International Institute for Management Development and World Economic Forum created a top of the most competitive countries, depending on their growth competitiveness index and the business competitiveness index. Both indexes are described in a table listing the world countries, ranked by criteria that are considered representative for the overall development of a country. The criteria considered in ranking countries on their competitiveness level refer to economic performance, governmental policy efficiency, business environment efficiency and infrastructure development level.

Table 3: Countries competitiveness ranking criteria

Criteria	Approaches
Economic performance	<p>Economic performance are approached in view of:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Current prosperity of a country also reflects in its past performance; • Competition governed by market strengths ensures the long term performance of a nation; • The higher internal competition, the most competitive national companies will be when operating on external markets; • A country's success in external trading is an indicator of its companies' competitiveness (when not taking into account trading barriers); • A country's opening to international economic activities leads to increased internal economic performances for that country; • International investments generate more careful economic resources allocation on the world level.
Governmental policy efficiency	<p>Refers to minimizing the state's intervention in business activity, at the same time with establishing macroeconomic and social conditions that</p>

	would encourage loyal competition and would minimize risk for companies. Also, governments should be flexible in their activity, and adapt their economic policies to the changes in the international environment, ensuring at the same time correctness, justice and population safety.
Business environment efficiency	This can be assessed by reference to elements such as: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Financial and taxation related facilities, that can provide increased competitiveness; ▪ A well developed and integrated world financial system supports national economy competitiveness. ▪ Maintaining high standards of living calls for integrating the internal economy in the world economy, while human resources training, increased productivity significantly contribute to the growth of national competitiveness.
Infrastructure development level	This is particularly important in ensuring internal and international competitiveness, as it refers to both the development of traditional and technological and informational infrastructure. The last mentioned implies particularly high investments allocation in research, learning, education and human resources development.

In order to summarize the information provided by the two competitive indexes, Growth Competitiveness Index and Business Competitiveness Index, such have been grouped in the following by their defining elements (table 4).

Table 4. Competitiveness defining elements

Macroeconomic stability	Macroeconomic stability is important for any nation's economic growth, given the fact that in instability times, with high inflation levels, companies are not able to make coherent decisions. Also, the banking system cannot function under governmental deficit, especially due to banks' being forced to give loans under the market interest rate. Governments fail to provide efficient services and the business area is negatively influenced due to taxes being wasted by the government in order to pay the losses caused by economic instability.
Public institutions	Establish rapports with various private companies, for instance by guaranteeing their lawful property right or by ensuring a correct judicial system. In this situation, companies deem it would be too expensive or inefficient to operate in countries where corruption levels are high.
Technological progress	Generates long term economic growth [5]. The fundamental difference between developed and poor economies comes from the fact that the first mentioned ones produce more and better goods, and not from the fact that in certain economies consume is higher than in others, as often said. This aspect has been commented and analyzed by William Northaus [6] (1994), who noticed that many of the products available on the market had only appeared a few years before, regardless if we refer to a computer, TV set or food product. Most times one can notice that the products currently available on the market are cheaper than they used to be, and their quality has significantly increased. In view of these observations, one can assert that on the long run economic growth is not possible unless for improved technologies. Thus, studies carried out by analyzing the two competitiveness indexes (Growth Competitiveness Index and Business Competitiveness Index) divide world countries into two categories: innovating and imitative

economies. In the first category economic growth is generated by those countries' innovation ability, as countries are closer to the highest technologies existent worldwide. The countries in the second category fundamentally depend on a technologic level on imported technologies.

2003 World Competitiveness Report emphasized the most innovative world countries. Due to the difference between these two categories, competitiveness indexes are calculated by different methods, with various shares allocated for one of the above elements or another. The three defining elements in calculating competitiveness indexes are not independent from one another. Interconnecting these elements causes a series of interactions such as the fact that strong public institutions are necessary for a future technologic development; and a well developed technology can obviously contribute to obtaining sustainable macroeconomic stability. The most competitive economies in 2003 were USA, Japan, Taiwan, Sweden and Switzerland, while in 2006 the hierarchy changed, with the competitiveness top including Switzerland, Finland, Sweden, Denmark, Singapore and the USA [7] (Romania ranks 51 (2003), 54 in 2004, and 55 in the rankings made by the same institute in 2005 [8]).

2.4. General assessment of a transnational corporation's competitiveness

In the case of national economies, countries autonomously establish portfolios of external activities. Things are entirely different in the case of a multinational industry, where companies need to integrate their activity in the multitude of connections between the world states. This integration implies more than transferring assets abroad and competencies transfer. These aspects make us regard a multinational company's competitiveness in terms of its business integration into the host countries economy, namely its multinationalization level, in consideration of two aspects regarding investments dynamics and the way how their market position is reinforced by strategies, strategic alliances and management.

A global strategy implies growth of the interdependencies between geographically separated activities of the branches and mother companies. At the same time, strategy implies optimizing the local advantages of each branch with meeting the demand conditions on the target market, according to the opinion of G. Abraham-Frois [9] (1994), by which "the company needs to think globally and act locally". The natural consequence of this is the tendency of branches to specialize to the production type that makes the best use of the host country's competitive advantage. In the opinion of specialists [10], at the present moment the great multinational corporations are trying to obtain a maximum of advantages in production, research and trading by combining all production factors on a world scale, following the intensification of the globalization process. Achieving this desiderate is facilitated by the place occupied by multinational corporations in the world economy.

The MNC universe continues to be dominated by companies in the European Union, Japan, United States of America triad, where 85 of the top 100 MNCs of the world, according to a 2004 top. Five countries (France, Germany, Japan, Great Britain and the United States of America) have represented the place of birth for 73 of the top 100 companies, with 53 companies headquartered in the European Union. On top of the list of the best non-financial MNCs (in the league board released by UNCTAD there were only included non-financial corporations) are General Electric, Vodafone and Ford, summing up 19% of the total assets of the top 100 companies [11]. Despite the domination of the companies in the Triad, companies from other countries also make progresses on the world market. The total sales of the developing countries' MNCs reached 1900 billion dollars in 2005 with approximately 6 million employees. In 2004, the first MNCs have included five companies coming from developing countries, all of them headquartered in Asia, free of them state owned. The five companies – Hutchison Whampoa (Hong Kong, China), Petronas (Malaysia), Singtel (Singapore), Samsung Electronics (Republic of Korea) and CITIC Group (China) – are the largest companies in the top MNCs in the developing countries.

2.5. The connection between national competitiveness and transnational companies' competitiveness

According to some specialists' opinion [12] (Strage 1997) „there was a time when the nation state was regarded as a dominant economic power, capable to dictate the rules of the game in relation to other economic agents. That time has long passed. Gradually, a transfer of power took place based on the following free coordinates: from the unindustrialized countries to the industrialized ones; from states to markets and thus to transnational corporations; one part of the power disappeared, meaning that no one exercises it anymore”. The same author also identified the main causes grounding this strengths rapport: technologic innovations promoted by transnational corporations; high costs of the new technologies which said corporations are not able to bear by themselves; and not least the accent on the structural power to the detriment of the relational one.

The transnational corporations' objectives are not always the same as the competitiveness objectives of every country where corporations operate. Nonetheless, the governments of host countries most time agree on the market entrance of the large companies, hoping that they would contribute on a financial, human and technological level to the national economic and social competitiveness. Corporations also have their own interests in maintaining relationships with the host countries' governments, in order to avoid rights and freedoms' limitation. In the same time, they are interested in maintaining a good image of the products and brands they represent and to avoid any inadequate behavior on a national market, which would have severe consequences on their competitiveness on all national markets where they operate.

At the present moment, the international agreements and treaties view as the main responsibilities of the corporations acting in host countries the following: to contribute to the development of receiving economies; to protect the environment; to create new jobs; to maintain good employees relationships; to ensure fair competition; to consider the consumer protection norms; to help mitigating corruption and bureaucracy and to respect human rights. In the same time, the host country is interested in transnational companies and domestic companies to comply with national legislation and not to take advantage of the weaknesses of the legislative and administrative system.

The connection between the double competitiveness of the host countries and that of the corporations is underlined by the main responsibilities set forth by international bodies (UN and ECHR) [13] (table 5).

Table 5: Transnational corporations' responsibilities

Responsibilities	Distinctive aspects
Contribution to the public incomes of the host country	Public incomes represent one of the most important sources for financing development projects, especially those in the field of infrastructure or basic services. In this context the host countries governments are interested in the large companies to comply with the taxation legislation, to comply with the payment obligations to the state budget and to avoid abusive practices in repatriating profits. Also, the said companies must provide fiscal authorities with concrete data and financial-accountancy documentation requested by the authorities.
Collaboration with local companies	Transnational companies need to initiate and maintain close connections with national companies, thus helping in increasing their competitiveness. The national companies are interested in gaining from the international experience, knowledge and know-how. This calls for close long term commitments from corporations for integrating in the host countries' economy by technologic, managerial and marketing know-how, especially in the transition or developing countries.

Jobs creation and increasing the training level of the local human resources	Apart from creating jobs and increasing the professional training levels, corporations are called to promote good relationships with local companies and to make considerable efforts in order to reduce the negative effects that might appear in certain situations, such as for instance the ceasing of an important part of the operations in one host country.
Technology transfer	Transnational corporations contribute to increasing the competitiveness of the host countries by cooperating with both local companies and authorities, by transferring and implementing their own technologies and management methods, thus contributing to increasing their local technology capacities.

Along with corporations' expanding over the national borders, the obligations they undertake also increase, both the ones undertaken in relation to their home countries, and those with their host countries. From this standpoint Kofi Annan (1999) [14] said that the set of industrial operations with a social impact over implementing communities has different particularities in terms of sense and action, derived and reunited in the form of norms, tools and policies that can exercise successive modeling in the local consumers' behavior and implicitly in the image of the products manufactured on a regional level by resident multinationals.

The competitiveness of the corporations both in their host countries and on the economy of the home country can be studied upon analyzing the strategies, alliances and specific management of the MNC, and also by means of the foreign direct investments they generate.

2.6. States' competitiveness in attracting foreign direct investments

The situation of regional flows distribution does not provide details regarding the main factors which lead to the delocalization of production; however it provides the whole picture only over the foreign direct investments flows. In this respect, in order to establish the national economies' competitiveness and potential in attracting foreign direct investments, UNCTAD has calculated two indicators, namely: FDI Performance Attracting Index and the FDI Potential Attracting Index.

According to the FDI Performance Attracting Index, countries in which the index has a value larger than 1 (>1) attract external direct investments higher than expected, compared to their relative economic power.

The FDI Potential Attracting Index classifies countries in accordance with their potential for absorbing direct investments. This index quantifies the structural factors which tend to modify extremely slow, which generates a relatively stable value of the index on a short term. The FDI Potential Attracting Index comprises eight variables, considered as key factors for attracting foreign direct investments: GDP/inhabitant, share of the exports in the GDP; real annual GDP growth; number of phone lines per 1000 inhabitants; consumed energy per inhabitant; share of the research and development expenses and the growth in gross national revenues; share of students in the higher education system in the total number of population and the country risk.

UNCTAD has attempted to combine the two indexes, thus creating a world states' typology. The classification of the countries depending on both the Performance Index and the Potential Index leads to the following matrix:

- Countries with high performances in respect with the foreign direct investments and with high potential ("front-runners"). In this category are included over 40 countries, among which developed countries (France, Sweden, Switzerland, Belgium and Luxemburg), Asian countries (Hong-Kong, Singapore), countries in Latin America (Brazil, Chile);
- Countries with high performances in respect with foreign direct investments and with low potential ("above-potential countries"). In this category are included most poor countries, without powerful industrial grounds and without stimulant structural factors, but which have been

successful in attracting foreign direct investments;

- Countries with low performances in respect with foreign direct investments and with high potential (“bellow-potential countries”). In this category are mostly included developed or relatively industrialized countries which have not recorded significant FDI inflows, according to their economic potential, due to unfavorable or traditional investments policies (Italy, Japan, Korea, Taiwan), or due to unfavorable investment policies, social factors or low competitiveness. In the last mentioned category have lately been included USA and the developing countries abounding of capital, such as Saudi Arabia. However, there must not be let aside that this index does not consider the portfolio investments, which are sometimes significant;

- Countries with low performances in respect with foreign direct investments, and with low potential (“under-performers”). In the said category are included poor countries which for economic or other type of reasons do not benefit of the advantages of international production as economic growth factor (Algeria, Cameroon, Kenya, Turkey, Pakistan etc).

What conclusions can be drawn from this analysis? For the high performances countries in respect with foreign direct investments and with high potential, intending to remain important receivers of foreign direct investments, the issue is to maintain their competitiveness in order to attract FDI. Under-performers will have to improve the aspects regarding their investments environment, whilst the countries oscillating between the last mentioned ones and the economies which are above average will have to make efforts in order to rapidly create competitive potential allowing them to attract investors.

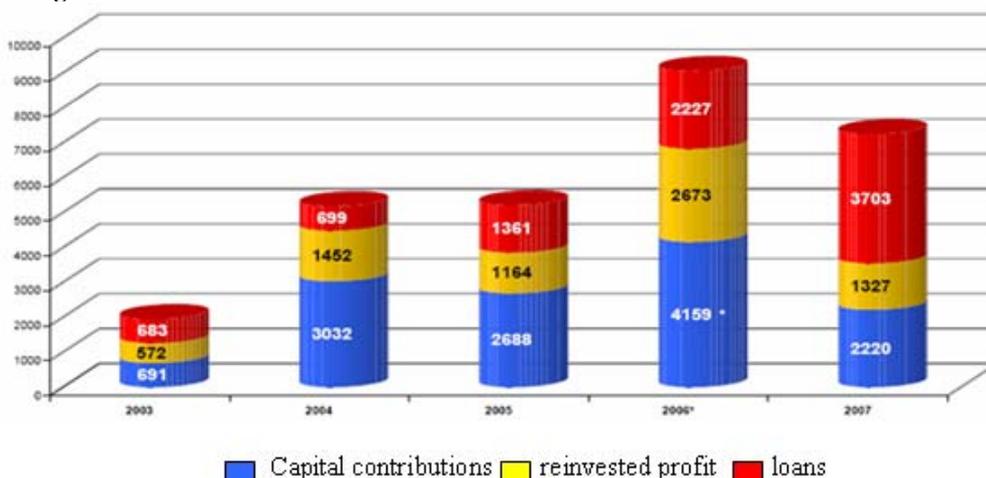
2.7. Foreign direct investments before and after the economic crisis

The FDI flows evolution in Romania between 2004 and 2006 reflects an unprecedented intensification in the external investments activity, significantly contrasting with the tendencies of the previous period. By comparing the average FDI flows in 2004-2006 with the average of 2001-2003, one can notice a 4 times increase in the volume of such, whereas the foreign direct investment inflows in Romania reached the highest level (an estimate of EUR 9.08 billion) in 2006 (according to data released by NBR [5]).

FDI inflows in Romania exceeded EUR 9 billion in 2006 and financed 86% of the current account deficit. Without the privatization amounts, financing faced a slow increase compared to previous years, up to 69% (see Figure 1).

In 2007 Romania attracted EUR 7.25 billion as foreign direct investments. Most foreign investments came from Greenfield projects, considering that the great privatizations had been closed.

Figure 1: FDI flows evolution in Romania between 2003 and 2007

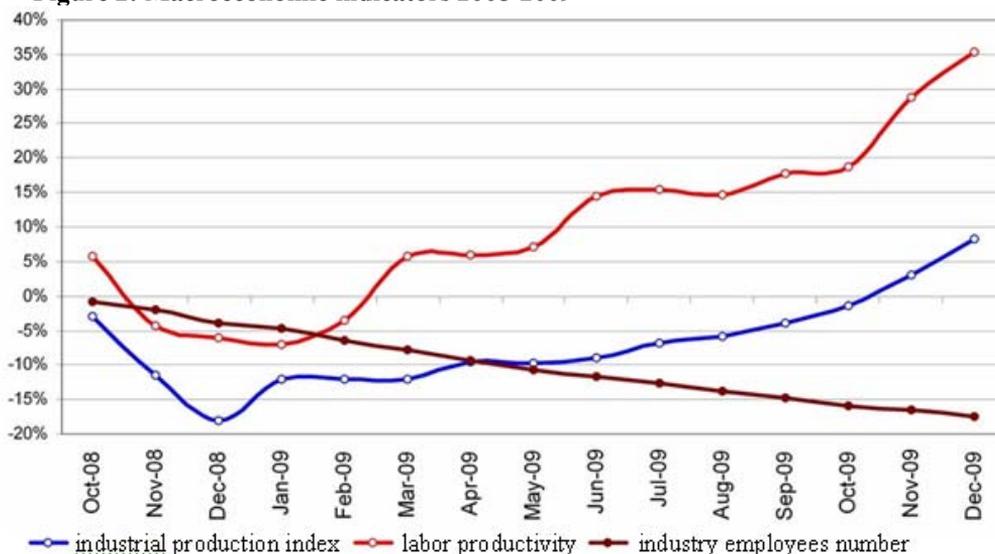


	2003	2004	2005	2006	2007
FDI flows – total – millions of Euro	1946	5183	5213	9059	7250
previous period = 100	60.6	166.3	0.6	73.8	- 20.0
FDI flows without major privatizations – millions of Euro	1805	3503	4413	6860	7250
previous period = 100	48.9	94.1	26.0	55.4	5.7

Source: NBR – 2008 FDI Report

By reporting to the Growth Competitiveness Index and the Business Competitiveness Index, our country had ranked 50 until 2003 and 33 in 2005 and was considered by investors as a country with high values of foreign direct investments, yet no opportunities for capitalizing national potential. Despite these data, the Romanian economy continues to be relatively low on competitiveness in the European context, as Romania attracts low per capital investments, compared to other countries in the region, due to the lack of a transparent legislative framework and high regional competition. The competitive gap between our country and the rest of the EU member states cannot be ignored, due to the importance of the European market in Romania. Although in the last years external trading continuously opened, due partially to increased industrial production and productivity, although Romanian exports are still not diversified enough. This is partially due to the fact that few Romanian companies carry out innovative activities in developing their products and services and develop such on an extensive basis.

Figure 2: Macroeconomic indicators 2008-2009



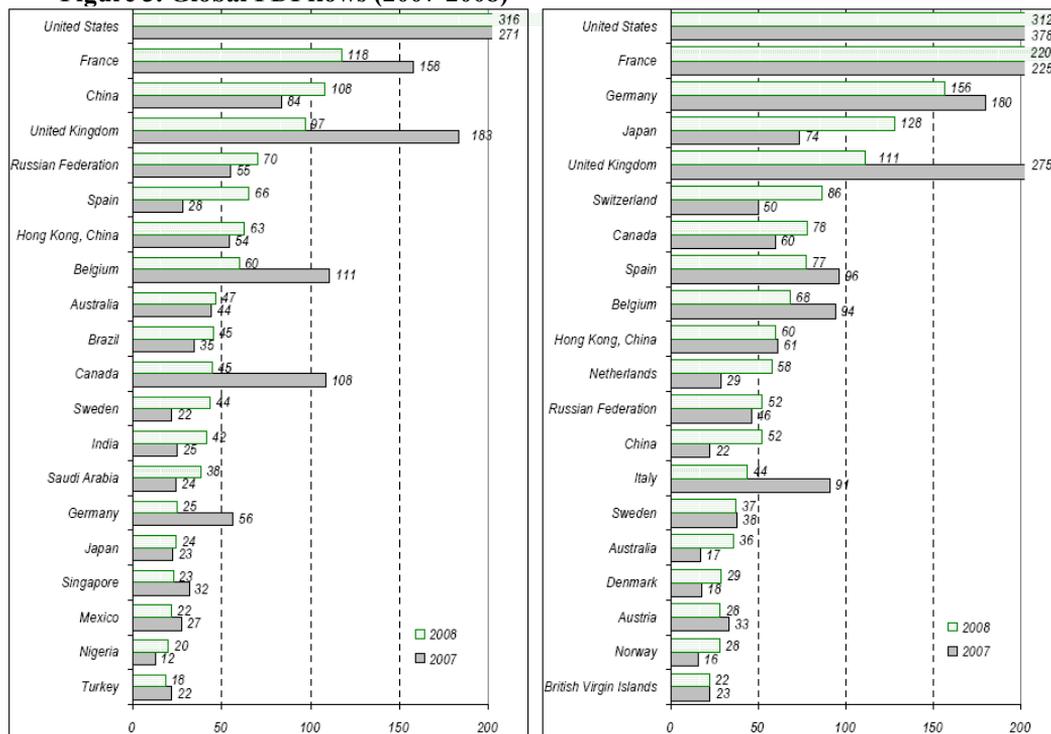
Source: Khris.ro

The period between 2000 and 2008 has represented a continuous increase in the foreign direct investments. In the developed countries, the FDI flows in 2008 dropped slower than inflows (by 17%). The United States maintained their position as the sole source of FDI, followed by France and Japan (with a 74% increase in the FDI flows) [7]. Generally, the flows in the developing regions continued to grow, up to 293 billion US dollars, upon important performance variations. Out of the developing and emerging economies, the largest sources of foreign direct investments have been Hong Kong (China), the Russian Federation and China, which ranked among the top 20 investors in the world. A major factor contributing to the decrease of FDI on a world level was the massive withdrawal of investments of the large transnational corporations on a world level. Of significance for this context was the fact that approximately 30% of the cross border mergers and acquisitions in 2008 and the first half of 2009 involved the sale of foreign branches to other companies.

Thus, cross border mergers and acquisitions (an important FDI growth source in the period before the crisis) dropped along with the financial markets blockage in the second part of 2008.

Policies are an important factor in attracting FDI in the South Eastern Europe and CIS, and most political changes were more favorable to foreign investors.

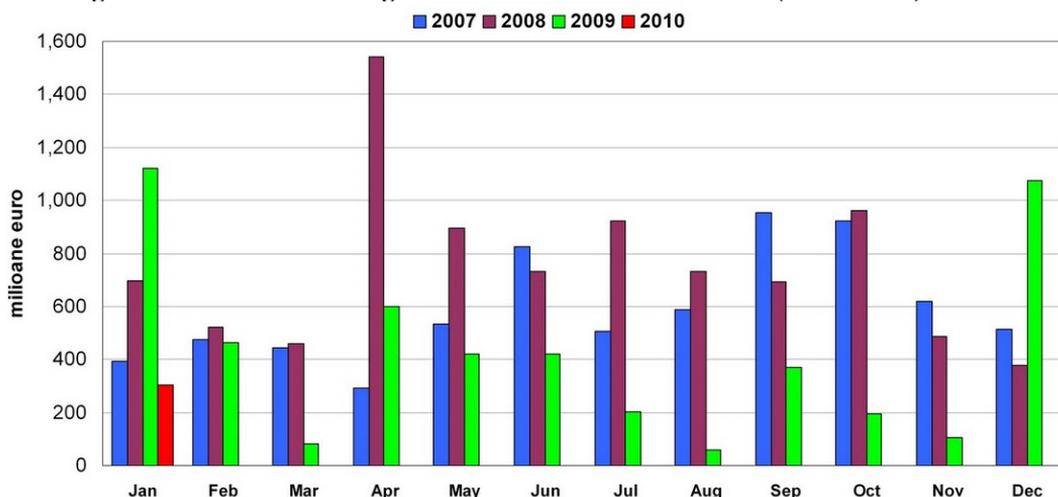
Figure 3. Global FDI flows (2007-2008)



Source: UNCTAD, 2009World Investments Report: Transnational Corporations, Agriculture Production and Development, appendix table B.1 and FDI/TNC, (www.unctad.org/fdistatistics)

The situation of the international financial markets has deteriorated severely as of September 2008, along with the bankruptcy of the American investments bank Lehman Brothers Inc. The level of trust of the financial markets participants has significantly decreased, while the risk levels increased up to high levels. The functioning of the interbank market was affected, as banks with available funds were reluctant in lending the surplus to other banks. This situation intensified after September 2008, severely influencing the world economic growth. International economic growth forecasted for 2008 from 3.2 percent was estimated to be replaced by 1.3 percent in 2009 (IMF, WEO April 2009). On the beginning, the financial crisis mainly influenced developed countries. The country's aversion to risk rapidly transferred however to the emerging areas, and Central and Eastern Europe became increasingly affected.

Figure 4: Evolution of foreign direct investments in Romania (2007 - 2010)



Source: Khris.ro

Unfortunately, the width and intensity of the economic-financial crisis were underestimated by authorities worldwide. Uncertainties regarding future developments remain high.

Conclusions

The competitiveness of multinational corporations is a particularly complex notion due to the fact that at the present moment we view transnational corporations as continuously moving economic entities in the context of the internationalization process and of the transfer to using global strategies. Multinational corporations represent complex systems in which a contradiction between flexibility and activities coordination is permanently manifested. This contradiction originates in the very tendency of the company to move abroad, in its permanent pursue for extending its actions beyond the home country borders. In this context, one cannot merely assess a corporation's competitiveness from a static standpoint, depending on the turnover, sales volume or number of employees, but also from a dynamic perspective, in connection with the business environment where the company operates.

The multinational corporation business environment calls for an analysis of the manifestation modality of the competition that exists between these entities in the national economic framework. Competitiveness refers to the competition between corporations for occupying new positions on the markets. From analyzing the data considered herein, a series of interesting conclusions can be drawn. For instance, it can be noticed that most multinational corporations' home countries are the developed economies of the world, with high GDP per capita, such as Finland, Sweden, Denmark, USA and Island. In the same time, the host country of the multinational corporations is most times a developing country, with high potential in terms of business development, such as Malaysia, Thailand, Singapore or New Zealand. These nations' potential is ensured by the good existing infrastructure, stability of the business environment or efficiency of governmental policies.

The current world crisis has determined a reduction in the international goods and services production by the 82,000 transnational corporations and their 810,000 branches opened worldwide. On the transnational corporations' level, profit reductions, capital withdrawals, mass dismissals, restructurings and even bankruptcies occurred.

The economic activity in most Romania partner states has decreased in 2009, generating a decrease in the national consumers' trust and thus influencing the external goods demand. Consequently, Romanian export markets are negatively influenced, while local external trading

companies face difficulties in their activity. The national currency depreciation is a factor that limits these difficulties.

Despite all the negative effects of the crisis, transnational corporations and their branches have continued to represent a major economic power (10% of the world GDP and 78 million employees). The UNCTAD reports estimate a gradual recovery of the FDI inflows for in 2010 (approximately 1400 billion dollars) and a more significant growth in 2011 (estimated at 1800 billion dollars).

References

1. Hugues Kirsty, *European Competitiveness*, Cambridge University press, p. 5,1993;
2. Dan, Vasile, *Strategii si structuri industriale competitive*, Editura All Educational, Bucuresti,1997;
3. Crafts Nicholas, *Globalization and Growth in the Twentieth Century*, IMF Working Paper, WP-00-04, IMF, Washington D.C., 2000;
4. Analysis based on the global competitiveness indicators provided by reports released by the International Institute for Management Development – IMD 2006 on world competitiveness;
5. Solow Robert, *A Contribution to the Theory of Economic Growth*”, Quarterly Journal of Economics, 70: pg.65-94,1956;
6. Northaus William, *Managing the Global Commons: The Economics of Climate Change*”, Cambridge MA: MIT Press,1994;
7. World Competitiveness Report 2004;
8. Chamber of Commerce and Industry of Romania, National Department, Strategy and Partnership Directorate, Nr.A-371/01.07.2005, p.1;
9. Abraham-Frois Gilbert, *Economie politica*, Editura. Humanitas, Bucuresti,1994;
10. Postelnicu Gheorghe, Postelnicu Catalin, *Globalizarea economica*, Editura Economica, Bucuresti, p. 214-215,2000;
11. UNCTAD,*World Investment Report 2006*;
12. Strage S., *The Retreat of State*, Cambridge University Press, 1997;
13. A MNC Code of Conduct was adopted by the UN in 1986, which met the universal need of regulating the conduct of relationships between UN member states and the transnational corporations, while the OECD released MNC guidelines in 1976;
14. Annan Kofi, *A compact for the new century*; New York; United Nations, 1999;

INFORMATION SECURITY IN MEDIUM AND LARGE ORGANIZATIONS

Nicolae Marius JULA*
Luis MĂRCULESCU**

Abstract

Obviously we do not live in a perfect world and when breaches of security do occur, for whatever reason, it is necessary responding to it quickly as possible. We permanently need security in every filed of activity and in daily business. It is important do have an idea how security works and how the information security is implemented within the organizations. This paper address to the future managers employed in the management of medium and large organizations/corporations to give them an idea of information security. The field of information security is a vast domain and can not be cover entirely in this article.

Keywords: *security, information security, risk management, security management.*

Introduction

This paper will present the main aspects of information security related to a medium or large organization security system.

In a period of time when knowing is more and more important, when information becomes vital not only for companies, but also large international organizations and structures, securing the own data and sensible information is one of the biggest challenges for everyone.

To secure the information, companies have to have a very well defined risk management system and security management.

There are a lot of types of security management models in the worldwide literature and the most important aspect for a company is to find the most suitable system for its own needs of security.

Basics

Information security means all the activities that an organization does in order to ensure the amount of information that the organization own and process. All information must receive an appropriate level of protection.

Information and information storing and processing facilities should be criticality of the asset, classified in terms of value, sensitivity and legal and regulatory requirements.

An appropriate set of procedures for information labeling and handling should be developed by each information owner, and implemented in accordance with the classification scheme(s) adopted by the organization.

Working with information and applying security to it is the same thing with applying security to any physical asset or set of assets.

If you have, for instance, a nice car you want it protected and you employ a security system engineer to set an alarm device with a certain level of security required. If you have a nice car and a home which one to you protect first?

It's all about risk management. But, first, what is risk?

* (e-mail: mariusjula@yahoo.com)

** (e-mail: lmarculescu@yahoo.com)

Introduction to risk

The risk could be defined as the combination of the probability of an event and its consequences.

Risk management is the main part of any organization's strategic management. It is the process whereby organizations methodically address the risks attaching to their activities with the goal of achieving sustained benefit within each activity and across the portfolio of all activities.

For a good risk management is important how identification and treatment of these risks are realized.

Whilst risk is usually thought of in negative it must be understood that risk has a positive side and it should be treated as an opportunity to straighten things up. There are many ways of achieving the objectives of risk management and it is impossible to cover all approaches in this document.

The idea of risk management is to identify all of the positive or negative risks from an organization's perspective and that they are categorized and managed properly to the benefit of the organization. Typically, risk can be accepted, addressed or assigned.

Risk analysis

The risk analysis process is split into three parts:

- **Risk identification** sets out to identify the exposure to uncertainty of an organization. This fact requires a deep knowledge of the organization, the field of operations, the legal and social aspects, political and cultural environment in which it exists, a good understanding of its strategic and operational objectives, including key factors critical to the success of its own mission.

- **Risk description** has as an objective to display the identified risks in a matrix structured format called a risk register. Each organization will have different views on the contents of a risk register as well as on the identification procedure and prioritization of the risks.

- **Risk estimation** can be either quantitative or qualitative in terms of the probability of occurrence and the possible consequence.

The risk can be analyzed by a range of techniques and tools. When the risk analysis process has been completed, it is imperious necessary to compare the estimated risks against designated risk criteria which the organization has established.

Information security

Along with the creation of computers the data from them become available to anybody that operated the computer. Many companies didn't like that and something needed to be created. At the beginning, **information security** has been called a number of different things such as: data security, IT security or computer security.

Typically, **information security** comprises five **component parts**: **confidentiality, integrity, availability, accountability, auditability**.

The first one mentioned, **confidentiality**, assures that information is shared only among authorized persons or organizations. Breaches of confidentiality often occur when data is not handled in such a manner to safeguard the confidentiality of the information concerned. This disclosure can take place by talking, by printing classified information, copying, e-mailing or creating data without right classification.

The second component, **integrity**, assures that the information is authentic and complete. It ensures that information can be relied upon to be sufficiently accurate for its purpose. The most important thing to consider is that integrity of data is not only when the data is correct, but when it can be trusted and relied upon.

The third component, **availability**, assures that the systems responsible for delivering, storing and processing information are accessible when needed, by those who really need them.

The fourth one mentioned, **accountability**, happens when a person or a group of people are personally accountable and responsible for the protection of an asset or set of assets.

The last component, **auditability**, means that an ongoing process of audit should be undertaken to ensure that a system meet all documented requirements.

Each organization must understand and define their own need for information security by using risk assessment and risk management to set the level of protection required for their asset or set of assets.

A good **security management** is realized by taking several **steps**:

➤ **Security policy**, a high-level statement endorsed by the senior management team on which all **security processes and procedures** are subsequently based.

The organizational **Information Security Policy (ISP)** must be developed and set out, at a top-level. This policy may be supported by subordinate policies, but the top level policy should be short, simple and specific.

This policy must be endorsed by the senior person in the organization's management structure and made available to all staff using the organization information processing systems in the most appropriate form. This process will produce and distribute the ISP.

➤ **Organization of Information Security**, a published security section that indicate who is responsible for security and who is authorized to deal with security issues.

Management should actively support security within the organization through clear direction, demonstrated commitment, explicit assignment and acknowledgement of information security responsibilities. In a large organization it might be necessary to co-ordinate information security measures through a cross-functional forum. Contacts with security specialists and special interest groups should be maintained to co-operate to combat general security threats.

Many organizations will delegate physical security to an operational manager and computer or information security to the IT manager. In practice this splits the job and often the budget such that neither manager can deliver the best security value for money to the organization. This situation should be avoided wherever possible. Organizations with limited resources should think of getting external specialist advice especially where they anticipate the need for investigation into security breaches that might eventually lead to disciplinary action.

➤ **Asset management**, a better understanding of what is **important** to the organization and where the security is vital.

The primary objective of this category is to achieve and maintain appropriate protection of organizational assets. Inventories of assets should be established and maintained for all information processing systems; this will include information assets, hardware assets, software assets and service assets.

All significant assets should be clearly identified and accounted for in an inventory listing. They should have assigned controllers who are responsible for their appropriate protection. The listings reflect:

- type of asset, including specification of format, manufacture date and any other information necessary to specify the type;
- assigned controller of the assets;
- location (logical or physical location, range of physical locations if mobile);
- backup information;
- license information;
- business value, security classification and level of protection;
- any other additional data necessary to allow recovery from a disaster or otherwise assure continuity of operations.

All information and assets associated with information processing facilities should be controlled by a designated part of the organization. In this case the control includes:

- asset owner responsibilities for ensuring appropriate classification of and information on each owned asset; and

- periodic review of access restrictions and other controls associated with the asset.

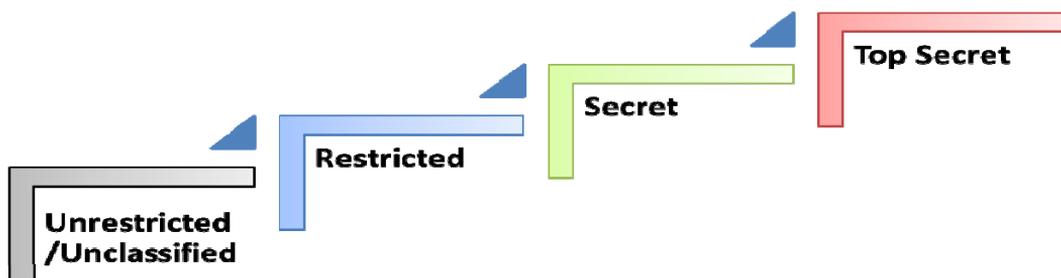
Rules for the use of information and other assets associated with information storing and processing facilities should be identified, documented and implemented. In this case the control includes:

- rules for use of services;
- rules for use of on-site systems and devices;
- rules for mobile devices used off-site;
- asset users' awareness of these rules, including an appropriate training program.

In order to ensure that information assets receive an appropriate level of protection there should be used security classifications to indicate the need and priorities for security protection.

Classified information should be labeled and handled appropriately according to their strict classification.

For instance, the military and governments has for years used what is primarily four-layer security classification scheme to determine confidentiality. The layers are described in the following figure:



Unrestricted/ unclassified information on any form of media is freely distributed with no need for special handling routines.

Restricted material in hard copy media should only be passed around under cover of closed registered envelopes.

Secret and Top Secret material in hard copy media is passed in sealed envelopes and is signed for in a classified register by a suitable authorized party at each point where it changes hands.

Handling electronic information is determined by the risk assessment and the handling rules in force for such type of information. Measures typically include removable media, encryption and isolated systems.

➤ **Human resources security**, realized by careful recruiting and management of personnel that is employed in key positions.

The organization has to ensure prior to employment that employees and contractors understand their responsibilities, they are suitable for the roles they are considered for in order to reduce the risk of theft or fraud.

The job candidates should be informed about information security at the recruitment stage, included in the job descriptions and contracts. Information security should be monitored during the individual's employment. It should also form part of the exit process from the system to ensure that organizational assets are returned prior to termination of employment accordingly with the contract.

Job descriptions of employees should define security roles and responsibilities of the post and applied prior to the applicant starting work. Responsibilities should be based on the organizational security policy.

All applications for employment should have their details verified at the time of application in accord with specific roles and responsibilities of the individual.

Within the contract the chapter “Terms and conditions” of employment should state the employee's responsibilities concerning information security both during and after employment. Requirements for the change or termination of employment or role within an organization must be clearly defined and implemented at the employment stage.

It is essential that all organizational assets are returned to the organization prior to the termination of employment. To do this it is obviously essential that all organizational assets are traced if taken off-site.

It is essential that the access rights to any organizational assets or systems are removed promptly on termination and amended on change of employment. The security administrator should check the access rights regularly.

All users of organizational information processing systems should attend adequate security education and technical training. In order to deal with security breaches will be imposed a disciplinary process that has to define what actions will be regarded as misconduct.

➤ **Physical and environmental security** that ensures that the physical security precautions match the need expressed in the organization's policy.

In order to prevent unauthorized access, damage and interference to business premises and information physical and environmental security has to be established.

Information storing and processing facilities supporting critical or sensitive business activities should be housed in secure defined perimeters protected by appropriate access and entry controls.

The selection and design of secure perimeters where sensitive information is stored and processed should be carefully undertaken considering as fire, flood as well as threat from man made disasters such as civil unrest or terrorist action.

Most organizations will have delegated much of this responsibility in the hands of professional security officers who are trained and have practiced at monitoring the physical and visible security measures. Information security is usually far less visible and often relies on latest technology, which is outside the experience of the physical security experts.

There should be employed additional personnel for controls in order to enhance security in some areas in addition to those provided by the physical security of the workplace. They should control any access point to the organization, such as delivery and loading points or any place where unauthorized access could be affected preventing for unauthorized access.

Physical security is normally the most well understood area of information security, but this does not mean that there are not frequent physical security failures within an organization.

Whilst many organizations have manned front entrances there are sometimes unprotected access points typically the external door propped open with a fire extinguisher or similar. Many organizations use access control systems, but the access rights granted to the personnel are rarely monitored for continued business need. It happens many times that access is granted to staff or contractors who have left some considerable time ago or who no longer need the authorized level of access. It is necessary that an auditor will review access control lists for continued business need and also check how temporary passes are used or abused.

For a proper information security the equipment should be correctly maintained and use in accordance with the manufacturer's instructions. In the same time any information or licensed software should be totally erased from all equipment prior to disposal and the organizational hardware, software or information should not be taken off-site without prior authorization.

➤ **Communications and operations management**, the provision of adequate tools and services to ensure that corporate information in these systems is properly monitored, managed and protected.

For ensuring the correct and secure operation of information processing facilities the operating procedures should be documented, updated and made available to all users who might need them. Duties and areas of responsibility should be isolated to the lowest risk in order to reduce opportunities for unauthorized or unintentional modification or misuse of the organization's assets.

Changes to information processing facilities and systems should be controlled using risk assessments, processes for planning and testing of changes, managerial approval and authorization before proceeding with changes advance communication/warning of changes to all personnel and documentation of changes made.

It is necessary to be implemented appropriate controls for prevention, detection and response to malicious code, including appropriate user awareness. These could be done by prohibiting access of data and software from external networks, installation of anti-virus and anti-spy ware software, and creating recovery plans to deal with system interruptions and failures caused by malicious code.

There should be made back-up copies of information and software in accordance with an agreed-upon back-up policy. This includes: scope of data to be imaged, frequency of imaging, duration of retention, content and current location, and encryption for back-up copies of sensitive information, and regular testing of restoration procedures.

In case the organization is using a network connected to the internet that should be appropriately managed and controlled, in order to be protected from threats, and to maintain security for the systems and applications using the network, including information that is in transit. For assuring the availability of network services and information services using the network a separation of operational responsibilities for networks should be implemented along with appropriate logging and monitoring of network activities.

There should be identified Security features, service levels and management requirements for all network services specifying in a network services agreement, whether those services are provided in-house or outsourced. A detailed attention should be paid to security of network rules for secured connection with the network; and procedures and processes to control/restrict network

Policies and procedures should be established for management of removable media for preventing unauthorized disclosure, modification, removal or destruction of information assets, or unwanted interruptions of business activities.

Formal exchange policies and procedures should be implemented to protect the exchange of information, covering the use of all types of communications facilities and data storage media in order to maintain the security of information and software exchanged within an organization and with any external entity. When media is no longer required it should be disposed of securely and safely, using formal procedures.

Appropriate procedures for the handling and storage of information should be established to protect data from unauthorized disclosure or misuse. An important part of this process consists of physical and technical access restrictions, maintenance of formal records of data transfers handling and labeling of all media according to its indicated classification level.

Information and information storing and processing facilities should be criticality of the asset, classified in terms of value, sensitivity and legal and regulatory requirements. It should be established a control for assigning responsibility for the asset owner to make this classification, and periodic review to ensure that classifications appropriately reflect business needs, legal, regulation and certification requirements.

An appropriate set of procedures for information labeling and handling should be developed by each information owner, and implemented in accordance with the classification scheme(s) adopted by the organization. The organization should control classifications that cover information in all forms, procedures for chain of custody, and procedures for logging and reporting relevant security incidents and events.

Information involved in on-line transactions should be appropriately protected to prevent incomplete transmission, miss-routing, unauthorized message alteration, unauthorized disclosure, and unauthorized message duplication.

Audit logs that record user activities, exceptions, and information security events should be produced, and kept for an agreed-upon time period in order to detect unauthorized information processing activities

That means recording all key events, including the data/time and details of the event, the user-ID associated, terminal identity and/or location, network addresses and protocols, records of successful and unsuccessful system accesses or other resource accesses, changes to system configurations, use of privileges, use of system utilities and applications, files accessed and the levels of access, alarms triggered by the access control or any other protection system in place. For the general audit trail process system administrator and system operator activities shall be appropriately logged.

➤ **Access control**, close monitoring and control over the person or the group who is authorized to read and to amend the organization's information especially within the information processing systems.

Access to information and business processes should be controlled on the basis of business and security requirements. There should be formal procedures to control allocation of access rights and use of special privileges to information systems and services along with a formal user registration and de-registration procedure for granting access to all multi-user information systems and services.

Allocation of user passwords should be securely controlled through a formal management process and user access rights should be reviewed at regular intervals to ensure that they meet daily business needs.

The co-operation of authorized users is essential for effective security and they should receive appropriate education to understand their responsibilities. Users should follow good security practices in the selection and use of passwords ensuring that unattended equipment has appropriate security protection.

Access to both internal and external networked services should be controlled. Connections by remote users via public networks should be authenticated and large networks may require to be divided into separate domains.

Access to operating systems should be controlled via a secure log-on process using an effective password system for authenticating users. All users should have a unique identifier for their personal use so that all activities can be traceable to responsible individuals.

Access to information and computer applications should be granted in accordance with the business access control policy. A formal policy should be adopted that takes into account the risks of working with mobile computing facilities, especially if they are to be used in off-site unprotected environments.

Within the military environment there is an expression "Need to Know". The term implies that only those who need to know any given information in order to do their job should be authorized to have access to specific information. This is not to confuse secrecy with security, nor is it to suggest that those outside the sphere of interest are not also interested. This is because information will often change its classification throughout its life span.

Many organizations appoint a System Administrator whose primary responsibility is to maintain a register of those people who are accorded access rights or privileges. It is important not to allow this officer to become part of the authorization process.

Access control sounds easy to achieve but in fact it is often one of the most difficult to prove to an Auditor.

➤ **Information security incident management**, the process for managing any incident that may affect the organization. Information security incidents should be reported as quickly as

possible through the appropriate management channels. Mechanisms for determining the types, volumes, and costs of incidents should be monitored and analyzed. The results from this process should be used for reviewing the Information Security Policy and for user awareness. Evidence used in either civil or criminal action must conform to the relevant rules for presentation of evidence for the jurisdiction in which the action is taking place.

The big question is: To whom should an incident be reported? It is essential that all employed personnel know what comprises an information security incident and also a security weakness and to whom they report it. At the same time it is important that all management know how to respond if they are on the escalation process for information security incident management reporting or escalation. Information security incidents are not a desired outcome for any organization therefore they must learn, and their staff must learn, from them to prevent them occurring again.

➤ **Business continuity management**, the ability to minimize the impact of major disasters on the business processes and requires comprehensive backup strategies to ensure that no corporate data is lost.

A business continuity management process should be implemented to reduce the disruption caused by disasters and security failures to an acceptable level through a combination of preventative and recovery controls.

For instance, when the computers break down the disaster recovery process will require the IT department to play a major role in replacing lost or damaged systems and infrastructure. Anyway the main thrust must come from the business managers who are the only ones who can decide what parts of their business they need to carry on doing and just the minimum equipment they need to support their line function to a satisfactory degree.

Business continuity planning can be as important to trading partners as it is to customers and to organizational credibility and survivability. Today there is growing evidence of major contracts including business continuity planning as a mandatory requirement.

➤ **Compliance**, the need to ensure that once good controls are put in place that they continue to work and to deliver the required level of protection to the organization's assets as well as meeting the legal and regulatory requirements for managing information. Its objective is to avoid breaches of any law, statutory, regulatory or contractual obligations and of any security requirements.

All areas within the organization should be considered for regular review to ensure compliance with security policies and standards. Information systems should be regularly checked for compliance with security implementation standards.

Compliance, audit, assurance and review are all terms which state that process of checking if things are working as expected. In most organizations new products, new customers and new trading conditions will be a constant source of change that will cause these security controls to cease to function. If the controls are not working, then it may well be that the business has changed as well as the people failing to get it right.

Conclusions

Once the risks specific to the organization have been determined, by whatever means necessary, they must be managed in such a way that the organization is comfortable with the risk itself. It is clear and proven that there is no such thing as 100 % security in any organization.

A successful business is the one that has good control over the management of its resources. To achieve that control it is critical to understand which of the assets are important to the organization and which are less important in order to allocate the right protection for best effect.

References

1. *ISO 17799 Implementation and Resource Portal* <http://17799.denialinfo.com/index.htm>
2. Privacy/ Data protection project/ University of Miami
3. http://privacy.med.miami.edu/glossary/xd_iso_asset_mgmt.htm
4. Buchanan, S.&Gibb, F. (1998). *The information audit: An integrated approach*. *International Journal of Information Management*.

STABILITY - CHANGE BALANCE IN SUSTAINABLE ORGANIZATIONS

Viorel CORNESCU*
Vladimir-Codrin IONESCU**

Abstract

The sustainable organization represents an added value generating entity, integrated in the economic, social and ecologic environment, which constantly creates competitive advantages relative to competitors. The paper proposes an analysis of sustainability at an organization level, both from the perspective of cultivating and developing good practices promoted in the organization, and from the perspective of designing and implementing organization change programs. Modalities by which the management can create and maintain a balance between stability and change are also proposed, as a support of organization sustainability.

Keywords: *sustainable organization, stability, organizational change, competitive advantage.*

1. Introduction

Sustainable development represents the fundamental goal of the contemporary society, which governs all strategies, policies as well as fundamental and adopted programs at a global, regional and national level. The support for sustainable development is achieving human progress while harmonizing the “economic – social – ecologic” trio.

Economically, sustainability implies creating and consolidating a stable and predictable business environment, favorable for the development of the organization sector, especially for small and midsized organizations. Our scientific approach starts with the premise that the existence of a strong sector of sustainable organizations represents a fundamental premise for building a new modern and competitive economy. In our opinion, the sustainable organization is the main micro economic pawn of the new economy, based on knowledge.

The sustainable organization was formed during the last decades in developed countries. This new type of organization in characterized by high functionality and creativity, sets the accent relatively equally on economic, social and ecologic aspects, it holds the capacity to permanently perfect itself, it constantly creates new products and services, it generates information and competitive knowledge, which ensures a sustainable development on a long term, from which both employees and entrepreneurs can benefit [1].

Promoting sustainable organizations represented one of the main concerns on the agenda at the International Labor’s Organization Conference in Geneva in 2007. The tripartite delegations, formed by governments, unions and employers representatives, came up with a series of conclusions, one of them being the one according to which the sustainable organization, who is mostly of small or medium in size, represents the „engine” of future development, of which the economic and social performance level of each country depends on [2].

Also, the sustainable organization represented one of the major themes approached during the 8th European Regional Reunion of the International Labor Organization, which took place in Lisbon from the 9th to the 13th of February 2009. The participant delegations to this reunion proposed a series of measures which target a stable and sustainable economic growth. From these, we remind [3]: using incentive packages, in order to reduce the consequences of the recession;

* Professor, PhD, Faculty of Business and Administration, “Nicolae Titulescu” University and University, Bucharest, (e-mail: viorel.cornescu@drept.unibuc.ro)

** Associated Professor PhD, Faculty of Business and Administration, University of Bucharest, (e-mail: vladimir-codrin.ionescu@drept.unibuc.ro)

making new strict international regulations regarding the financial market and also the commercial markets in order to prevent the apparition of systemic risks which have not been foreseen and removed by previous engagements; adopting some measures concerning access to financing, in view of stimulating entrepreneurship and the capacity of small and mid-sized firms to keep their employees and to create new jobs; promoting favorable environment for sustainable organizations, as a main support for economic recovery and growth; reestablishing a normal flow of human and investment capital in mid and long term, in order to avoid a serious deterioration of the production base from certain countries; ensuring a functional financial system to facilitate growth and to create a more dynamic private sector; the development by some organizations of the initiatives of corporate social responsibility, in order to complete the sustainable strategies and the results in cause.

Consequently, economic sustainable development is conditioned decisively by the existence of sustainable organizations, which need to benefit a favorable context to the foundation and functioning from the commercial, financial, management, technological, administrative, educational, legal, scientific, ecologic, cultural and political points of view. This favorable context is created by making some strategies and policies that promote entrepreneurship operational and by establishing sustainable organizations. In this sense, it is essential that social partners are aware of the role played by sustainable organizations in consolidating a dynamic and competitive microeconomic sector, which constitutes one of the main vectors of social and economic development based on knowledge.

Beyond contextual factors, we appreciate that it is important for managers and entrepreneurs to practice a modern, proactive management, to identify and value business opportunities, to manifest receptivity to what is new, creativity and flexibility and, thus to subscribe their organizations on the path of sustainability.

2. The sustainable organization

The sustainable organization is the organization which, based on an economic, ecologic and social balanced approach, values knowledge and the other resources it owns and attracts, at a higher level while generating efficiency and multi dimensional performances validated by the market and society, for long periods of time [4].

In our conception, the sustainable organization represents an added value generating entity in the economic, social and ecologic environments that, through a proactive, flexible and innovative management constantly creates competitive advantage compared to the competition.

In order to become sustainable, an organization must be run by managers and entrepreneurs who have a strategic vision and also it must own human resources with multiple competences, a flexible management system, material and financial resources, performance technologies, as well as an organization culture oriented towards change, creativity and innovation. Each of the components above has a well defined position in the organization's internal environment configuration and a special part in its functioning mechanism.

Sustainable organizations must perform periodic evaluations of their competitive potential, backed up by thorough analysis of the business environment, with special referral to the competition in the same activity branch. In this respect, we consider that a major mutation in the managers' and entrepreneurs' mentality is necessary, so that they understand the importance of these analysis and evaluations, who's complexity varies depending on the scale and particular activities carried out by the organization.

The competitive potential of a sustainable organization is defined, mainly, by the resource complex and organization culture. Human resources have an inexhaustible creative and development potential, with the capacity to produce and adequately combine all other of the company's resource categories. In this context, we appreciate that the human resources analysis must be structured using two coordinates – quantity and quality. The quantity coordinate of the

analysis refers to the adequate sizing of the personnel, and the quality one concerns a series of aspects like: evaluation of the structure, competence and attitude shown by the human resources towards fulfilling their tasks; systematic enrichment of theoretical and practical knowledge from their own activity domain or related areas; requalifying human resources according to the demands required by the changes in the intra and extra organization environment; gaining and deepening some economic, management, information etc. knowledge; type of training programs developed; the increase of human resource quality in order to promote; amplifying personal mobility from the perspective of structure modifications and the necessity to change the job.

Technical and technological resources have a special importance in the sustainable organization, especially in the context of amplifying moral wear of the products and technologies. The landmarks of the analysis for this resource category concern the time staging of production processes and services, making charts concerning scheduling, launching and operative following of these processes, using advanced fabrication technologies, total quality management implementation production activities and services, managing energy resources, as well as elaborating efficient machine and production equipment maintenance. Currently, an important place in technical and technological resources is held by innovative technologies, which mainly concern: artificial intelligence; manufacturing advanced semi conductors and super conductors; making digital images; biotechnology; manufacturing flexible computers, etc.

Knowledge has a decisive impact over the sustainable organization's performance. Explicit knowledge can be found in studies, patents, projects, licenses, standards, software, while implicit knowledge can be found in the minds of the organization members (technical know-how, technological know-how, IT know-how, management know-how etc.).

The human resources in sustainable organization are trained in a continuous learning process, they accumulate knowledge and, thus, they gain new competences necessary for the conversion into practice of new strategic orientation. E.g., making organization changes, like total quality management implementation, management operationalization through objectives or introducing new manufacturing technologies involves learning processes and, implicitly, knowledge accumulation. In the current times, knowledge represents an essential source for obtaining the competitive advantage, insuring the strategic integration of the sustainable organization in a more and more complex and dynamic business environment.

Next to resources, organization culture significantly influences the competitive potential of the sustainable organization. The cultural model, as an organization philosophy concerning business conduct, constitutes one of the key factors of operational competitiveness and excellence [5, 6, 7].

Organizational culture has an essential role both in the substantiation and strategy elaboration stages, as a determinant, and as well in the implementing stage, as an instrument [8]. In the strategy substantiation stage an organization culture analysis is necessary, in order to identify its strong and weak points. In the implementing stage, the strong points of the cultural model must be maintained and, eventually, amplified, and the weak points must be diminished or eliminated, if possible.

Sustainable organizations must promote cultural models centered on creativity, innovation, initiative spirit, responsibility, professional competence and individual performance. An adequate cultural model constitutes an important vector of an organization's sustainability. Consequently, sustainable organizations must adopt cultural models, who promote value homogeneity, create perspectives which offer positive motivation and encourage the involvement of the employees in the decision processes. In this respect, it is important that managers and entrepreneurs initiate coordinated activities in motivating the human resources and to adopt policies who use exceptional results of their own employees as inspiration. The development of a cultural sustainable model implies that managers and entrepreneurs design reasonable standards in achieving objectives, treating human resources with respect, to give them freedom in creation and in experimenting innovative projects, so that they can excel.

3. Stability, change and organization sustainability

The sustainable organization is, by excellence, a flexible organization. An essential condition of the organization flexibility is the product and process flexibility. A product's flexibility is determined by the number of ways it can be used, while process flexibility is given by the number of possible configurations in order to adapt to environment conditions, cost and time necessary for the configuration change [9].

Organization flexibility constitutes a function with multiple variables which come from the functional approach of the firm, information flexibility, research and development flexibility, organizing flexibility, human resources flexibility, and geographical flexibility.

Financial flexibility can be a restriction in realizing manufacturing flexibility which, in turn can stimulate and complete the commercial flexibility. Managers and entrepreneurs have the mission to create and maintain a balance between the seven types of functional flexibility.

By approaching flexibility from another perspective, there are four types of flexibility: conservative, operational, structural and strategic [10]. Conservative flexibility resides in static performance optimizing of the organization's procedures while results are constant in time, operational flexibility, most common, constitutes an ensemble of abilities, almost entirely routine, through which we mainly pursue an increase in the activity volume, structural flexibility considers fundamental changes in organizing and decision making, thus adapting to the evolutions of the environment, while strategic flexibility generates modifications in the area of incorporated objectives and activities, manifesting itself especially when changes appear in the business environment. Strategic flexibility presents a double dimension: quality and innovation.

A sustainable organization initiates and develops strategic change periodically. Organization change corresponds to a new orientation, fundamental and radical, concerning the ways the firm will carry out its activity, having essential implications over the behavior of all of its members. Starting a change process involves realizing the need for change, the manifestation of the wish to change, accumulating knowledge, as well as forming the necessary abilities in order to implement the change [11].

The forces which determine an organization change may be internal or external. The change in strategic orientation of the competitors, government regulations, the emergence of new firms on the market, competitors' technological innovations, as well as the quality increase of their products and services represent a force which makes a firm resort to organization changes. A new vision of the entrepreneur or management team, introducing new manufacturing technologies, assimilating new products, the intent to enter a new market are internal forces which can determine the start of an organization change process.

The sustainable organization understands the essence of change. Rosabeth Moss Kanter, management professor at Harvard Business School, introduced in specialty literature the concept of organization specialized in change [12]. The sustainable organization is the one that anticipates, initiates and implements change. This type of organization approaches the change process in a proactive manner, in the sense that it makes the necessary steps to adapt to the evolutions recorded in the business environment. Being proactive implies a continuous process of organization learning.

In the sustainable organization new models of thinking are developed and cultivated, human resources are permanently engaged in learning processes in order to gain competences and each experience is considered as a learning opportunity. In our opinion, the investment in education and continuous training if the human resources are essential in knowledge based society and economy. Managers and entrepreneurs must imprint their employees a pro-change and pro-learning attitude by creating an organization climate which must be stimulant, dynamic and auspicious for achieving operational excellence.

The sustainable organization is permanently oriented towards the future and the managers' and entrepreneurs' strategic vision is reflected in the behavior of the human resources, which must

manifest the same level of involvement both in the current organization problems as well as in the change projects.

As any other system, the sustainable organization tends towards balance. A sustainable organization is the one where management creates and maintains a balanced combination between stability and change. In other words, the organization balance involves an adequate proportionality between stability and change. The organizations must adapt to changes which appear in the environment, while maintaining the main lines of the business strategies that they promote. Consequently, managers and entrepreneurs have an essential role in creating and maintaining the organization balance, for an optimum “stability – change”.

In the sustainable organization, stability and change, new and tradition are not in an antagonistic report, but a complementary one. It is important that modern methods and practices are promoted in the organization, while maintaining the good practices used in the past.

The sustainable organization manifests receptivity to new, but in the same time grows the spirit of tradition. In consequence, organization sustainability involves the coexistence “new – tradition” and the optimum “stability – change”.

4. Organization sustainability. Management actions

Sustainability constitutes the fundamental objective of the modern organization in knowledge based economy. Reaching this objective involves a series of entrepreneur – manager actions which can be structured, in our opinion, on the following major coordinates:

- systematic practice of strategic management;
- creation of flexible organization structures;
- designing and implementing of adequate IT systems;
- perfecting strategic alliances with other organizations.

In order to become sustainable, an organization must apply a strategic management integrated system. The opportunity to apply strategic management is sustained, on one hand, by the growth of the current business environment and on the other hand, by the multiple advantages that this “forecast” management offers – design and action unit at every hierarchical level, creating a general mood governed by interest and receptivity to new, capacity to detect emerging opportunities etc.

Organizations can choose a procedural strategic management model structured in three stages: strategic planning, strategy implementing and strategy evaluation. An essential stage in the strategic management process, strategic planning includes diagnostic analysis, organization change and strategy design. The sequence of these stages of strategic planning must be regarded through a corresponding and interdependent vision, in the sense that the strategy is gradually shaping while doing the diagnostic analysis and strategic organization change. In the design stage of the strategy, based on information gathered during the first two stages of strategic planning, the trajectory that the organization will follow in the next time period is defined.

Every sustainable organization must have a flexible organization structure, well defined from a functional and a dimensional point of view, which will ensure the fulfillment of the strategic objectives established according to the mission, while the economic and social efficiency remains high. It is necessary that managers and entrepreneurs do actions like: expanding the use of formalized documents and procedures; introducing equipment and IT products; increasing the degree of involvement and responsibility by the executants, as a consequence of the proliferation of IT and the development of cultural models oriented towards results and performance; the development of information flow and imprinting a strong information dimension to the organization culture.

Consequently, organizations must manifest their concern towards formalizing the organizing systems, in the sense of designing and demarcation of the structural components according to the specificity and the magnitude of the organizing processes involved, as well as the strategic

objectives in view. Formalizing organizing systems must be on the managers' and entrepreneurs' priority list, but the key to success from an organizing point of view is, in our opinion, to create and maintain a balance between formal and informal dimensions, an optimum "formal – informal". This fact is important because, as suggested before, the sustainable organization is, usually, small or midsized. From the sustainable organization, the majority is represented by micro organizations which only develop one activity or a small number of activities, the organizing simplified on the structural level, as well as the pronounced informal dimension of the intra organization environment contributes significantly to the increase the information and decision flow circulation speed, with benefic effects in the economic and social performance area.

The organizations' competitive nature is highly influenced by the existence of adequate information systems. Entrepreneurs and managers must take into consideration designing and implementing of information systems to respond to the internal and external needs of the organizations they run. Externally, an information system must provide information referring to preferences manifested by the demander, to strategic actions made by competitor firms, to mutations recorded in the legislative environment, to the technological and management know-how, to the apparition of new products and services on the market, to their quality etc. internally, an efficient information system determines the efficiency growth in substantiating and adopting management decisions, diminishing distortions, filtering, redundancies and overloading the information channels, as well as the improvement of the communications inside the organization.

The initiation and development of strategic alliances represent management actions through which an organization may become sustainable. Firms chose strategic alliances when they do not own potential to ensure a lasting competitive position on a certain market. Making a strategic alliance represents a decision of maximum importance for the management of an organization. By making strategic alliances, firms can enter a business environment marked by the intensifying of the competition. Also, strategic alliances create the possibility of running some expensive projects, which would not be materialized in other conditions. The most common strategic alliance models are the franchise, the concession, the licensing in common of products and technologies and also joint-ventures. The franchise, concession and common licensing of products and technologies show multiple advantages for the partner organizations, from which we remind: facilitating the entrance on a certain market; reducing the risks associated with the deployed activities; the access to additional financial, management, technologic and human resources. Joint-ventures result from perfecting some strategic alliances between organizations which activate in different countries.

5. Conclusions

Promoting sustainable organizations was one of the main themes approached during the International Labor Organization Conference in Geneva in 2007, as well as the 8th European Regional Reunion of the International Labor Organization in Lisbon in 2009. By appreciating that the sustainable organization represents the main microeconomic pawn of the new economy, based on knowledge, the participant delegations proposed a measure pack which aims a stable and sustainable economic growth.

The sustainable organization represents an entity which generates integrated added value to the economic, social and ecologic environments which, by a proactive, flexible and innovative management, constantly creates competitive advantages for itself compared to the competition. In order to become sustainable, an organization must be led by managers and entrepreneurs with strategic vision and, in the same time, to possess human resources with multiple competence, a flexible management system, material and financial resources, advanced technologies, as well as an organization culture oriented towards change, creativity and innovation.

The competitive potential of a sustainable organization is defined, mainly, by the complex of resources and organization culture. Among resources, knowledge tends to become primordial in the context of the new emerging economy, with a significant impact on the performance of the

sustainable organization. Explicit knowledge can be found in studies, patents, licenses, standards, software, while implicit knowledge can be found in the minds of the organization members (technical know-how, technological know-how, IT know-how, management know-how etc.).

The sustainable organization understands the essence of change by manifesting flexibility in the developed processes and actions. This new type of organization anticipates, initiates and implements change, which it approaches in a proactive manner, in the respect of permanent accommodation to the evolutions recorded in the business environment. Being proactive implies the development and cultivation of new thinking models, as well as training human resources in organization learning processes, in view of accumulating knowledge and, implicitly, gaining competence.

The organization sustainability implies an adequate proportionality between stability and change. Managers and entrepreneurs hold an essential part in creating and maintaining an organization balance, of an optimum “stability – change”. In the sustainable organization modern methods and practices are constantly promoted, while maintaining the good practices used in the past. The sustainable organization is oriented towards the future, manifests receptivity to new and, in the same time, cultivates the spirit of tradition.

Sustainability constitutes the fundamental goal of the modern organization in knowledge based economy. In our conception, systematic practice of the strategic management, creating flexible organization structures, designing and implementing adequate IT systems, as well as developing strategic alliances represent possible entrepreneur – manager actions through which an organization can integrate in the economic, social and ecologic environment, by becoming sustainable.

References

1. Nicolescu, O., *Prioritatea mondială numărul 1 - întreprinderea sustenabilă*, immromania.ro, 2007.
2. International Labour Organization, *Conclusions concerning the promotion of sustainable organizations*, International Labour Conference, June 2007.
3. International Labour Organization, *Working out of Crisis: Strategies for Decent Work, in Europe and Central Asia*, Eighth European Regional Meeting, Lisbon, 9-13 February 2009.
4. Nicolescu, O., Verboncu, I., *Fundamentele managementului organizației*, Editura Universitară, București, 2008.
5. Popescu, R., *Firma industrială: de la cunoaștere la excelență*, Editura AGIR, București, 2008.
6. Zybaczynski, G., Manole, V., *Îmbunătățirea continuă și managementul variațiilor pentru creșterea performanței*, Editura IRECSO, București, 2005.
7. Slater, R., *29 de secrete ale leadershipului de la Jack Welch*, Editura ALL, București, 2009.
8. Băcanu, B., *Practici de management strategic*, Editura Polirom, Iași, 2006.
9. Moldoveanu, G., Dobrin, C., *Turbulență și flexibilitate organizațională*, Editura Economică, București, 2007.
10. Volberda, H., *Toward the Flexible Forms How to Remain Vital in Hypercompetitive Environments*, Organisation Science, vol. 7, no. 4, 1996.
11. Nica, P.C., *Schimbarea organizațională: necesitate, dorință, cunoștințe, abilități*, Revista de Marketing și Comunicare în Afaceri, 2006.
12. Kanter, R.M., *Despre frontierele managementului*, Editura Meteor Press, București, 2006.

STRATEGIES AND ACTIONS MEANT TO IMPROVE THE MOTOR INSURANCE MARKET, AMID THE CURRENT RECESSION

Sandra TEODORESCU*

Abstract

In 2010, we have witnessed both the emergence of official stances adopted to convince us that the economy is gradually recovering and an increase in the negative impact of the financial crisis, at the social level. Under such circumstances, a debate on the attempts to overcome the current crisis and on the positive signs on the motor insurance market seems opportune. Therefore, I shall approach several strategies and actions meant to increase its profitability, providing thus short-term solutions. In the end, I shall initiate a discussion on potential ways to increase the efficiency of the current system, through reforms, promoting fair competition.

Keywords: *Motor Third Part Liability insurance (MTPL), Motor Hull insurance, economic crisis, loss, profitability.*

Introduction

The financial crisis has deepened in 2010, and new challenges have emerged on the Romanian car insurance market, which has become unprofitable. In 2009, MTPL (motor third part liability) insurance accounted for 63% of the policies on the entire market, and for 77% of non-life policies, respectively. Therefore, we can identify the main threat, which resides in the strong influence of the motor industry on non-life insurance.

The insurance companies have a large portfolio of MTPL. As a result, their performances, as far as both business figures and profits are concerned, strongly depend on the activity carried out in the respective field.

After years of noticeable growth in car insurance (twodigit growth), we faced profit deadlocks on the respective market, in 2009. There are no prospects for improvement in 2010, either, when we shall probably witness a sharp decrease in MTPL premium income. In addition, we have also witnessed a gradual increase of loss, on the respective market. And that is not all – the collapse has triggered a dramatic deepening of the financial crisis, at the level of insurance companies. Thus, the combined loss ratio of this kind of insurance (the damage supported and the additional spending in relation to MTPL premium levels) has reached 128%, showing the current decline in Motor insurance. According to estimates, the insurance companies lost approximately 100-150 million euros, in 2009.

The value of the average damage supported by the insurance companies almost doubled in the previous year, amounting to 1,145 euros, from 668 euros, three years ago, while the car insurance average premium totaled at most 135 euros, slightly changing. As a result, *the insurance companies' profitability* has decreased and thus, Romania has witnessed a decline in general insurance profitability, the sharpest in Eastern and Central Europe, mainly because of MTPL losses.

Taking all that into account, I have tried to present a few solutions adopted by the insurance companies in order to improve both their efficiency, as far as the management of motor losses is concerned, and their profitability ratios.

* Associated Professor Ph.D., Ecological University of Bucharest, (e-mail: tsandra@xnet.ro)

Paper content

1. Solutions Adopted by the Insurance Companies to Increase Efficiency as far as the Management of Motor Losses is Concerned

In Romania, the motor insurance class dominates the market portfolio, holding a share exceeding 60%, compared with about 14% as the average in the EU.

In the beginning, I would like to address several solutions already applied by the insurance companies to become cost effective on the respective market:

- I. The introduction of deductible franchise.
- II. The adoption of Bonus-Malus System (based on incentives, rewards and sanctions).
- III. The elaboration of risk profiles of the insured people.
- IV. The implementation of independent methods for calculating premium cost.

A relevant argument for introducing these solutions is that the motor segment is unprofitable. It was considered that these measures will help to recoup it.

1.1. The franchise.

Definition 1.1. *The franchise is the portion of any claim not covered by the insurance provider. The franchise is the portion of any claim that is being supported by the insured.*

There are two types of franchise:

a) *The deductible (absolute) franchise* - establishes the insurer's liability for the entire amount of damage once the deductible amount is exceeded in a loss, representing a fixed quantity which must be paid by the insured.

$$D = P - F, D \leq SA$$

Where D is the proper compensation to the insured, P is the damage, F – the franchise, SA – the sum insured.

b) *The non-deductible (simple) franchise* - the loss exceeds the franchise percentage and the insured will pay the full amount, including the franchise.

$$\begin{cases} D = P, D \leq SA, & \text{if } P > F \\ D = 0, & \text{if } P < F \end{cases}$$

The franchise can be established as follows:

- A fixed amount, applicable to each damage,
- A percentage of the value of the sum insured, applicable to each damage,
- A percentage of the loss, applicable to each damage.

For example, many companies have resorted to deductible franchise, at a fixed amount of 100 euros, per event, applicable to each damage. It has become one of the most commonly employed methods to decrease damages, at the international level.

The franchise accepted by the insured is very important. The difference between 5% of the damage value and 5% of the sum insured is major and could be misleading.

For example: let's take a car insured for 10,000 euros, with a franchise in case of partial damage of 2% of the sum insured (namely 200 euros), and a damage amounting to 450 euros – the insurer will then pay 250 euros, and the owner will pay 200 euros. In case of a second damage, amounting to 150 euros, the insurer will pay nothing, and the owner will pay 150 euros. In that case, if the franchise had represented 2% of the damage value, the insurer would have paid 441 euros and respectively 147 euros, while the owner would have paid 9 euros, and respectively 3 euros.

1.2. The Bonus-Malus System

Definition 1.2. *In motor insurance, Bonus-Malus system is a system that adjusts the premium paid by a customer according to his individual claim history. Bonus usually is a discount in the premium given on the renewal of the policy, if no claim is made in the previous year. Malus is an increase in the premium, if there is a claim in the previous year.*

The fundamental principle of Bonus-Malus system is that the higher the claim frequency of a policyholder, the higher the insurance costs that are charged on him.

Most insurance companies have introduced some form of merit-rating in motor third part liability insurance, penalizing at-fault accidents by premium surcharges, and rewarding claim-free years by discounts. Usually, the Bonus-Malus system divides drivers by classes, where each class has its own discount or surcharge applied to the basic premium. A claim-free year implies a decline of one or more degrees on the Bonus-Malus class table on the anniversary of the contract. A claim entails an increase of a given number of degrees on the Bonus-Malus scale, on the anniversary of the contract. A Bonus-Malus system usually stimulates drivers to avoid accidents that would lead to the loss of bonus.

It has an effect on the behavior of the Romanian insured, too, changing it. The percentage of the Motor Hull insured that received compensations during one year, in our country, is over 50%, the damages ranging from minor scratches to broken rearview mirrors.

In the countries applying the Bonus-Malus system, in such cases, the costumer would rather pay the complete damage and not report small claims in order to receive a bonus and to avoid an increase in premium, falling into a higher risk category.

Another definition of the Bonus-Malus system, based on a mathematical model, is presented below. A system of Bonus-Malus calculates the premium applicable to a particular contract as a base premium, adjusted by a quantity (the bonus or malus) which depends on previous claims experience.

Consider a Bonus-Malus system in which the Bonus-Malus has J positive values, called the Bonus-Malus levels, which can be labeled $1, 2, \dots, J$, called the Bonus-Malus classes. The system is defined by the classes, levels and the rules according to which claims experience is mapped to transitions between classes. Over time, the portfolio will be distributed over the Bonus-Malus classes.

The policy occupies Bonus-Malus class J in the first period since the commencement of the system. For i , the insurance premium will be $P(i)$. If a policy occupies Bonus-Malus class i , after previous year claim r , it will be transferred from class i into class $C(i, r)$, within one year. C defines the transition rules from one class to another, within the Bonus-Malus system. The system has the following property: if $k > i$ then the k level is „better”, having a smaller premium, so $P(k) \leq P(i)$.

So, the ultimate goal of the Bonus-Malus system is to keep ‘good risks’ at a positive level (Bonus) and ‘bad’ risks at negative levels (Malus).

Definition 1.3. *The Bonus-Malus system can be defined by the triplet (C, i, P) , comprising bonus elements. The (C, j) pair represents the bonus rules. The elements must meet the following conditions:*

- *The P function should decrease*
- *The $C(i, r)$ function should increase in ‘ i ’ (for a fixed ‘ r ’) and decrease in ‘ r ’ (for a fixed ‘ i ’).*

According to the Decree 21/27 of November 2009 on the implementation of norms of Motor Third Part Liability insurance, the insurance companies have applied Bonus-Malus system, since January 1, 2010.

Thus, the new MTPL rules established the introduction of 14 Bonus classes and 8 Malus classes.

Each of these classes has a corresponding percentage of reduction, respectively, of increase compared with the B0 class. B0 class was assigned to those who had not a MTPL insurance until early 2010.

Based on the Bonus-Malus scale (see Tabel 1), a driver without a known claims history in the previous year benefits from a 10% discount in the following year or from a 5% discount in the

next six months. However, a driver with a known claims history pays a higher premium (up to 200%).

Determining the history of the insured, to establish the Bonus or Malus class where the policyholder should fall, will be done by querying the CEDAM database which is, in the present, the administration of The Insurance Supervisory Commission.

A key element is that, when concluding a MTPL policy, if the database query can't be performed for technical reasons, the Bonus/Malus can be established on a solemn declaration of the the insured on damage recorded in the previous reference period, thus giving an opportunity to mislead the insurer.

Thus, if in the reference period (the previous insurance year) a driver has not paid damages by the MTPL policy, he will benefit next year by a reduction in insurance premium. The reduction will result by granting two Bonus classes, where the new policy will be completed over a insurance year or a single class of Bonus if the policy will be completed only for six months.

Thus, theoretically, it can achieve maximum Bonus class after seven years with no damages compensated by the MTPL policy. In the opposite case, if in the reference period were recorded damages, the policyholder is penalized by the application of „one Malus”, i.e. by increasing, with a certain percentage, of the insurance premium. However it can apply a single class of Malus for each reference period, excepted are those events in which the vehicle was acquired and used without consent of the owner and the police was notified in writing.

If a policyholder has several vehicles, the Bonus-Malus system is applied separately for each one. Also for disposal or cancellation of the insured vehicle, the establishment of a new Bonus-Malus class for a new vehicle is based on the class of the insured previously enjoyed.

The Romanian Bonus-Malus scale, including the percentages of the basic premium to be paid and the transitions after 0,1,2,3 or more claims, is depicted in Tabel 1. In general, any insured person starts with a bonus class or premium factor of 100%.

Class	Premium level (percentage)	New Bonus-Malus transition depending on claims			
		0	1	2	≥ 3
B14	50	B14	B10	B7	B4
B13	53	B14	B9	B6	B3
B12	56	B14	B8	B5	B2
B11	59	B13	B7	B4	B1
B10	62	B12	B6	B3	B0
B9	65	B11	B5	B2	M1
B8	68	B10	B4	B1	M2
B7	71	B9	B3	B0	M3
B6	74	B8	B2	M1	M4
B5	78	B7	B1	M2	M5
B4	82	B6	B0	M3	M6
B3	86	B5	M1	M4	M7
B2	90	B4	M2	M5	M8
B1	95	B3	M3	M6	M8
B0	100	B2	M4	M7	M8
M1	105	B1	M5	M8	M8
M2	110	B0	M6	M8	M8

M3	120	M1	M7	M8	M8
M4	130	M2	M8	M8	M8
M5	145	M3	M8	M8	M8
M6	160	M4	M8	M8	M8
M7	180	M5	M8	M8	M8
M8	200	M6	M8	M8	M8

Tabel 1. The Romanian Bonus-Malus system: transition rules and premium levels.

The ultimate goal of a Bonus-Malus system is to make everyone pay a premium which is as near as possible the expected value of his yearly claims.

The Bonus-Malus system is the powerful instrument to assess individual risk. Note that for the transitions in the Bonus-Malus system, only the number of claims filed counts, not their size. Although it is clear that a Bonus-Malus system based on claim sizes is possible, such systems are hardly ever used with car insurance.

In conclusion, the basic characteristics of Bonus-Malus system are:

- classification according to claims experience (period: 1 year);
- number of classes and period required to reach maximum bonus;
- beginner's class;
- reclassification at renewal;
- only the number of claims filed counts, not their size;

By applying the Bonus-Malus system the company assumes the risk of losing many clients disadvantaged by the significant increase of the rate premium, in the next period, but the favorable results will appear on a long or medium term.

In theory, applying a different Bonus-Malus system, in addition to the damage history of insured, to consider a different weighting according to the initial risk factor for each client, it can become an advantage for policyholders. For example, statistics show that drivers from the urban areas have greater potential to cause damage, this factor is taken into account in determining the initial premium. Thus, in a year without damage, they can benefit for a greater reduction than those in rural areas. In the same time, penalizing accident should be less than for those in lower risk areas.

Also in other countries where the system is operational for some time, a rigid form of the system has determined that drivers who have caused damage very often, but at a regular interval, to remain in Malus section for the entire period of time in which they will be insured. Therefore, in ideal market competition, it can choose for a flexible and liberalized Bonus-Malus system.

1.3. The Risk Profile of the Insured

In the international insurance market, the risk profile of the driver is already playing an important role in determining the insurance premium for each person. This system was partially implemented by several insurance companies in Romania market.

The individual level premium cost methods have also been adjusted, taking into account the fact that the driver (and not the car) is usually responsible for accidents. Thus, the basic premium is determined using the following rating factors: the features of the car (class, brand, age, capacity, additional protection), as well as the risk profile of the insured (age, civil status, residence, license, destination, type of use of the car, the driver's behavior in traffic).

Some countries have introduced even more exotic criteria, such as car color, marital status or the fact that the driver is a smoker or nonsmoker. All these are classification criteria established on a statistical basis, which may affect the premium at the outset of insurance. There are also several factors which, though relevant, can not be considered for the initial calculation, such as: the level

of aggression in driving, the knowledge of the traffic rules or the reaction time in different situations on the road. However it may be take into account that these factors are determinant, during several consecutive periods of insurance, by the number of events in which the driver has been involved and the circumstances in which the accidents happened. Therefore, the Bonus-Malus system, with the risk coefficient arising from the client risk profile, may more accurately determine the insurance premium, if it is differently applied for those ones who make the insurance with the higher share of risk or those ones benefiting of a lower share of risk.

As to the increase of the efficiency, the cooperation between insurers is necessary, in the sense of creating a common database or multilateral agreements, for Bonus-Malus system implementation and the tariffs depending on the risk profile.

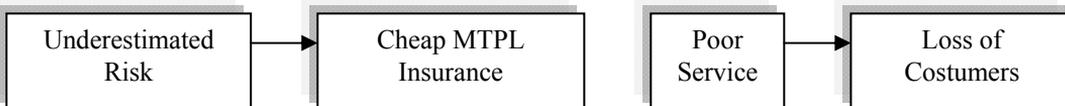
2. Strategies and Actions Meant to Increase Profitability

Such developments, having a negative impact on the old Romanian and Balkan mentality, and the negative factors emerging amid the current economic crisis, have made me think about certain strategies that could lead to increased profitability.

➤ For years, the Romanians have been considering the MTPL policy as a compulsory tax which brings no direct advantages to them, as many Romanians use to offer their MTPL policy to the victim, in case of an accident. That is the reason why many Romanians are interested in cheap MTPL insurance, regardless of the quality of service provided by the insurer, above all, ignoring the possibility that the respective insurance company may not cover the damage, and the victim could thus sue the guilty policyholder.

Therefore, we should first *change the mentality* of the insured people, making them understand that they can benefit of the MTPL policy, especially of third-party liability insurance. They should also understand the social role of the MTPL policy, discovered a long time ago, and implemented by all European states.

➤ A major factor triggering the increase (although not so significant) in the price of MTPL policy, is represented by the growing number of automobiles at the national level, especially of high-quality automobiles, whose spare parts are very expensive. One should not ignore high liability insurance costs in bodily injury or moral damage cases, too. Thus, the car insurance companies paid about 1,500,000 million euros, in 2009, while, in 2010, the maximum rate of compensation could amount to 2,500,000 million euros. By 2012, it will probably reach 5 million euros, according to the European standards.



However, the low levels of MTPL and Motor Hull premiums was underlined in the February 2010 International Monetary Fund (IMF) report asking for an increase in the funds assigned to that end, especially in the case of insurance companies which did not operate based on a risk-premium correlation. At the same time, the report also emphasized that the level of premiums and reserves for MTPL and Motor Hull must be thoroughly analyzed and reviewed.

To highlight the difference between the European levels and the Romanian ones, I shall offer the following example: the price of the MTPL policy for the owner of a ‘Dacia Logan’, in Romania, reaches 100 euros, while in Bulgaria, it reaches 180 euros and in Germany – 1,000 euros.

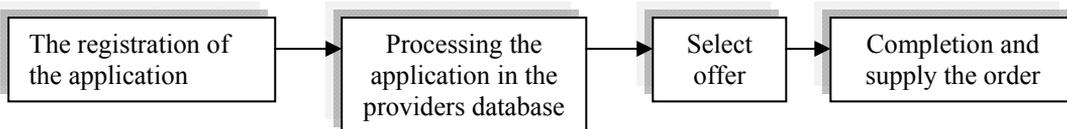
Thus, *increasing the price of MTPL policies* might be one of the ways to improve profitability.

➤ *The existence and the implementation of information systems*, dedicated to the motor spare parts acquisition, represents another direction for profitable auto insurance market. As we

know, there are disagreements between insurers and repairers because the price of the motor spare parts, sometimes unreasonably high. The information solution is a reference in handling claim files by promoting maximum price recommended by importers for the Romanian market. There are already some insurance companies that use information systems, dedicated to the acquisition of motor spare parts used to repair vehicles Motor Hull insured. Through the mediation relationship between the insurer and the service center, the system standardizes the process and thus achieves a correct amount paid as compensation.

In general, any product marketed in Romania is more expensive than the same or similar products sold in other European countries. There are no exception or motor spare parts, their price in Romania surpasses the price in European Union. The reason? There are many reasons: we can not yet speak of a truly competitive market where there are and apply competition rules; the service center selects the motor spare parts provider, so it is used the concept “buy only from there” and more importantly, there is not interest about the efficiency of the activity.

The performance of information solutions who the insurance companies could implement is based on the following scheme:



➤ Another way is to *change* the MTPL insurance. As we know, if an accident occurs, the guilty driver holding a MTPL policy covers the damage. The situation might significantly improve if we take into account the models already applied by other European states, according to which the company insuring the victim should cover the damage, subsequently recovering the respective amount of money from the company insuring the guilty driver. Actually, that system changes the wrongly interpreted relationship between the insured and the insurer, offering no benefits to the policyholder. Due to the new system, people will be interested in the most efficient car insurance companies, which cover the damages (placing thus the emphasis on service quality, instead of low prices), disqualifying the insurance companies that do not cover damages.

➤ The number of MTPL insurance policies issued in the past 3 years decreased from 90% to approximately 73%-75%, while the number of costumers complaining about the insurance companies increased 10 times. We do not now for sure whether the decrease in the number of MTPL insurance policies issued in the past 3 years was triggered by the lack of clear sanctions and, indirectly, by the failure to monitor non-insured drivers or by the economic crisis that affected people. Therefore, I think that *the adoption of better monitoring methods and the implementation of severe sanctions* could increase efficiency.

➤ In the past 2 years, investments decreased, too, limiting the ability of the motor insurance companies to cover damages. Therefore, under the current circumstances, insurers face major financial difficulties, and their non-profitability has become increasingly visible, amid the lack of opportunities to make profits. The situation has dramatically changed since 2008. Many companies can no longer artificially keep losses in check, as foreign investments or capital injections have significantly decreased.

The reestablishment of the financial balance must be supported by the insurance companies, acting in two directions: *tightening control over compensations* and *thoroughly assessing costs and risks*, which actually implies an increase in premiums on MTPL and Motor Hull, as other damage control instruments or tools, such as the franchise or the Bonus-Malus system, have had a limited impact.

Conclusions

Under the current circumstances, amid the global financial crisis, many economic players willing to earn higher profits have cut prices, providing instead low quality service and promoting unfair business competition to win market shares.

In conclusion, two stances should be adopted: either to increase both the efficiency of the current system through tight The Insurance Supervisory Commission control and the public awareness, or to fully change the current system in order to encourage fair market competition among the insurance companies.

References

1. Kaas, R., Goovaerts, M., Dhaene, J. & Denuit, M. *Modern Actuarial Risk Theory*. Kluwer Academic Press, Boston, 2001
2. Teodorescu, S. *Metode statistice pentru estimarea repartiției daunelor din asigurări*. Bucharest, Editura Universității din București, 2009
3. Teodorescu, S. *The role and the importance of the Bonus-Malus system in the motor*
4. *insurance*. Lex et Scientia International Journal, noXV, vol.3/2008
5. Teodorescu, S. *Measures adopted for reducing damages in car insurance industry*.
6. *Setting the premiums in the car insurance*. Proceedings of the International
7. Conference „Economics of sustainable development. Financing regional
8. development” Ecological University of Bucharest, Institute of Economic Forecasting –Romanian Academy, Bucharest, 2008
9. Teodorescu, S. *The Bonus-Malus system modelling using the transition matrix*,
10. Bucharest, Proceedings of the International Conference „Economics of sustainable
11. development. Sustainable Development Through education research and innovation”
12. Ecological University of Bucharest, Institute of Economic Forecasting – Romanian
13. Academy, Bucharest, 2009
14. Văcărel, I., Bercea, F. *Asigurări și reasigurări*, Bucharest, Editura Expert, 2007
15. Vernic, Raluca. *Matematici actuariale*. Constanța, Editura ADCO, 2004
16. *The Decree 21/27 of November 2009 on the implementation of norms of Motor Third Part Liability insurance*,
17. Insurance Profile Magazine, January-September 2009
18. PRIMM Magazine - Insurance & Pensions Collection
19. The Insurance Supervisory Commission site, www.csa-isc.ro
20. Media XPRIMM site, www.asigurareamasinilor.ro

QUALITY IN THE MANAGEMENT OF HUMAN RESOURCES THROUGH THE QUALITY OF THE HUMAN FACTOR'S STANDARD OF LIVING

Cătălina BONCIU*

Abstract

The studies regarding the human resources management made in the past months are focused on the labor market imbalances. They are talking about crisis at all levels: moral crisis – spiritual crisis – financial crisis – economic crisis – social crisis, and about unidirectional recommendations, designed to diminish some of its effects. The interests of important businessmen will never stand away from their commercial needs. Very few will be interested in indentifying their employees' labor aspects. No doubt they can be eager for money, power, credit, but with no other purpose disguised by appearance. Some of them realize they have to motivate their employees in order to reach their goals, and some even do that. They examine human personality, with the purpose of completing their employees' professional training and improvement, their performances and behavior at work, their individual results and those of the organization compared to competition... That seems to be enough, right?! The relation between the work results' level and the professional training is irrefutable. But, it seems that the relation between the work result's level and the quality of life, the personal satisfactions – let alone personal happiness – is not equally important. Even at present, can we indentify the number or theoreticians or practitioners that are conscious of the causality between the quality of life and all the other aspects?! How many managers are thoughtful not only of their own personal diet, but also of their employees'? Who is really interested in managing educated, civilized, responsible – all in all cerebral – employees and not “yes men”? Or, if private agents don't have such preoccupations, what does the government do, in its quality of social protector?!

Keywords: *quality, human resources management, crisis: moral, spiritual, financial, economic, social*

Introduction

As time goes by, experts (no matter what field they work in) gather more often and issue hypotheses, make remarks about points of view, decide courses of action, adopt conventions/directives/laws, critique the manifestation of some phenomena or encourage others...

In fact, all these frequent assemblies: congresses, conferences, seminars, meetings, the exchanging of opinions..., do not necessarily contribute to the identification of successful solutions. These are groups, organizations, commissions, international committees that gather in a more or less public form.

More recently, financial experts assert that the world is facing a crisis unheard of. The models and methods that we know and apply don't seem to help or, however, didn't have the expected effects. The leaders of the world – elected officially - identify pragmatic ways to support the productive activities, with the seemingly consequence of working our way out of this crisis. We live in troubled, confusing and almost meaningless times as a result of the denial of the eternal values, which were replaced by non-values. Slowly, humbugs started to be seen as real virtues. Sandcastles are being built just to be thrown down with the first big wave. The guidelines and precepts on which our ancestors built our society upon are now being forsworn. We suffocate our society – more or less consciously – not only by the contamination of the environment, but also by maintaining the incompetence acknowledged by diplomas, certificates and credentials.

* Professor Ph.D., University of Bucharest, catalina.bonciu@yahoo.com

All these bad things hail from the fact that one can always find leaders (at any level) that don't know how to orient their subordinates towards progress. Some of them mean well, but they are easily manipulated and don't realize that they play the role of a dummy in the hands of some very well prepared puppeteers. Others are even aware of their own limits, but hide their spiritual poverty behind the mask of some unhealthy ambitions of growing and dominating, ambitions founded on splitting the masses – divide et impera.

Those who are truthful, who dedicate themselves to some noble, creator ideals, who know that they compromise themselves for good in a world of appearances, of forms without substance, of shallowness, fight already lost battles until they get wearied out and abandon the „elite” squad. Spirituality finds no place in the kingdom of materialism. The development of the human personality is unwanted in a world dominated by money and political power, family ties and economical interests.

The flag of democracy that is waved in front of the gullibles proves to be nothing but a coat of arms for the uniformization of the flunkies. What is the use to plead for individualization, for believing in ourselves, as a person who can accumulate continuously even by giving themselves to the others?!

Why should investing in a person, as a species capable of evolving, be of any interest when it is far more efficient to dominate him?! Who would be interested in the number and the quality of the human resources when the wealth poles are repositioning, when the spheres of power are relocated and when the areas of interest are reconfigured?!

Natural selection works not only in the natural environment, but even on the labour market. Only those who are strong can survive this crisis. The only chance of saving ourselves will come the day when we will appreciate the day-to-day commonplace as a wonderful gift and we will stop desiring material things or social or professional rises just because we've seen it happen to others.

Reality has proved that in our unhealthy contemporary days, people take less and less time to contemplate upon their own destiny: the daily automatism stops them from seeing what is essential in their lives. In fact, projecting or designing the career or the professional development are both of great interest for a lot of persons. Today's economical context dictates more and more the alternative of completing the permanent education and continuous education, often on your own, outside any formal structure. There are a lot of youngsters who chose not to comfort with having an active life with a slow and insignificant rise. And there are even more those who already understood the difference between a satisfactory job that ensures a minimal wage and a job that offers a lot of challenges but also a lot of satisfactions.

This study is not intended to provide the best measures to reinforce the economy. The research did not even take into account the need of adapting the human factor to today's realities. In regard to this, the classical norms or patterns of education and the forming of the personality proved to be of no use. We face, most of all, with a human crisis: of identity, of the psyche, of understanding, of behaving...

Interpreted from the economical to the sociological and psychological point of view, we have to understand that the classic paradigm of launching the human factor on the labour market has changed. So, where should we look for the answers to the needs of reorganising the mentality and of the completion of the individuals seen as human, educated, intelligent, high quality level capital?

The concern of expanding this research not only at an academic level, but at the level of the pillars of the productive world is justified by this simple causal relation: the quality of the human factor is directly influenced by the quality of its' management. Secondly, the quality of the human factor is subject to the quality of life. Unfortunately, there are very few people who speak up when it comes to a new dimension of the individuals, both as entities and as active factor of the labour force, relative to the quality of their life, but also the the quality of their work life.

Literature review

Mainly, this paper establishes a link between the construction of any supporting anchors of an economical organization: quality of life (with the quality of the working life) and quality of the human resources' management.

The quality of life, studied in a sociological manner, has been the subject of research for decades, one of the most remarkable publications in this field being written by Veenhoven, Cătălin și Elena Zamfir, Lazăr Vlăsceanu, Ion Mărginean, Sergiu Băltățescu...

Theoretical background

The most important issue of this paper is the need to change the paradigm in the management of the human resources. Once, the experts' studies in management or human resources management revolved around human personality, in terms of completion of training and professional development, of behaviour at work, of the results of the individuals and of the firm in comparison with the competitors [2]... According to what we previously asserted, the future questions the concern of publicly giving proof of the link between the level of the work results and the level of the quality of life, of the lifestyle, of the personal satisfactions – not to mention expanding it up to personal happiness.

Even nowadays, can we ask ourselves, although we repeat ourselves, how many theoreticians or practitioners are aware of the dependence relationship between the quality of life and all the above mentioned?! How high does the percentage of managers interested not only in their own personal diet, but that of its' subordinates, as well?! Who is truly interested to manage educated, civilized, responsible employees who think, instead of just work?

As time goes by, everyone of us becomes wiser as we accumulate and experience different things in life. Or this is the way it should be. Provided there are no serious reasons to deny the evolution in the human existence, adulthood individuals can appreciate the level of the values they acquired through study and practice. For those with a deep sense of knowledge, but especially of self-discovery, the analysis is made with a high degree of objectivity and does not focus only on the absorbing and appropriation capacity of what is new in the topics of conversation. An important factor of the analysis is the moral motivation/ material motivation ratio; the amount of money received by the person for his work remains also something not to be neglected.

A person's job may provide the source of revenue for a certain standard of living; the orientation of the physical and intellectual efforts towards a certain type of work; the social and material status, and by default, the recognition that comes with them; integrating in a competitive environment, where working for the benefit of others is a goal in life and a considerable motivation to constantly overcoming one's personal limits. [3]

However, it is not a necessary and sufficient condition in carrying out the process of transformation of the human factor in human capital, in discovering all the abilities, talents, vocations of the human resources transforming them in competences acknowledged in the labor market.

Starting with 2009, the opportunities on the labor market – worldwide, not only in our country – have suffered significant permutations and providing a safety net for the workforce has become more and more viable if we shift the focus on self-instruction, non formal and informal in terms of individual accumulation. Being aware of the importance of each person, both as a biological being, but especially as the potential element of human capital, the continuous education principle should be connected with social and individual progress, as a subordinate of the permanent education. Each of these forms of education has its' significant role.

- permanent education: anticipating the evolution and harmonizing the forms of education.
- formal education: with intended and systematic influences, developed in specialized institutions with the objective of shaping and forming the human personality.

- non-formal education: optional, facultative or extracurricular activities performed in a less or non formalized manner.
 - informal activities: personal, spontaneous, unorganized or not certified explorations.
- However, lifelong learning alone does not automatically give an organization the status of high quality firm or with a high quality management of human resources.

I. Hypothesis / assumptions

In human resources management, this period of „shortcomings” allowed the appearance and expansion of some exciting phenomena of interest, not because the people hadn't have prior seen or studied them, but due to the interpretation and manifestation features.

Avoiding the „crisis” concept is absolutely intentional, not at all omitted by the attention, more or less censored, of written expression. Why should we stumble in intricate, confusing and contradictory allegations of the public speakers - particularly the extremely vocal ones, meaningless in the acclaimed ideas – when we could gracefully circumvent these embarrassing situations?! What would be the use of joining to ones opinion if this only means deriving from the initial meaning of the problem's main idea? Aren't impartial approaches and real analyses of various segments of the labour market more suitable?

Wouldn't we prefer an impartial presentation of the conditions determining the individual reactions, rather than casual pairing up phenomena as moral crisis – spiritual crisis – financial crisis – economical crisis – social crisis, identifying the impact on the behavior and the purpose of human labor?!

II. Demonstration

Anyone can say that, according to the efficiency of business, the individual at his work place should remain a complex object of study, especially for those who still reject the idea of using the sociological and psychological concepts at an organizational level. Despite all the economical and financial restrictions which generate others of different natures, the care for employees collective behavior in terms of motivation and developments in progress still exists (certainly, not sufficient, but mostly, not in all organizations).

Most Romanian's incomes have always been under the individual needs. By default, we can't talk about providing prevalent material stimulation. For that, the workers have chosen as a motivational refuge the labor itself, with it's content and dimensions, as well as with its context. The difficult part to process, even at this moment, is the obligation of giving a lifelike diagnosis for the most important causes that lead to some personal and professional reactions: the life quality, including the one at the workplace, the personality, the educational and cultural level.

1. Well known facts

People are different, they react distinctly in similar situations, thus observing and analyzing them and ultimately using their profit potential doesn't have to comply with all general rules. In our country there are many analysis studies on training and developing the human capital, which investigate the social transformations impact over the evolution:

- of reforming the health system, health and medical services permissiveness;
- of the educational system, quality and access to education;
- of the ongoing training and professional development;
- of unemployment and employment;
- wages and income...

There are still several social and economical analysis missing – multi-criteria and multi-factorial - meant to cover all the aspects generating the surprising manifestations of the representative exponents of society. In the current social transformation context there are sporadic

studies over the generators of general and specific laws of human capital formation. But there are not promoted resounding, or even poorly investigated, the influences of educational levels and health situation over the formation, development and human capital leverage.

Anyone agrees with statements that the investments in education and health intensify the development of human factor; attracting and using the human capital available in social and economical activities improve the quality of life and thereby contribute to the social welfare. However, not medicine, not economy, not even sociology produced direct measurements of the health status.

There were either remembered subjective assessments of individuals, or were considered medical care expenses, or the indicators related to life expectancy, mortality by age group or targeting disease incidence (associated with poverty or with contemporary epidemics) were ranked in international statistics.

Strictly in terms of the economic process coordinators point of view, the interest for the life quality and health status levels should represent a constant preoccupation, to which importance and material support should be given, not only moral support. Health and prosperity are preconditions to the functionality of the employed population and of the human capitals manifestation. As a basic characteristic of the human capital, the populations' health status is measured through three categories of indicators:

- *vital balance of the population indicators* - for example, demographic and qualitative indicators of the population;
- *health indicators* - expressing numerically the physical, mental and social health;
- *population accessibility to health services indicators* - identifying and capturing the material and financial support of health services (public and private).

Which one of those indicators does the Romanian society excel at?

It is known as a fact that the average length of life rate's value is in decline, the mortality rate is raising and the fertility rate's and birth rate's value are decreasing?

Is it a secret that Romania's population is confronted with developing countries specific diseases and those chronic not contagious diseases specific to states where epidemiological transition has reached advanced stages, such as: cancer and circulatory diseases?

Is there anything new in the dependency relationship between poverty, alcohol and tobacco abuse, alimentation and destructive lifestyle, environmental change's aggression, physical inactivity, impaired balance of the body, stress ... and quality of production?

Are there no ways to identify numerous reasons – objective and subjective – of the deficiency in performance and professionalism in the medical system? Does the insufficiency in numbers of doctors and medical personal caused by migrations, towards increased salaries compared to the ones between Romanian borders, still surprise us?

It is put under a covenant the imbalance between the living standards in urban and rural areas (where bargains and own consumption are current, widespread practices of earlier centuries)?

In Romania, poverty has become an extremely worrying presence, currently extending, being determined by the size of income, housing, health, education level, the ambient quality, social participation of individuals in the community. The poverty risk depends and conditions the social and career position, the education level or poor health status.

Regarding education and health spending, they are theoretically approached as permanent investments, directed towards development (continuously training) or to maintaining the capital stock (regular medical consults, for example). Also theoretically, the individual knowledge can always be used, depending on their socio-economical environment. Practically, the financial support of the formal continuously learning process began its decline over the year 2009. However, this translates into potential negative effects on the individual and also on the company /

companies and society. And also a direct dependency relationship is on the level of health and education.

It's an apparent paradox that Romania ranks first in Europe and ninth in the world in terms of purchasing power of top managers (shown by a study realized by the Hay Group consulting company). The argument in such a situation encountered among top executives, with revenues of almost 10 times higher than those of regular employees, even in times of crisis, is still insufficiently explained on account of the small number of specialist. Therefore, we are discussing an expert shortage, not just the standard of living.

2. Less known facts

The individual's adaptation to the environment was supported genetically by unconscious acceptance of certain components of food. Historical periods could ensure the perpetuation of the human species and shaping personalities according to the alimentation. The blood differentiation is just an evolutionary stage of familiarizing humans with the selected type of food. In terms of blood groups, the traits of the "universal donor" (group A), the "universal recipients" (group AB) or those of groups A and B, are well known. There are not many who take into account the factors M, N, Rhesus - positive and negative.

Type O has its seeds in the primitive ordering, when the proteins in meat were the main source of energy and over the years this has printed individuals with a strong and hyperactive immune system. It was a group of people with strong personalities, with a genetic memory of power, intolerance towards adjustments in diet and environment, strength, daring, confident, concentration power, action and a developed sense of self-preservation. With a vigorous and strong physique, a person in this category responds well to stress through intense physical activity, thus able to conduct long-term solicitant activities. Therefore, the methodical (Type A) - dynamic, opportunistic, fast, realistic, useful, open - can be able and skilled diplomats. They are likely to succeed in professional trades that allow freedom of movement, and even if they possess a technical nature, they are adapting almost perfect.

Type A reunites the vegetarians. In terms of metabolism, Group A is exactly the opposite of Group O. Type A individuals have a sensitive digestive tube, with low levels of gastric acid (which doesn't help meat digestion), with a tolerant immune system (prone to diabetes and heart disease).

Their personalities effectively respond to stress by calming actions, they well adapt to the environment and the vegetarian diet, necessary to maintaining their fitness and psycho-motor activity. The harmonic (Type A) - slow, vulnerable, self, deep, sensitive, stable – can be loved leaders, because they are among the followers of highly creative abilities, sometimes in the form of craft work, but often finding themselves alone and not as team members.

Type B is linked to the nomad groups, balanced, owner of a strong immune system. The digestive system doesn't input numerous nutritional restrictions, the individuals having the most flexible diets. He is exposed to chronic fatigue and he's a high consumer of dairy products. B blood type's personality responds well to stress with creativity and doesn't need a balance between physical activity and mental activity for flexibility in behavior and appearance. The rhythmic (Type B) - active, resolute, rigid, persistent, meticulous, calculated, cold – can become feared leaders. They yearn for the professions which require continuity, perseverance and methodical skills, but not much rhythm and long rates, with slow chances of adaptation, except in situations where own understanding, decisions or personal acceptance prevail.

Type AB defines the enigmatic, mysterious evolutionist, the individual generated by the modern combining of previous two blood types, A and B. Despite the sensitive digestive system the individuals possess an excessively tolerant immune system. This particular type of personality always has a chameleonic response to the environmental and diet changes, and also a suitable one in stress situations. The complex individuals (Type AB) - hypersensitive, receptive, unstable,

contradictory – may be confusing leaders or very human leaders, because of this, they prefer professional paths that do not require sedentary occupations, monotony, inertia, stiffness, matching rather actions that include people and interaction of any kind (but only those that encourage them to express themselves).

It is acknowledged that between the blood type, diet and people's health there's a tight liaison. Few people, managers least, think of the implications of the blood type, although it's considered a strong genetic force. Unfortunately, people who don't give enough attention to the association between their diet and the right way of current administration are rapidly increasing in numbers.

Lately, nutritionists' concerns for choosing an appropriate diet is made with the intent of preventing diseases, in order to slow aging, treating obesity, and not an increase in work efficiency, in creativity, or in working in physical and psychological harmony. Medical professionals recommend diets to achieve an increased level of energy, reduce digestive disorders, improve chronic health problems and the most frequent of them, to control weight, often in the sense of reducing it. However, managers did not correlate the adaptation of food to the specific needs of each person, nor with the tone or strength requirements, restraining only to understanding the importance of nutrition in maintaining health and healing dysfunctions. The blood type sets each person a particular route, with inclination to sickness or health, putting his mark on longevity, vitality, emotional balance, caloric and energy balance ...

If you would ask a person, regardless of professional training, age or sex, the social or material status, how he could define the biological act of feeding, except explanations with scientific connotation, he would certainly say "eating has always been one of the greatest pleasures of life."

Once again, obvious expressions appear such as "we are what we eat" and "one's food is another's poison." High spirits of humanity have never doubted the significance of food. Food, far from being a secret or an unknown, was considered a blessing, that sometimes could turn into a curse. Herodotus' statement is valid even nowadays: "let food be your medicine and medicine be your food" (377 BC). There is no life without food, and food cannot be replaced by nothing.

The intention is not to mention diseases that can arise from unhealthy eating. The alarmingly high percentage is approaching 65% of all health problems - headaches, stomach acidity, chills, weakness, high temperature and fever, malaise, dizziness, intoxication, and upset stomach or abdominal pain, nausea, loss of appetite, food intolerance, allergies, blocked transit, insomnia, dehydration, bloating ... but also heart attack, stroke, circulatory problems, high blood pressure, various forms of cancer (62% of cancerous diseases are located at breasts, colon, prostate, kidneys), cholesterol, obesity ... Studies carried out in the state with the most alarming effects of inadequate feeding reveals a more than alarming situation: in the past 20 years, the number of overweight children has doubled, that of adolescents has tripled (WHO, 2004), and overweight lead to a lack of confidence and clinical depression. [9]

The objective of all observations leads to what must be done to have a healthy body, healthy mind, a pleasant work, a state of happiness

Such approaches are, first of all, done by any interested person to live and work healthy. Only then appears the objective of increasing the role played by managers.

Very dangerous is that death rates have increased at work. Only in recent years there have been public comments or statements of young people dying from exhaustion or from untreated severe internal imbalances.

The fact that the age when diabetes may trigger (which was already extended to one quarter of the population, according to the latest media) has lowered, not less than 40 years, but even below 20 or 10, also requires immediate, decisive and sustained measures from social policy. The role of the State today is not seen; the measures decided by the various decision-making powers seem to ignore the shortcomings and the health of the majority of the population. [10]

Quality of life doesn't refer only to food availability and individual needs, but it cannot be addressed excluding how nutrition should be made. Nowadays there are few people who know the basic rules of nutrition, without reference to diet. Only few people use proper food personality and their blood group.

How many among them also exclude those that can harm health?

Managers have the duty to pay attention to their subordinates' quality of life unless it is indifferent to them the manner in which they run their businesses. On the level of health and quality of life depend both the individual and the organization. Even if, in the view of managers, individuals have no value other than that achieved within the organization, there must be concern for all of them regarding the improvement in working condition and life quality.

3. What is not known

From all the infinite evolutionary alternatives of the human race (regarding strictly the continuation of life on Earth, excluding the apocalyptic theories and the traditional saying „after November flood”), we should only choose those that allow humans to work happy, content, sated, with respect for those around them, and with the giving nature and serenity of one who offers within belief, not from constraint.

The paradigm under which mankind has entered a new era has fundamentally changed against the one valid in the consumer society. People themselves must become self-taught – masters of ourselves – and they should stop following unconditionally a so-called guiding spirit, according to custom.

The upper level of consciousness, without doubt, is accessible to anybody. Moral conflicts are already present, due to levels of consciousness leading backward compared with investigating spirits, creative, innovative, fast even in exploratory development.

It raises issues of adaptation, the ability of everyone to gain a far higher volume of information compared with previous periods, often contradictory to what is universally accepted as valid, or expressed in coordinates relative to the accumulation of hundreds of scientific fundamentals and thousand years of humanity.

The current system crisis requires that human factor, in its development process for human capital, to accept dedicated professions and to develop in a somewhat invasive informational state, which causes intense feelings, of pure rationality, unexpectedly simple...

Conclusions

There is no point in hiding the disagreement caused by the many arguments brought in favour to the statement that we should talk, think and act in both our private lives and our work just like in a fight. We hear everywhere phrases such as „the human struggle with nature”, „life is a jungle where only the strongest survive through battle”, „the struggle between unions and employers”, „the fight between governors and administration workers”, „the battle between employees from the public and private system”, „the fight between chiefs and subordinates”, „the battle between social classes”, „workers vs. intellectuals”, „engineers against economists”, „youngsters vs. elders”, „men vs. women”, „rich vs. poor”, etc.

The logic is simple: is fighting is what you are thinking, than that is what you will get!

In the spirit of Human Resources science, the inexhaustible human potential should be known in depth and developed. In other words, personal development subordinates to social development. The “developer” investigates, creates and leaves work behind for others, he avoids fights. This means, translated in an imperative manner, “do not destroy and do not kill!”

The study has surpassed its initial area of expertise. During research there have been identified several aspects worth investigating, alongside the original ones. The “quality of life” and the “work quality” concept highlight other aspects regarding human factor quality and respectively human resource management quality. For example, individual and collective needs became even

more meaningful just as human resources needs have been redefined thanks to the increased awareness in the quality aspects of the process.

References

1. Lassus, R.de, (1999), "*Descoperirea sinelui*", Editura Teora, Bucuresti
2. Lassus, R.de, (2000), "*Eneagrama*", Editura Teora, Bucuresti, 2000
3. Mărginean, I., (2002), *Calitatea vieții în România*, București, Editura Expert
4. Mărginean, I., (1991c), "Schiță de indicatori ai calității vieții", *Calitatea Vieții*, vol. 2, nr. 3-4,
5. Plugaru, L., (2008), "*Capitalul uman în contextul transformărilor sociale*", Suport de curs, Chișinău
6. Vârjan, D., (2004), "*Economie și politici sociale*", Editura ASE, București
7. Zamfir, C., (2000), "*Strategia anti-sărăcie și dezvoltare comunitară*", Editura Expert, București
8. Jues, J.J., (1999), "*Caracteriologia - cele 10 sisteme de bază*", Editura Teorra, București
9. "*OMS, Journal of American Dietetic Association Report*", Centre of Disease ontrol and Prevention (CDP), World Health Organisation, 2004
10. Ministerul Muncii, Familiei și Egalității de Șanse, (octombrie 2007) "*Programul operațional sectorial dezvoltarea resurselor umane 2007-2013*"
11. http://www.unicef.org/romania/ro/impactul_crizei_2009.pdf
12. <http://www.mediafax.ro/social/copiii-si-tinerii-de-la-sate-sunt-cei-mai-predispusi-la-saracie-5016069>

THE GLOBAL CONSUMERISM

Sorin-George Toma¹,
Paul Marinescu,
Silviu Cojocaru

Abstract

In the last decades, studies about consumption have proliferated. The development of capitalism has lead to mass consumption and consequently, raised several problems (e.g. pollution, overconsumption) to human society. The emergence of consumerism has represented not only the natural reaction of consumers in order to protect and promote their rights and interests, but also a continuous concern for the researchers and practitioners from different fields of activities throughout the world. Consumers' rights and interests are protected and promoted by a consumer movement globally developed.

The aims of our paper are to highlight the multiple meanings of consumerism (e.g. social movement, ideology etc.) and to present its expansion to a global scale. The research type is a literature review.

Keywords: *consumerism, consumption, consumer movement, consumer, APC Romania*

Introduction

It is a well established fact by thinkers as different as A. Smith, A. Marshall, T. Veblen, J. Baudrillard or A. Sen that consumption is both a central theme to modern capitalism and a decisive force behind capitalism (Trentmann 2004). As a major subject of the academic literature consumption is primarily a social process, but it is grounded in the economic activities. It is consumption in its entire complexity which provides the bridge between production and human needs.

The development of capitalism has lead to mass consumption and consequently, raised several problems (e.g. pollution, overconsumption) to human society. The appearance of consumerism has represented not only the natural reaction of consumers in order to protect and promote their rights and interests, but also a continuous concern for the researchers and practitioners from different fields of activities throughout the world.

Our paper constitutes an attempt to provide an overview of the emergence and development of global consumerism and to emphasize its role in the evolution of human society. By identifying consumerism as one of the most important revolutionary movement of modern society the paper contributes to the enrichment of the Romanian research related to consumerism (Dinu 2006, Negrea 2008).

The aims of our paper are to highlight the multiple meanings of consumerism (e.g. social movement, ideology etc.) and to present its expansion to a global scale. The research type is a literature review.

The first chapter of the paper deals with some of the main theoretical issues about consumption and consumerism. Also, it emphasizes the relationship between consumption and consumerism, and the multiple meanings of consumerism. The second chapter of the paper presents the emergence and development of global consumerism. This is followed by conclusions.

1. From consumption to consumerism

Human needs are satisfied through the consumption of various goods and services. This is why consumption constitutes a fundamental element of society and economy. Consumption can be

¹Faculty of Administration and Business, University of Bucharest, Bucharest, Romania, tomagsorin62@yahoo.com, paulmarinescu1@gmail.com, silviu@itchannel.ro

defined as “the total expenditure in an economy on goods and services which are used up within a specified, usually short, period of time, generally a year” (Bannock et al. 1977, 82), “the selection, purchase, use maintenance, repair and disposal of any product or service” (Campbell 1995, 96) or as “spending for survival or enjoyment, as opposed to providing for future production” (Black 1997, 84).

During the time, consumption has been analysed in the works of famous sociologists, psychologists and economists as one of the most complex concepts of capitalism. By celebrating consumption as the wellspring of production, A. Smith argued in the eighteenth century that “consumption is the sole end and purpose of all production” (Smith 2003, 839). At the end of the nineteenth century, J. Ruskin suggested that consumers have to be aware of their duties as much as their rights and A. Marshall stated that one has to consume both efficiently and effectively. Later, T. Veblen introduced the concept of conspicuous consumption, defined as “consumption intended chiefly as an ostentatious display of wealth” (Greenwald 1973, 120), and considered it as a way of preserving social status.

S. Jevons, one of the forefathers of the modern theory of consumption, linked consumption to utility in the beginning of the twentieth century. After the establishment of the theoretical base of consumption in economics by H. Kirk in the early 1920s, J. M. Keynes introduced the consumption function, relating the level of consumption expenditures to the level of national income.

In the postwar period, T. Adorno theorized that consumption is fuelled by a systemic creation of false needs. Later, C. Campbell stated that consumption is a hedonistic activity. On the other hand, J. S. Duesenbery highlighted the social character of the consumption patterns. In the same line, J. Baudrillard pointed out that consumption is both a form of socialization and a semiotic code. In other words, it is rather a consumption of meanings than one of specific products and/or services. Also, P. Bourdieu showed that consumption reflects the wish of consumers to be socially integrated. In the 1980s, A. Sen stressed the idea that commodities allow people to do something or to be something (Sen 1985). Z. Bauman also claimed that the social status of people is determined by what people own and buy, by their consumption choices (Bauman 1998).

At the end of the twentieth century, M. Douglas and B. Isherwood promoted the idea of consumption as a moral activity (Douglas and Isherwood, 1996). This is why sustainable consumption has become a major issue in the global agenda since the 1990s, being defined as “the use of goods and related products which respond to basic needs and bring a better quality of life, while minimising the use of natural resources and toxic materials as well as the emissions of waste and pollutants over the life cycle, so as not to jeopardise the needs of future generations” (Organisation for Economic Cooperation and Development 2002, 9). Sustainable consumption means less consumption and requires a resolute collective action on a global scale. More and more today’s consumer citizens aim “to change their consumption to do good” (Brinkmann and Peattie 2008, 24). In other words, people in the postmodern society have “to learn how to consume by consuming” (Stiglitz 2007, 18).

In short, all these scientific theories and opinions illustrate that consumption has become a core issue to the human society since the second half of the nineteenth century. Derived from the concept of consumption, consumerism represents a result of the growing affluence in capitalist societies. The theoretical legitimization of consumerism came from the “marginalist” school of economic thought that argued that “the most meaningful way to measure value was not in terms of labor or production costs, but rather, in terms of the amount of satisfaction which a product gave to the consumer” (Donohue 2003, 65). Consumerism has been defined in various ways (Table 1).

Table 1- Definitions of consumerism

No.	Author	Definition
1.	Day G. S., Aaker D.	Consumerism is “the widening range of activities of government, business and independent organizations that are designed to protect individuals from practices (of both business and government), that infringe upon their right as consumers” (Day and Aaker 1970, 13).
2.	Forbes J. D.	Consumerism represents “the organized reaction of individuals to inadequacies, perceived or real, of markets, the marketplace, market mechanisms, government, government services, and consumer policy” (Forbes 1985, 105-106).
3.	Gabriel Y., Lang T.	Consumerism refers to the social movement that seeks to protect the consumers against excesses of business and promote consumers’ rights (Gabriel and Lang, 1995).
4.	Black J.	Consumerism expresses “the view that economic life should be organized for the benefit of consumers, rather than producers” (Black 1997, 82).
5.	Stearns P. N.	Consumerism “describes a society in which many people formulate their goals in life partly through acquiring goods that they clearly do not need for subsistence or for traditional display” (Stearns 2001, ix).
6.	Bauman Z.	“Consumerism is not about collecting and accumulating possessions. It is, in its essence, about gathering sensations.” (Bauman 2002, 154)
7.	McGregor S.	Consumerism is “an acceptance of consumption as a way to self-development, self-realization, and self-fulfillment” (McGregor 2003, 18).
8.	The American Heritage Dictionary of the English Language	Consumerism is: - the movement seeking to protect and inform consumers by requiring such practices as honest packaging and advertising, product guarantees, and improved safety standards; - the theory that a progressively greater consumption of goods is economically beneficial (The American Heritage Dictionary of the English Language, 2009).

The above mentioned definitions show that consumerism has multiple meanings for different people. These definitions are endless, but can be sorted into some broad categories as follows:

- consumerism is a theory;
- consumerism constitutes an ideology aiming to legitimize the capitalist society;
- consumerism comprises a set of activities projected to protect consumers;
- consumerism is a way of life;
- consumerism represents a social movement. The consumerist movement can be defined as “an organized movement of citizens and government to strengthen the rights and powers of buyers in relation to sellers” (Kotler and Keller 2006, 95).

However, the discussions about consumerism emphasize the stereotypes of the consumer. Different images of the consumer were identified in the literature (Figure 1). For example, starting

from the fact that the consumer rights are only a part of the citizenship rights, the consumer is basically a citizen.

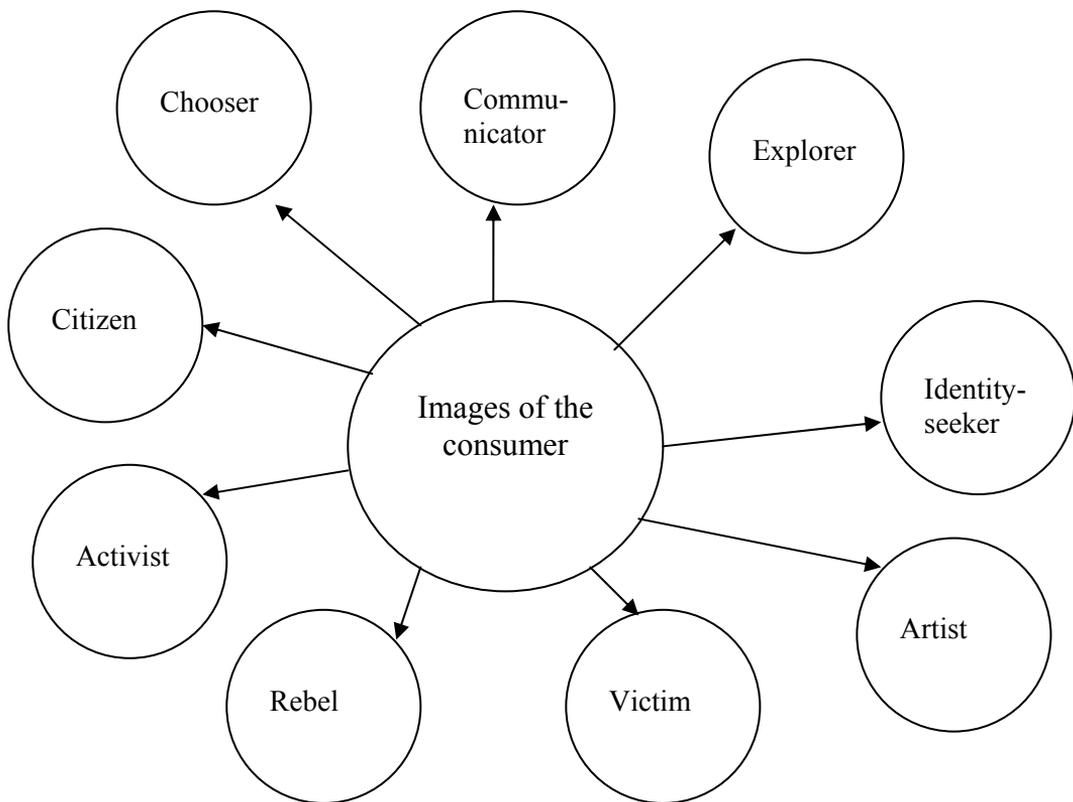


Figure 1- Different images of the consumer (Gabriel and Lang, 1995)

2. The emergence and development of the global consumerism

History shows that consumerism has been a continuous process since its birth. The first stage of consumerism emerged around the mid-eighteenth-century in Western Europe, especially in Britain, France, Spain, Germany, Italy, the Netherlands and from there it was exported to the rest of the globe, as the American colonies. From a geographical point of view, it was an opposition between the conspicuous consumption of the absolutist states (e.g. France, Spain) and the moderate consumption of the modern nation-states (e.g. the constitutional England, the Dutch Republic). Tied to the mercantilist system, the courtly model of consumption represented a way of ruling and characterized a narrow parasitic social class. Both the British Industrial Revolution and the French Revolution deeply undermined the European aristocracy and led in time to a respectable, inconspicuous consumption. The eighteenth century was the century of the consumer revolution in England, “a necessary analogue to the industrial revolution” (McKendrick et al. 1982, 9). The first half of the nineteenth century witnessed to the progress of a consumer revolution when industrialization lowered the prices of goods and retail networks spread throughout in the world. The supply-side improvements fueled the consumer revolution by putting a vast range of refined goods on the market (Crone 1989). Shammass (1990) argues that England experienced a consumer revolution based on the consumption of new colonial products (e.g. tea,

sugar, tobacco) which were widely adopted by the lower as well as the middle classes.

The second stage of consumerism began in the latter half of the nineteenth century when new means of encouraging consumption appeared in the form of the department stores and advertisements. Also, the birth of the consumer cooperatives, grounded on the principles of mutuality, gave an impetus to the expansion of consumption in a more democratic society. For example, the Belgium consumer cooperative Vooruit inaugurated in 1894 in Ghent addressed especially working class by implementing a low-prices policy and providing to consumers a large variety of goods (Scholliers 1999). Cooperative movement represented a gregarious form of consumer movement.

The roots of the first consumer movement can be identified in England at the moment when the Consumers' League emerged in the 1880s, followed by the foundation of the British Standard Institute in 1901. In 1891, the New York City Consumer's League advocated the ideas of fair wages and sanitary working conditions, and conducted the first consumer boycott in the United States of America (USA). Rising prices of food items and ethical drug scandals led to protests and consumer economic boycotts, as the 1902 meat boycotts in the USA (Friedman 1999). The result was the enactment of the Food and Drug Act and the Meat Inspection Act in 1905 to protecting the interests of consumers. By creating the Bureau of Standard in 1901 the federal government expressed its concerns regarding consumer protection.

In the late 1890s and the beginning of the 1900s the National Consumers' League was created in the USA, the Ligue Social d'Acheteurs in France, the Kauferbund Deutschland in Germany and the Swiss League in Switzerland. In spite of the fact that ideas about consumer movement varied from one country to another or from one organization to another in the same country, a growing consciousness of consumption arose step by step in the world.

During the First World War, the Consumers' Council and Food Control Committees were set up in England in order to deal with the food shortage. Constituted as an advisory body, the Consumers' Council "may well have been the product of a measure to dissolve political tension but it nevertheless became the central focus for the articulation of a radical consumer consciousness" (Hilton 2002, 112).

A value-for-money consumer movement emerged in the USA in the late 1920s and the beginning of the 1930s. This second type of consumerism movement aimed "to supply consumers with objective information, to educate them how to use it, and to press governments and international agencies for effective legislation to uphold consumer rights" (Shaw and Aldridge 2003, 38). In 1929 was established in the USA the Consumers' Research, the first independent agency to provide technical information and counsel on consumer goods, and to test and rate those products. The agency began to publish the results of its tests in the magazine entitled Consumer Bulletin, later renamed Consumers Research Magazine. In 1937, the Consumer National Federation was formed.

More and more, consumption was playing an active role in the democratization process. Behind the emergence of modern mass consumption stood a shift in mentalities based on the new manners and attitudes toward cleanliness, clothes or nature (Roche 1989). In 1924 the American H. Harap published his book 'The Education of the Consumer' which analyzes the relationship between people and the economic environment through the consumption of food, shelter, and clothing.

In the third stage of consumerism, mass consumption proved to be a major component of modern consumer societies of the twentieth century. Studying the British consumer society, Hilton (2003) makes a clear separation between the first half of the century, dominated by the "necessitous" consumption, and the second half, dominated by the "affluent" consumption. According to his opinion, "distinctions between luxury and necessity, or between a life of ostentation and asceticism, were of little use in a world which accepted the right of the masses to some degree of material abundance and participation in consumer society" in the 1940s (Hilton

2003, 137). On the other coast of the Atlantic Ocean, the 'American way of life' was spreading from the 1930s, stressing the close relationship between consumption and citizenship. Naturally, "this positive conception of the consumer as quintessential citizen, and free enterprise as the ideal medium for democracy, only came to prevail after the Second World War" (Kroen 2004, 709) in the so-called Consumers' Republic (Cohen 2003) within the fourth stage of consumerism. Built around the postwar ideal of customer as citizen "the ideology of the Consumers' Republic transformed consumerist politics from a critique of capitalism into its partner for assuring democracy and justice" (Kroen 2004, 729). The continuous redefinition of the American citizens according to their consuming rather than their producing roles has been the effect of "the ability of American managers to put technological innovations to the service of an organizational revolution promoting mass consumption" (Zunz 1998, 94). This American ideology was exported to Western Europe after the Second World War through the Marshall Plan.

Postwar Europe underwent a major political transformation and witnessed the reconfiguration of the citizen as a consumer. The European welfare states provided a favorable framework for the rapid expansion of consumption which was stimulated by a higher standard of living and a profound democratization in all Western capitalist countries. Linking citizenship to consumerism in the postwar period was a common feature of the capitalist countries. The postwar consumer democracy allowed consumers to exercise daily their citizenship rights through their participation in the marketplace.

Step by step consumer activism spread at the global level. As a global form of consumer activism, the comparative testing consumer movement was supported by numerous consumer magazines throughout the world: *Que Choisir* in France, *Which?* and *Shopper's Guide* in the United Kingdom (UK), *The Canadian Consumer*, *Test* in Germany, *Consumentegids* in the Netherlands, *Tests Achats* in Belgium, *Choice* in Australia, *Consumer Reports* in USA, *Keemat* in India, *Test Consumer Magazine* in Poland. The Canadian Association of Consumers (later renamed Consumers' Association of Canada) was established in 1947, the *Union Federal des Consommateurs* in France in 1951, the *Consumentenbond* in the Netherlands in 1953, the *Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände* in Germany in 1953, the *Norwegian Forbrukerradet* in 1953, the *Consumers' Association* in United Kingdom in 1956, the *Swedish Statens Konsumentrad* and the *Association des Consommateurs* in Belgium in 1957, the *Japan Consumer Association* in 1961, the *Consumer Guidance Society of India* in 1961, the *Consumers Federated Groups of the Philippines* in 1963, the *Indonesian Consumers Organisation* in 1973 and the *Consumer Federation* in Poland in 1981. Sweden, Norway, Denmark and Finland created the institution of Consumers' Ombudsman, a person who has the job of investigating and resolving consumers' complaints. The American C. Warne, the president of the Consumer Union, established the Council on Consumer Information, a consumer education association, in 1953. In 1969, it became the American Council on Consumer Interests (ACCI). ACCI "promotes the consumer interest by encouraging, producing and communicating policy-relevant research" (ACCI 2008) and publishes *Consumer News and Reviews*, *The Journal of Consumer Affairs*, *Advancing the Consumer Interest*, and *Consumer Interests Annual*.

In 1965 R. Nader wrote 'Unsafe at Any Speed', a successful book in which he blamed the American corporation General Motors for being greedy and unconcerned for the people's safety. After the publishing of the book the modern consumer movement became more socially engaged. The global social movement of consumers played a major role in the settlement regarding the consumer protection at the international level (Hilton 2008).

A chain of consumer legislation followed, initially in the USA (e.g. the National Traffic and Motor Vehicle Safety Act of 1966). In 1962 the American president R. F. Kennedy promulgated the Consumer Bill of Rights, outlining four basic consumer rights as follows:

- the right to product safety;
- the right to be informed;

- the right to choose;
- the right to be heard in the formulation of governmental policies.

The International Organization of Consumer Unions (IOCU) incorporated all these rights into its philosophy and added another four consumer rights:

- the right to satisfaction of basic needs;
- the right to redress;
- the right to consumer education;
- the right to a healthy environment.

The global consumer movement was actually born at the moment IOCU was founded in 1960. In 1995 IOCU was renamed Consumers International (CI). As CI states, “our vision is a world where people have access to safe and sustainable goods and services, exercising their individual rights as consumers and using the force of their collective power for the good of consumer everywhere” (CI 2010).

The five non-profit consumer organizations that initiated the establishment of IOCU were Consumer Union (USA), Consumers’ Association (UK), Nederlandse Consumentenbond (the Netherlands), Union Belge des Consommateurs (Belgium), and the Australian Consumers’ Association (Australia). According to IOCU, member organisations have to:

- be non-profit-making and non-commercial;
- be free from political parties or cash subsidies;
- operate exclusively in the consumer interest

In order to deal with prominent global issues IOCU created several international networks which include partners from outside the consumer movement (e.g. the International Baby Food Action Network- 1979, the Health Action International- 1979, the Pesticide Action Network-1982). In 1963, IOCU attained an observer status with the United Nations (UN). In 1985, the UN adopted the guidelines on consumer protection, following 10 years of IOCU campaigning, and the first international pesticide code.

With over 225 member organizations in more than 115 countries, today’s CI is the most powerful international consumer movement, “the global federation of consumer organisations, leading and building the consumer movement around the world and promoting consumer interests” (Ochieng 2009, 1).

During the last 50 years, the enlargement of organized consumerism across the world has been impressive. One of the main reasons of its global expansion has been the accumulation of consumer capital, defined as ‘the result of previous consumer experiences, which are themselves linked, but irreducible, to class and formal education, involving the workings of large mass-oriented institutions both within the market (such as global brands or mass media) and without it (such as social movements)’ (Sassatelli 2007, 95).

By the mid-1980s, the global consumer movement was influenced by the free market ideology promoted by R. Reagan and M. Thatcher. Faith in markets became a worldwide slogan and replaced market reform (Bryant 1999, 326). The emphasis on market values appeared obviously in the J. Major’s Citizen’s Charter. Launched in 1991, the Citizen’s Charter promoted the concept of consumer-citizen and had the following main themes: standards, information, choice, quality, value and non-discrimination.

Over the last century, and especially in the latter half, the human society has witnessed the shift from consumption of the massified products and services to one of hyper-personalized products and services. As a result people encounter “the ‘modern consumer’, the ‘traditional consumer’ and the ‘post-modern consumer’ as ideal-typical constructs” (Trentmann 2004, 373). Living in hyper-consumerist society, the post-modern consumer devotes a great deal of resources and thoughts to consumption.

However, the last UN guidelines for consumer protection further international cooperation in the field of consumer protection and promote sustainable consumption (UN 2003). In the age of

globalization it seems that “more and more people and political movements, in both the United States and Europe, are searching beyond the axiomatic language of free enterprise and consumer goods in an effort to imagine and constitute a new phase in the political history of the consumer, in which it is a priority to ensure an environmentally responsible and socially just democracy for the twenty-first century” (Kroen 2004, 736). As early as the 1970s, M. Young, the founder of the British Consumers’ Association, claimed consumerism had to take account of the social costs of consumption and to embrace the third sector of the economy (Hilton 2005a). The present global consumerism movement highly expresses ethical, green and fair trade values. Ethical consumerism thoughtfully looks at means of consumption reduction. This is why today’s more consumer-oriented context requires the consumer movement “to learn from the consumer activists who preceded it, and embrace a concept of duties and responsibilities which, in turn, will allow it to enter into a dialogue about the meaning of the market and what it is to be a consumer in the modern world” (Hilton 2005b, 7).

After the fall of the Berlin Wall, the global consumer movement has penetrated into the ex-communist European countries. In this respect Romania represents a good example.

The roots of the consumer movement in Romania emerged in the interwar period. In 1919, the Consumers League was established in Bucharest by 35 professional associations and trade-unions. Its aim was the socio-economic protection of Romanian consumers. Under the communist regime the consumerist movement disappeared in Romania. After the fall of the communist regime, the Association for Consumers Protection (APC) was established in 1990. There are several Romanian non-governmental associations for consumer protection, but APC is the most important of them. This is why the European Centre of Consumers Romania is functioning within APC and is co-financed by the European Commission and the National Authority for Consumers Protection.

As a member of CI, APC Romania is a non-governmental, non-political and non-profit organization. Since 2005, APC has been recognized by the Romanian government as a public utility organization. According to its statute, APC Romania has the following aims (APC Romania 2009):

- to protect, promote and represent the consumers’ rights and interests;
- to develop the international partnership in the consumer protection field;
- to improve the legal environment regarding the consumer protection;
- to analyze and solve the intimations received from the consumers;
- to educate and inform the consumers etc.

Since its foundation, APC Romania has participated in several international and national projects. In this respect, APC Romania elaborated and implemented the national project entitled “The information and education of young consumers”, in the period September 2007-September 2009. The aim of the project was the information and education of the Romanian pupils and students regarding the healthy food.

In short, consumerism has become a global phenomenon in the last decades. The number of international and national consumers’ organizations has increased exponentially all over the world.

Conclusions

The starting point in our paper is that there is both a strong relationship and a fundamental distinction between consumption and consumerism. Derived from the concept of consumption, consumerism has different meanings for different people. The multiple approaches of consumerism (e.g. economical, social, cultural etc.) tend to frame it as an economic process, a social movement or a cultural phenomenon in which consumption of goods and services becomes a way of life.

Due to the significant investments in health, education and infrastructure, the welfare state highly facilitates the development of consumerism. Characterized by high levels of economic

consumption, consumerism emerged as a movement concerned with the life of consumers. Our paper demonstrates that the consumer movement has grown incrementally as a continuous process and spread at a global scale in the last decades. Also, it shows that the success of global consumerism has come through its pragmatic engagement towards promoting consumers interests and rights.

Some implications of these results can be emphasized. Firstly, consumerism has proved to be an important issue for practitioners, researchers and theoreticians throughout the world. Secondly, global consumerism can not be ignored by today's policy makers. Thirdly, within a consumer society policy initiatives should be undertaken in order to protect consumers' interests and rights at a global scale.

Although our research is far from a complete one, its outcomes can explain to some extent the expansion of global consumerism. Our paper might be considered as a starting point for further studies capable to present other aspects of this subject as the critique of global consumerism or the political approach of global consumerism.

References

1. Baldock, J., 2003. On being a Welfare Consumer in a Consumer Society, *Social Policy & Society*, [Online], 2:1, pp. 65-71, Cambridge University Press, Available at: <http://journals.cambridge.org> [Accessed 18 December 2009]
2. Bannock, G., Baxter, R. E. and Rees, R., 1977. *The Penguin Dictionary of Economics*, Middlesex: Penguin Books
3. Bauman, Z., 1998. *Work, Consumerism and the New Poor*, Buckingham: Open University Press
4. Bauman, Z., 2002. *Society under Siege*, Cambridge: Polity Press
5. Bell D., 1976. *The Coming of Post-industrial Society*, Middlesex: Penguin Books
6. Black, J., 1997. *Dictionary of Economics*, Oxford: Oxford University Press
7. Brinkman, J., Peattie, K., 2008. Consumer Ethics Research: Reframing the Debate about Consumption for Good, *Electronic Journal of Business Ethics and Organization Studies*, [Online], vol. 13, no. 1, Available at: <http://ejbo.jyu.fi> [Accessed 19 December 2009]
8. Brobeck, S. (ed.), 1997. *Encyclopedia of the Consumer Movement*, Santa Barbara: ABC-CLIO
9. Bryant, W. K., 1999. Riding the Wave: Consumer Economics and the Consumer Movement in the United States, *Journal of Consumer Policy*, [Online], vol. 22, no. 3, pp. 313-330, Available at: <http://www.springerlink.com> [Accessed 18 December 2009]
10. Busch, M., 2008. Adam Smith and Consumerism's Role in Happiness: Modern Society Re-examined, *Major Themes in Economics*, [Online], pp. 65-77, Available at: <http://www.cba.uni.edu/economics/Themes/Busch.pdf> [Accessed 18 December 2009]
11. Campbell, C., 1987. *Ethic and the Spirit of Modern Consumerism*, Oxford: Basil Blackwell
12. Campbell, C., 1995. The Sociology of Consumption, in Miller D. (ed.), *Acknowledging Consumption*, London and New York: Routledge, pp. 96-126
13. Cohen, L., 2003. *A Consumers' Republic: the Politics of Mass Consumption in Postwar America*, New York: A. A. Knopf
14. Crone, P., 1989. *Pre-Industrial Societies*, Oxford: Basil Blackwell
15. Day, G. S., Aaker, D., 1970. A Guide to Consumerism, *Journal of Marketing*, no. 34, pp. 12-19
16. Dinu, V., 2006. Dimensiunea europeană a a politicii de protecție a consumatorilor, *Amfiteatru Economic*, no. 20/2006, <http://amfiteatruconomic.ro>

17. Donohue, K. G., 2003. *Freedom from Want: American Liberalism and the Idea of the Consumer*, Baltimore: John Hopkins University Press
18. Douglas, M., Isherwood, B., 1996. *The World of Goods: Towards an Anthropology of Consumption*, London: Routledge
19. Forbes, J. D., 1985. Organizational and Political Dimensions of Consumer Pressure Groups, *Journal of Consumer Policy*, no. 8, pp. 105-131
20. Friedman, M., 1999. *Consumer Boycotts: Effecting Change Through the Marketplace and the Media*, London: Routledge
21. Gabriel, Y., Lang, T., 1995. *The Unmanageable Consumer: Contemporary Consumption and its Fragmentation*, Thousand Oaks and New Delhi: Sage
22. Greenwald, D., 1973. *The McGraw-Hill Dictionary of Modern Economics*, New York: McGraw-Hill
23. Hilton, M., 2002. The female consumer and the politics of consumption in twentieth-century Britain, *The Historical Journal*, [Online], 45,1, pp. 103-128, Cambridge University Press, Available at: <http://journals.cambridge.org> [Accessed 14 December 2009]
24. Hilton, M., 2003. *Consumerism in Twentieth-Century Britain: The Search for a Historical Movement*, Cambridge: Cambridge University Press
25. Hilton, M., 2005a. Michael Young and the Consumer Movement, *Contemporary British History*, [Online], vol. 19, no. 3, pp. 311-319, Available at: <http://www.historycultures.bham.ac.uk/staff/docs> [Accessed 12 December 2009]
26. Hilton, M., 2005b. The duties of citizens, the rights of consumers, *Consumer Policy Review*, [Online], vol. 15, no. 1, pp. 7-12, Available at: <http://www.historycultures.bham.ac.uk/staff/docs/hiltontduties.pdf> [Accessed 10 December 2009]
27. Hilton, M., 2008. The death of a consumer society, *Transactions of the RHS*, [Online], no. 18, pp- 211-236, Cambridge University Press, Available at: <http://journals.cambridge.org> [Accessed 11 January 2010]
28. Hilton, M., Globalising consumers: the history of consumerism as a socio-political movement, [Online], Available at: <http://www.politik-konsum.de/pdf/fnsb-hilton.pdf> [Accessed 14 December 2009]
29. Kotler, P., Keller, K. L., 2006. *Marketing Management*, Twelfth edition, New Jersey: Prentice Hall
30. Kroen, S., 2004. A political history of the consumer, *The Historical Journal*, [Online], 47,3, pp. 709-736, Cambridge University Press, Available at: <http://journals.cambridge.org> [Accessed 14 December 2009]
31. McGregor, S., 2003. Postmodernism, Consumerism, and a Culture of Peace, [Online], Available at: <http://www.kon.org/archives/forum/13-2/mcgregor.pdf> [Accessed 18 December 2009]
32. McGregor, S. L. T., 2007. Consumerism, the common good and the human condition, *Journal of Family and Consumer*, [Online], 99(3), pp. 15-22, Available at: <http://www.consultmcgregor.com/documents/research> [Accessed 10 December 2009]
33. McKendrick, N., Brewer, J. & Plumb, J. H., 1982. *The Birth of a Consumer Society: The Commercialization of Eighteenth-Century England*, London: Europa
34. Negrea, M., 2008. Consumerismul etic și modelul englez, *Amfiteatru Economic*, no. 23/2008, <http://amfiteatruconomic.ro>
35. Ochieng, S., 2009. The role and expectations of the global consumer movement from the perspective of a developing country, OECD Roundtable on Corporate Responsibility- Consumer empowerment and responsible business conduct, [Online], Available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/59/63/43032651.pdf> [Accessed 10 January 2010]
36. Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), 2002. *Policies to Promote Sustainable Consumption: An Overview*, ENV/EPOC/WPNEP(2001)18/FINAL Paris: OECD

37. Roche, D., 1989. *La Culture des apparences: Une histoire du vetement, XVIIe-XVIIIe siecle*, Paris: Fayard
38. Sassatelli, R., 2007. *Consumer Culture: History, Theory and Politics*, London: Sage
39. Sen, A., 1985. *Commodities and capabilities*, New Delhi: Oxford University Press
40. Scholliers P., 1999. The Social-Democratic World of Consumption: The Path-Breaking Case of the Ghent Cooperative Vooruit Prior to 1914, *International Labor and Working-Class History*, [Online], no. 55, pp. 71-91, Available at: <http://journals.cambridge.org> [Accessed 20 December 2009]
41. Schor, J., 1999. *The new politics of consumption*, New York: Basic Books
42. Shammass C., 1990. *The Preindustrial Consumer in England and America*, Oxford: Clarendon Press
43. Shaw, I., Aldridge, A., 2003. Consumerism, Health and Social Order, *Social Policy & Society*, [Online], 2:1, pp. 35-43, Cambridge University Press, Available at: <http://journals.cambridge.org> [Accessed 14 December 2009]
44. Smith, A., 2003. *The Wealth of Nations*, New York: Bantam Classic
45. Stearns, P. N., 2001. *Consumerism in World History: The Global Transformation of Desire*, London: Routledge
46. Stiglitz, J. E., 2007. Towards a General Theory of Consumerism: Reflections on Keynes' Economic Possibilities for our Grandchildren, [Online], Available at: <http://www2.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/download/paper/2007> [Accessed 18 December 2009]
47. Trentmann, F., 2004. Beyond Consumerism: New Historical Perspectives on Consumption, *Journal of Contemporary History*, [Online], vol. 39 (3), pp. 373-401, Available at: <http://eprints.bbk.ac.uk/56/1/trentmann04.pdf> [Accessed 20 December 2009]
48. Veblen T., 1953. *The Theory of Leisure Class: An Economic Study of Institutions*, New York: Mentor Book
49. Zunz, O., 1998. *Why the American Century?*, Chicago: University of Chicago Press
50. ***, 2008. This is ACCI 1953-2008, The American Council on Consumer Interests, [Online], Available at: <http://www.consumersinterests.org/aboutacci.html> [Accessed 15 January 2010]
51. ***, 2010. 50 years of the global consumer movement 1960-2010, Consumers International, [Online], Available at: <http://www.consumersinternational.org> [Accessed 15 January 2010]
52. ***, 2003. United Nations Guidelines for Consumer Protection (as expanded in 1999), Department of Economic and Social Affairs- United Nations, [Online], Available at: http://www.un.org/esa/sustdev/publication/consumptioun_en.pdf [Accessed 12 January 2010]
53. ***, The Citizen's Charter, [Online], Available at: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200708> [Accessed 18 December 2009]
54. ***, The American Heritage Dictionary of the English Language, Fourth edition, Houghton Mifflin, 2009, [Online], Available at: <http://dictionary.reference.com/browse/consumerism> [Accessed 19 December 2009]
55. ***, Raport anual 2008 APC Romania, 2009, [Online], Available at: <http://www.apc-romania.ro> [Accessed 19 December 2009]

SYSTEMS FOR TRACKING COMPANY PERFORMANCE: BUDGET CONTROL, BOARD TABLE, REPORTING, BALANCED SCORECARD

Andreea Paula DUMITRU*
Cristina Elena DUMITRU**

Abstract

The administration instruments are an important method for administrating the performance. The company has to bring value for a great number of partners, and thus are performing. Assessing the company's performance has developed gradually in accordance with the changes within the socio-economic context. Starting from the classical instrument of budget control, used in company administration, other modern means of establishing the performance have been conceived: board table, reporting and balanced scorecard.

Keywords: *performance measurement, budget control, reporting, balanced scorecard, board table*

Introduction

As a complex system, adaptive, with a specific purpose and open to the environment, the enterprise can be considered a set of subsystems.

Optical management of the enterprise includes driver system (decision), led subsystem (operational) and information subsystem that provides the link between the first two.

Purpose system that involves business objectives set by strategy requires a review of performance in decision-making system.

Building such a system performance analysis should address mainly the following problems:

- ✓ establishing organizational subdivisions should receive information about the performance achieved;
- ✓ specifying decision centres and modes of disclosure regarding activities conducted;
- ✓ coordination of organizational subdivisions receives information on the performance achieved operational subsystem.

Management control in large companies was created to verify short-term actions are part of the meaning of strategic guidelines. In other words, management control is to facilitate pilotage² company by managers in their operational decisions in the short-term to achieve strategic business objectives. It has several tools for monitoring the performance company, such as budgetary control, board table, reporting and balanced scorecard.

1. Discussion on the relationship between information, decision and management control

To develop a management control system, managers use various information tools that can guide action and decisions³:

- ✓ information on medium and long-term plans;
- ✓ specific economic studies;

* Assistant, Phd Candidate, Faculty of Economics Sciences, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest, (e-mail: pauladumitru@univnt.ro)

** Assistant, Phd Candidate, "Politehnica" University, Bucharest (e-mail: cricutz82@yahoo.com)

² pilotage = "action and resources used to achieve targeted performance" – C. Caraiani, M. Dumitrana & collective - "Contabilitate de gestiune & control de gestiune, Editura InfoMega, București, 2005, p. 438

³ M. Gervais – "Contrôle de gestion", 5^e édition, Economica, 1994, p.21

- ✓ statistics, usually concerning current operations;
- ✓ financial accounting and financial analysis;
- ✓ management accounting;
- ✓ board table;
- ✓ system of enterprise budgets.

Management control purpose is to provide useful information for managers decisions. For this reason, this discussion should consider the link between information, decision and management control.

Generally, the decision is the processing information received from a governor in action within an organization or part of the organization.

Neoclassical theory of business enterprise as defined production unit, in which inputs are used, and the decision center, where the manager decided only by an optimization process aimed at maximizing profits. In this way, concluding that the decision is taken in a context of perfect rationality, that is manager decides which ensures the best utility maximization. But such a model is questionable, since managers found that, in reality, different behaviours of the enterprise may be quite inconsistent with each other.

Contrary to the classical vision, the managers behave rationally maximize their utility (profits) by measuring and comparing the data of several options, so imposed, cause a true vision of procedural rationality⁴ conceptual revolution because all the options the actor is built during the decision process.

Thus, decision-maker or manager becomes the builder of a universe of possibilities (made with management controller) and process of choice (decision) is going through a phase of collecting cognitive decision-making context, including the objectives achieved and conditions that must be taken to choose a satisfactory solution.

A decision requires a satisfactory solution and adequate information. We saw that the purpose of management control is to provide information for managers making decisions on current and long-term management of the company. But the decision quality and performance depend on obtaining quality information from management control. Therefore, to be useful in decision-making, the information management control must meet the following characteristics:

- ✓ to be reliable to give a better representation of reality as;
- ✓ be present that is to be provided in a timely manner;
- ✓ be complete that is to showing all information necessary to enable decision;
- ✓ that is relevant to be appropriate subject matter;
- ✓ be accessible to policy makers.

Production by controlling the management of information for management decisions should be subject to the ratio of information cost and value of this information for managers (value to be higher cost, but sometimes it is difficult to measure).

In this context, management control can be viewed as a tool for managers to adopt a behaviour based on a procedural rationality that is a tool that enables management to build a set of options and choose a satisfactory solution, according to a context.

2. Exercise control systems management in a organization

In a business performance measurement is done differently depending on the level of responsibility. For example, the entity responsible for the performance of a production (workshop, department,) can be measured by the degree to which managed to reduce the indirect costs of production, whether that action was defined as one of the center of responsibility. Department

⁴ Procedural rationality that is characterized by procedural method is considered based on the deliberative aspect of the decision – in "Control de gestiune", authors I. Ionaşcu & collective, Editura Economica, Bucharest, p.16

responsible for sales performance will be measured by meeting the objective of increasing turnover in a given period. Instead, the general manager, performance measurement will be made in terms of profitability and liquidity, globally defined objective.

Further features will exercise control of various systems of economic management within an organization.

2.1. Budgetary control

Budgetary control mission is to “*identify and explain deviations from the budget provisions*”⁵.

To serve pilotage organizations, budgetary control should be performed frequently enough to take timely corrective action and a decentralized enough to rank at the level where decisions are taken and corrective exercises responsibility.

Mostly, monthly, budgetary control is achieved and respond two objectives:

✓ budget execution control by identifying favourable and unfavourable deviations from budgetary provisions. In this case, the management controller is an analysis of past events.

✓ readjusting the budget forecasts and take corrective action. In that case, management controller is positioned on future facts. In each responsibility center have organized an information system to track budget execution.

This system can be organized in two ways: by book and by statistics.

If budgets by tracking accounts, current accounts of each responsibility center

operating through separate accounts recording both budgeted values. The actual value of a performance indicator showing how to implement the budget is obtained based on the accounts, according as the relationship: **Budget value +/- deviation = actual value**. Operations of such a system requires that the company’s accounting to be consistent with the organizational scheme of the enterprise (embodied in the delegation of responsibilities, tasks, rules).

Another budgetary control system is based on statistical data collection by developing statements of budget execution.

In the analysis of deviations from budget values, we must consider the following aspects:

✓ deviations from budgets are due to controllable which can be influenced by management decisions or uncontrollable cause which can not be influenced by decisions of manager. Managers need to focus management actions on controllable causes that influence the achievement of performance targets set by the budget;

✓ deviations from budgets values can be favourable or unfavourable. Favourable deviations values are generated so made under the provisions of the budget, such as: making consumption of raw materials and direct labour lower than budget provisions as for obtaining a sales price higher than budgeted;

✓ in principle, any deviation from a budgeted amount of action is the result of two factors: price and quantity;

✓ controllable causes of deviations form budgeted amounts can be affected by a decision of a responsible self-management or response to external events center responsibility.

Budgetary control techniques are different depending on the type controlled within each business activity: business, production activities, operational activities.

By the fact that piloting a business can not be achieved solely on the basis of budgetary control dominated financial information, procurement requires the use of performance monitoring and other management tools will be listed below.

2.2. Board table

It is a tool for piloting, the company because it allows managers to have real-time synthetic vision on key indicators and business enterprise to take decisions in the framework of their competence.

⁵ I. Ionașcu & collective – op.cit., p. 201

Board table can be considered an insufficient response to general accounting to substantiate current management decisions taken by managers.

In general terms, it consists of a set of less numerous indicators that give a significant information management officers in pilotage their business. As a tool for pilot actions, board table managers following characteristics:

- ✓ is responsible for each operational responsibility;
- ✓ contains a relatively small number of indicators (10 to 25 indicators up);
- ✓ information is not only financial indicators are presented in standard and natural quality;
- ✓ obtain fast, with the possibility of identifying the origin of information;
- ✓ it is easy to understand and easy to interpret, the indicators are presented in a “visual” with tables, graphs, in absolute terms and rates.

Non-financial indicators is a specific feature that allows the instrument panel, which allows officers to order management and data other that those accounts.

Develop board table is made after a rigorous methodology. First, to develop a project that is determining organizational context and assessing the usefulness of compiling a board table for a charge of a management centre. Board table preparation procedure can be staged as follows⁶:

✓ determination of objectives. The look factor to justify developing a board table. Any goal must be quantifiable and determined over a period, requiring a distinction between objective and mission. To be realistic, objectives must be established in a reasonable manner and, preferably, should be discussed or negotiated with general direction;

✓ establish an action plan for achievement. Determination of the action plan will enable the identification of parameters that influence the target. For example, reducing overheads of the enterprise involves the elements on which to act, namely identifying sources that generated the growth of these costs, such as travel expenses, administrative costs of maintenance space;

✓ identifying relevant indicators. At this stage, responsible management must select as the performance indicators that they consider most relevant for assessing the outcome of his actions;

✓ preparation board table. Table board build will use methods that allow the best view of indicators to track, such as absolute, deviations (+/-), rates, graphs, icons, table.

As noted, the indicators selected for the board table should be less numerous functions to allow for piloting of current managers in their decisions and control the completion of performance indicators.

Board table can be used by firms that do not have a system budget, but can also exist with as a tool to improve quality control management.

If the board table works with a system of budgets, they will include only the key indicators of financial management, in particular on the physical volume and quality, you need to supervise a responsible budget.

2.2.1. Typology

First criterion refers to the coverage, Can be drawn:

✓ Board table general (overall) – developed and used in the top management including participatory management bodies (Board of Directors mainly).

✓ Board table restricted (partial) and exploited by managers made some procedural or structural components (for example, Chief financial board table – the leading financial and accounting function or board table managing director of center of the sphere of production).

Deepening this criterion and other evidence, as follows:

✓ Procedural – board table developed at work, the operation and business;

✓ Structural – board table developed at the operational and functional department center of business management.

⁶ P. Boisselier – “Contrôle de gestion”, Vuibert, 1999, pp.72-73

A second important criterion is the nature of work processes carried out within the company, addressed by their purpose. Can be drawn:

- ✓Strategy board table
- ✓Financial board table
- ✓Management board table
- ✓Operating board table.

2.2.2. Requirements board table

Whichever version is evident (small board table, with a relatively low volume of complex information or board table complex information for a broader reference to all aspects of the activities investigated) it must be concomitantly:

- ✓Consistent – in the coverage of relevant information, synthetic and accurate in matters conducted;
- ✓Contain information that is strictly rigorous, focused on real evidence of economic phenomena and real-time transmission of information necessary to its completion;
- ✓That synthetic coverage degree of aggregation of information differently depending on their hierarchical position of the recipient;
- ✓That is accessible to facilitate understanding and use of operational and complete information in a clear, explicit;
- ✓Balanced to reflect the meaning of phenomena and processes information on economic, social, managerial, in propositions that reflect their share in the subject research;
- ✓Expressive – that the use of appropriate forms of visualization (tables of values, graphs);
- ✓Adapted for the proposes of amending the board table according to chances in business activities or in its management;
- ✓Economic situation of superiority once compared the effects claimed by expanding efforts, transmission and use.

2.2.3. Filling board table

Sequential approach is recommended based on the principle of "bottom-up" particularly from a structural-organizational models in terms of expanding information and sending them to recipients.

As a general rule we highlight at least four sequences, in conjunction with firm specific organizational echelons.

Sequence 1. Establish system objectives (fundamentals goals, objectives derived from grade I, grade II, and specific derivatives) and the general budget of the company.

Sequence 2. Completion and submission of information statements for lower level managers (foremen, heads of production, workshops).

Sequence 3. Completion and submission of information models of the average echelon managers (heads of operational and functional departments).

Sequence 4. Completion and submission information statements by senior management (CEO, General Board, Board).

2.3. Reporting

Reporting is a tool for assessing and tracking performance, is often the big companies. Its origin lies in the "responsibility accounting" appeared in major American companies and it's a managerial accounting system adapted to the organizational structure, so that every manager to view only issues in his administration, that the result of which he is responsible. Is based on three concepts, namely:

- ✓organizational structure. Currently, many business, regardless of the size considered more effective decentralization would lead to decisions by professionals (marketing, finance, productions) to an appropriate level. Reason - a general manager may not have all the information on a regular basis to make optimal decisions;

✓fixing objectives. Each manager for a certain period will be set objectives and make decisions to achieve them. Reporting will measure the degree of achievement of objectives for the period specified;

✓controllability. Each charge can be controlled only for those income and expenditure which is its area of responsibility.

As a specific practice of US companies, currently reporting is often the big companies as a tool for performance monitoring and reporting. Various studies show that, generally, reporting is a standard form and that information is sent daily, weekly, or monthly decade, so the management policy of the organization chart.

Reporting concerns only financial indicators focusing more on budget control, calculation and analysis of deviations⁷. The informational content, this tool provides detailed financial information manager. A high frequency in content reporting have a physical and qualitative indicators, such as production volume, sales volume, market share, quality, delivery.

2.3.1. Reporting versus board table

If the indicators presented in the board table are heterogeneous (financial-accounting, physical and quality) are merely reporting financial accounting data, differences between these two instruments for monitoring the performance of economic organizations is further highlighted.

Board table	Reporting-ul ("responsability accounting")
Answer the question on how the organization's objectives to be achieved.	Answer the question on the progress of objectives.
Emphasis on key indicators	Emphasis on controllability
Identification procedures for operating a management center	Identification of accounting income
Defined by bottom-up starting from the objective	Defined top down by aggregating accounting information
Financial information, quantitative and qualitative	Submit only financial-accounting information
Provides for future action	Assess the effects of past decisions
For higher levels of decisions are reinforced only some information	The consolidation financial information are always higher levels of decisions
Periodicity daily, weekly or monthly	Monthly
Primary tool for informing the responsible operational	Information tool for management information system structure
Built by selecting information	There are not selection information
Integrate information that is outside the field controllability	Only information that integrates controllability field

2.4. Balanced-scorecard – integrated tools for monitoring performance

Due to reporting limitations in the 90s was used for the first time a new tool for monitoring and reporting of performance: balanced scorecard. This instrument has arisen due to shortcomings discovered in reporting practice of American companies and was designed in 1992 by Robert Kaplan and David Norton.

Balanced scorecard is based on the concept that translates the strategy into action. He is presented as a performance tracking tool organized around four perspectives⁸:

⁷ C. Caraiani, M. Dumitrana & collective – op.cit., pp.446-447

⁸ C. Mendoza, R. Zrihen – "Le tableau de bord: en V.O. ou en version américaine ? Comparaison entre le tableau de bord et le balanced scorecard", in "Revue française de comptabilité", nr.309/1999, p.62

✓ Financial perspective – to answer the question: What are the expectations of shareholders ?;

✓ Customer perspective – to answer the question: What are the requirements to enterprise customers ?;

✓ Growth and development perspective – to answer the question: To achieve the objectives, how it will develop the company ?;

✓ Perspective of internal processes – to answer the question: To satisfy shareholders and customers key business processes to be controlled ?

The balanced scorecard indicators are maintained accounts, but are indicators of customers experience, quality, internal efficiency and its ability to increase the company long-term.

Through this tool, the authors wanted to highlight to managers, causal relationships between operational performance and strategic business results. Thus, to steer business operation and not just to the control the results, Kaplan and Norton proposed indicators to measure outcomes and performance indicators generators, which are designed alarm performance.

Through its informational content, the overall performance monitoring tool is oriented towards action and anticipation the result of a selection process the data so that information managers are not too detailed.

The content and purpose of balanced scorecard, reporting removes some limitations:

✓ The distinction between outcome indicators and performance indicators generators is often ambiguous, most of the indicators proposed in various examples as indicators of outcome;

✓ Since the process is oriented on customer satisfaction and skills development, balanced scorecard takes a cross-enterprise perspective which may conflict with the logic of vertical, hierarchical company, its other control tools such as budgets of the enterprise system;

✓ Although this system allows improving pilotage company strategy, indicators used to provide information on factors changing the company's business.

2.4.1. Balanced scorecard versus board table

Strategy organization is fully known and explained to managers.

Balanced scorecard will only translate the general policy of the company through four balanced perspectives. This implies a normative vision of the strategy that was developed based on a diagnosis and a rational approach to better reflect the complexity of reality. This approach, suggested by models of strategic analysis, is of a simplified rhetoric. In fact, far from being a simple linear representation of reality business strategy is the result of a collective construction.

On the other hand, the balanced scorecard is based on a concept of decision-making process that managers should know the perfect strategy that would not only implemented. This is limited and partial. For this reason the strategy can not be dissociated from its implementation, since there is firm on one hand a manager knowing the other performers and listeners.

Balanced scorecard is implemented according to strategy based on high, covering all hierarchical levels.

This would make the driver, applying the objectives of each level in a predefined framework.

In fact, organizational size is removed from work on the balanced scorecard North American specialists.

Organizations seems almost transparent and it is sufficient to divide the overall problem to get local issues. This is denied not only by local specialists, but also for game players to keep areas free.

There are chances that balanced scorecard to reflect a vision of general direction without concerns integrate different levels of organizations. Balanced scorecard is therefore likely to be more a tool than an instrument pilot reporting.

First, the authors report the existence of balanced scorecard indicators and outcome indicators for action, the latter being just before crossing signals measured results of the first indicators to show. Balanced scorecard specialists not actually offer any rigorous approach to

identify indicators of action. Follows not only a confusion between the two types of indicators, but also the risk of first preference result indicators.

On the other hand, asserts the primary of financial performance, balanced scorecard which is the last goal of the company.

There is therefore likely that the other three dimensions are not seen as a means. Also, the temptation is great to finally hold not only measurable actions that have an immediate effect on the outcome.

Board table was developed in France in the interwar period. Originally it was conceived by analogy with the board table of an airplane as a pilot tool that should help managers and their duties.

In practice, it has been implemented by operational managers especially in industrial enterprises to meet information system deficiencies.

Board table is a tool for steering, which requires fewer data (10 -20 indicators) relevant for managers involved; rapidly acquired, comprehensible, easy to read, presented effectively (annual report, graphs) with a rate that can be determined.

Two stages in the construction of balanced scorecard.

French experts today proposed approach for creating board table aimed disclaimer strategy translates into two stages: formulating strategy – map of responsibilities and implementation by the responsible board table.

First, map responsibilities must ensure consistency in business strategy implementation.

In the second stage, implementation of the board table is in compliance with organizational structures.

In each centre of responsibility, implementing board table is a reflection on the strategies and responsibilities defined upstream in terms of objectives, key factors and action plans.

Then it comes to translating them into indicators. Each indicators is then compared to a standard to assess deviations form the standard action and action undertaken.

Board table assumes in practice a variety of documents.

Sometimes, the same manager will have three or four documents called board table with great distinction between them. In some cases, expenditure tracking documents reads board tables.

Parallel documents recorded output of finished goods stocks will have the same name. In fact, confusion is the largest French companies today when they speak of the board table.

In this regard, and despite the limitations posed by the instrument, the interest aroused by the balanced scorecard in France is a prime opportunity for a cold analysis and an attempt to improve the board table.

Conclusions

We conclude that the various performance monitoring systems used in a business (budget control, board table, reporting, balanced scorecard) are buildings that have a historical dimension and have developed in different socioeconomic contexts. Thus, controlling the budget is considered a classic tool in the management of company, used since the early twentieth century and today used by companies worldwide.

Board table occurred since the interwar period as a France firm practice management and reporting, particularly, large American companies, has expanded in virtually all multinational companies. Reporting limits as a tool for performance monitoring, have imposed a different pilotage instrument more oriented to business strategy and overall performance measurement: balanced scorecard.

The characteristics of balanced scorecard provides a convergence between the French and reporting, board table US can be considered an integrated management tool⁹.

⁹ I. Ionașcu & collective, op.cit. pp. 215

In this context, the capacity of developing and maintaining relevant boards steering has become a prerequisite for successful implementation strategy.

References

1. P. Boisselier, *Contrôle de gestion* (Vuibert, 1999), 72-73
 2. C. Caraiani, M. Dumitrana et al., *Contabilitate de gestiune & Control de gestiune*, (InfoMega, Bucharest, 2005);
 3. M. Gervais, *Contrôle de gestion*, 5^e édition, (Economica, 2000) 21;
 4. I.Ionașcu et.al., *Control de gestiune*, (Economica, Bucharest, 2003);
 5. C.Mendoza and R. Zrihen, *Le tableau de bord: en V.O. on en version américaine? Comparaison entre le tableau de bord et le balanced scorecard*, (in *Revue française de comptabilité*, No.309/1999).
-

SISTEME DE URMĂRIRE A PERFORMANȚELOR ÎNTRERINDERII: CONTROLUL BUGETAR, TABLOUL DE BORD, REPORTING-UL, BALANCED SCORECARD

Andreea Paula DUMITRU*
Cristina Elena DUMITRU**

Abstract

Instrumentele de gestiune reprezintă un mijloc important de gestionare a performanței. Firma trebuie să aducă valoare pentru un număr mare de parteneri și, implicit, să fie performantă. Mijloacele de realizare a controlului performanțelor s-au dezvoltat treptat, conform schimbărilor apărute în contextul socio-economic. De la instrumentul clasic utilizat în gestiunea firmelor – controlul prin bugete, s-au conceput alte mijloace moderne de urmărire a performanțelor, cum ar fi: Tabloul de Bord, Reporting-ul, Balanța Scorecard.

Cuvinte cheie: măsurarea performanței, controlul bugetar, tabloul de bord, reporting-ul, balanța scorecard

Introducere

Ca sistem complex, adaptiv, cu o anumită finalitate și deschis către mediu, întreprinderea poate fi considerată un ansamblu de subsisteme. Din optica managementului, întreprinderea cuprinde sistemul conducător (decizional), subsistemul condus (operațional) și subsistemul informațional care asigură legătura între primele două.

Finalitatea sistemului întreprindere care presupune realizarea obiectivelor stabilite prin strategie necesită un sistem de analiză a performanțelor în cadrul *sistemului decizional*. Construirea unui astfel de sistem de analiză a performanței impune soluționarea, în principal, a următoarelor probleme:

- ✓ stabilirea subdiviziunilor organizatorice care trebuie să primească informații referitoare la performanțele realizate;
- ✓ precizarea centrelor de decizie și a modalităților de prezentare a informațiilor referitoare la activitățile conduse;
- ✓ coordonarea subdiviziunilor organizatorice care primesc informații despre performanțele realizate în subsistemul operațional.

Controlul de gestiune a fost creat în marile întreprinderi pentru a verifica dacă acțiunile întreprinse pe termen scurt se înscriu în sensul orientărilor strategice. Cu alte cuvinte, controlul de gestiune este destinat facilitării pilotajului² întreprinderii de către manageri în deciziile lor operaționale și pe termen scurt, în vederea realizării obiectivelor strategice ale firmei. Acesta dispune de mai multe instrumente pentru controlul performanțelor întreprinderii, cum sunt: controlul bugetar, tabloul de bord, reporting-ul și ”balanced scorecard”.

1. Discuții privind legătura dintre informație, decizie și control de gestiune

Pentru elaborarea unui sistem de control de gestiune, managerii utilizează diferite *instrumente de informare*, care pot orienta acțiunea și luarea deciziilor³:

*Asistent univ. drd., Facultatea de Științe Economice, Universitatea “Nicolae Titulescu”, București, (e-mail: pauladumitru@univnt.ro)

** Asistent univ. drd., Universitatea Politehnică, București (e-mail: cricutz82@yahoo.com)

²pilotajul = ”acțiunea și resursele utilizate pentru atingerea performanței vizate” - C. Caraiani, M. Dumitrana & colectiv - ”Contabilitate de gestiune & control de gestiune, Editura InfoMega, București, 2005, p. 438

³ M. Gervais – ”Contrôle de gestion”, 5^e édition, Economica, 1994, p.21

- ✓ informațiile privind planurile pe termen mediu și lung;
- ✓ studii economice punctuale;
- ✓ statistici extracontabile, care privesc de regulă operațiile curente;
- ✓ contabilitatea financiară și analizele financiare,
- ✓ contabilitatea de gestiune;
- ✓ tablouri de bord;
- ✓ sistemul de bugete al întreprinderii.

Finalitatea controlului de gestiune este furnizarea de informații utile pentru deciziile managerilor. Din acest motiv, considerăm necesară această discuție privind legătura dintre **informație, decizie și control de gestiune**. În general, **decizia** reprezintă transformarea informațiilor primite de la un decident în acțiuni, în cadrul unei organizații sau al unei părți a organizației.

Teoria neoclasică a firmei definește întreprinderea ca *unitate de producție*, în care sunt utilizați factorii de producție, și ca **centru de decizie**, unde managerul decide numai funcție de un proces de optimizare care vizează maximizarea profitului. În felul acesta, se ajunge la concluzia că decizia este luată într-un context de raționalitate perfectă, adică managerul ia decizia cea mai bună care îi asigură maximizarea utilității. Un asemenea model este însă contestabil, deoarece gestionarii constată că, în realitate, diverse comportamente din cadrul întreprinderii pot fi destul de incoerente între ele.

Contrar viziunii clasice, în care managerul cu un comportament rațional își maximizează utilitatea (profitul) prin măsurarea și compararea mai multor opțiuni date, deci impuse, viziunea raționalității procedurale⁴ induce o adevărată revoluție conceptuală, deoarece ansamblul de opțiuni este construit de actor, în cursul procesului de decizie. În felul acesta, decidentul – adică managerul, devine constructor al unui univers de posibilități (formulate împreună cu controlorul de gestiune) și procesul de alegere (decizie) trece printr-o etapă de percepere cognitivă a contextului decizional, inclusiv a obiectivelor de atins și a condițiilor de care trebuie să se țină seama pentru a alege o soluție satisfăcătoare.

O decizie cu o soluție satisfăcătoare presupune și o informare adecvată.

Am văzut că finalitatea controlului de gestiune este furnizarea de informații managerilor pentru luarea deciziilor privind gestiunea curentă și pe termen lung a întreprinderii. Însă calitatea deciziei și obținerea performanței depind și de calitatea informației furnizate de controlul de gestiune. De aceea, pentru a fi utilă în actul decizional, informația furnizată de controlul de gestiune trebuie să îndeplinească următoarele caracteristici:

- ✓ să fie fiabilă, adică să dea o reprezentare cât mai bună a realității;
- ✓ să fie actuală, adică să fie furnizată în timp util;
- ✓ să fie completă, adică să indice toate elementele care să permită luarea deciziei;
- ✓ să fie pertinentă, adică să fie adaptată problemei vizate;
- ✓ să fie accesibilă pentru decidenți.

Producerea de către controlul de gestiune a unor informații destinate deciziilor manageriale trebuie să fie condiționată de raportul dintre costul informației și valoarea acestei informații pentru gestionari (valoare care trebuie să fie superioară costului, uneori este însă dificil de măsurat).

În acest context, controlul de gestiune poate fi privit ca instrument care permite managerului să adopte un comportament bazat pe o raționalitate ”procedurală”, adică un instrument care permite gestionarului să-și construiască un ansamblu de opțiuni și să aleagă o soluție satisfăcătoare, în funcție de un anumit context.

⁴ Raționalitatea procedurală se caracterizează prin faptul că este considerată ”procedurală” metoda care se bazează pe aspectul **deliberativ** al deciziei – în ”Control de gestiune”, autori I. Ionașcu & colectiv, Editura Economică, București, p.16

2. Sisteme de exercitare a controlului de gestiune într-o organizație

În cadrul unei întreprinderi, măsurarea performanței se face în mod diferit, în funcție de nivelul de responsabilitate. De exemplu, performanța unui responsabil al unei entități de producție (atelier, secție, etc) poate fi măsurată prin gradul în care a reușit reducerea cheltuielilor indirecte de producție, dacă această acțiune a fost definită ca unul dintre obiectivele centrului de responsabilitate. Pentru responsabilul departamentului de vânzări, performanța se va măsura prin îndeplinirea obiectivului reprezentat de creșterea cifrei de afaceri într-o perioadă determinată. În schimb, pentru managerul general, măsurarea performanței se va face în termeni de profitabilitate și lichidități, ca obiective definite la nivel global.

În continuare, vor fi prezentate caracteristicile diferitelor sisteme de exercitare a controlului de gestiune în cadrul unei organizații economice.

2.1. Controlul bugetar

Misiunea controlului bugetar constă în *"identificarea și explicarea abaterilor de la prevederile bugetelor"*⁵.

Pentru a servi pilotajului organizațiilor, controlul bugetar trebuie efectuat suficient de frecvent, în vederea luării de măsuri corective în timp util, și suficient de descentralizat, pentru a se situa la același nivel unde se iau decizii corective și se exercită responsabilități. De cele mai multe ori, controlul bugetar se realizează lunar și răspunde la două obiective:

✓ **Controlul execuției bugetelor** – prin identificarea abaterilor favorabile sau nefavorabile de la prevederile bugetare. În acest caz, controlorul de gestiune face o analiză asupra unor fapte trecute;

✓ **Reajustarea previziunilor bugetare și luarea de măsuri corective.** În acest caz, controlorul de gestiune se poziționează asupra unor fapte viitoare. La nivelul fiecărui centru de responsabilitate trebuie organizat un sistem informațional de urmărire a execuției bugetare. Acest sistem poate fi organizat în două variante: pe cale contabilă și pe cale extracontabilă (statistică).

În cazul urmăririi bugetelor pe cale contabilă – contabilitatea curentă a fiecărui centru de responsabilitate funcționează prin conturi care înregistrează distinct atât valorile bugetate, cât și abaterile de la bugete. Valoarea reală a unui indicator de performanță, care indică modul de execuție a bugetului, se obține pe baza datelor din conturi, conform relației : **valoare bugetară** +/- **abateri** = **valoare reală**. Funcționarea unui astfel de sistem presupune ca sistemul contabil al întreprinderii să fie coerent cu schema de organizare a întreprinderii (concretizată în delegare de responsabilități, misiuni, norme).

Un alt sistem de control bugetar se bazează pe colectarea statistică a datelor, prin elaborarea unor situații de execuție bugetară.

În analiza abaterilor de la valorile bugetare, trebuie să avem în vedere următoarele aspecte:

✓ Abaterile de la bugete se datorează unor cauze controlabile, care pot fi influențate prin deciziile de gestiune, sau unor cauze necontrolabile, care nu pot fi influențate prin deciziile unui responsabil. Managerii trebuie să-și concentreze acțiunile de gestiune asupra cauzelor controlabile, care influențează realizarea obiectivelor de performanță definite prin buget;

✓ Abaterile de la valorile bugetare pot fi favorabile sau nefavorabile. Abaterile favorabile sunt generate atât de valori realizate sub prevederile bugetului, cum ar fi : realizarea de consumuri de materii prime și manoperă directă mai mici decât cele bugetare, cât și de valori efective peste prevederile bugetare, ca în cazul obținerii unui preț de vânzare superior celui bugetat;

✓ În principiu, orice abatere de la o valoare bugetată este rezultatul acțiunii a doi factori: prețul și cantitatea;

✓ Cauzele controlabile ale abaterilor de la valorile bugetate pot fi influențate printr-o decizie autonomă a unui responsabil de gestiune sau sunt răspunsul unor fapte externe centrului de responsabilitate.

⁵ I. Ionașcu & colectiv – op.cit., p. 201

Tehnicile de control bugetar sunt diferite în funcție de tipul activității controlate din cadrul fiecărei întreprinderi: activități comerciale, activități de producție, activități funcționale.

Prin prisma faptului că pilotajul unei întreprinderi nu poate fi realizat doar pe baza controlului bugetar, dominat de informații cu caracter financiar și postfactum, obținerea performanței impune utilizarea și a altor instrumente de control de gestiune care vor fi prezentate în continuare.

2.2. Tabloul de bord

Acesta este un *instrument de pilotaj* al întreprinderii deoarece permite managerilor să dispună în timp real de o viziune sintetică asupra principalilor indicatori privind întreprinderea și mediul de afaceri, în vederea luării deciziilor aflate în cadrul competenței lor.

Tabloul de bord poate fi considerat un răspuns la insuficiența contabilității generale pentru fundamentarea deciziilor curente de gestiune luate de manageri.

Într-o manieră generală, el se compune dintr-un ansamblu de indicatori, mai puțin numeroși, care dau responsabililor de gestiune o informație semnificativă în pilotajul activității lor. Ca instrument de pilotaj al acțiunilor managerilor, tabloul de bord prezintă următoarele caracteristici:

- ✓ Este destinat fiecărui responsabil operațional;
- ✓ Conține un număr relativ redus de indicatori (10 până la 25 de indicatori, maximum);
- ✓ Informațiile nu sunt numai de natură financiară, fiind prezentați și indicatori în etalon natural sau de calitate;
- ✓ Se obține rapid, existând posibilitatea identificării originii informației;
- ✓ Este ușor de înțeles și simplu de interpretat, indicatorii fiind prezentați într-o manieră "vizuală" cu ajutorul tabelelor, graficelor, în valori absolute și rate.

Natura nefinanciară a unor indicatori este o caracteristică specifică tabloului de bord, care le permite responsabililor de gestiune să dispună și de alte date decât cele financiar-contabile.

Elaborarea tabloului de bord se face după o metodologie riguroasă. Mai întâi se elaborează un proiect, adică se determină contextul organizațional și se evaluează utilitatea întocmirii unui tablou de bord pentru un anumit responsabil al unui centru de gestiune. Procedura elaborării tabloului de bord poate fi etapizată⁶ astfel:

✓ Determinarea obiectivelor: constituie aspectul determinant în justificarea elaborării unui tablou de bord. Orice obiectiv trebuie să fie cuantificabil și determinat pe o anumită perioadă, fiind necesară distincția dintre un obiectiv și o misiune. Pentru a fi realiste, obiectivele trebuie să fie stabilite într-o manieră rezonabilă și, de preferință, trebuie să fie discutate sau negociate cu direcția generală;

✓ Stabilirea unui plan de acțiune pentru realizarea obiectivului. Determinarea planului de acțiune va permite identificarea parametrilor care au o influență asupra obiectivului. De exemplu, reducerea cheltuielilor generale ale întreprinderii presupune stabilirea elementelor asupra cărora se poate acționa, adică identificarea surselor care au generat creșterea acestor cheltuieli, cum sunt: cheltuieli cu deplasările, cheltuieli cu întreținerea spațiului administrativ, etc;

✓ Identificarea indicatorilor pertinenti. În această fază, responsabilul de gestiune trebuie să-i aleagă ca indicatori de performanță pe cei pe care îi consideră cei mai pertinenti pentru aprecierea rezultatului acțiunilor sale.

✓ Întocmirea tabloului de bord. La construirea tabloului de bord se vor utiliza modalitățile care permit cea mai bună vizualizare a indicatorilor de urmărit, cum sunt: valori absolute, abateri (+/-), rate, grafice, pictograme, tabele. Așa cum am arătat, indicatorii reținuți în tabloul de bord trebuie să fie mai puțin numeroși pentru a permite realizarea funcției acestuia, de pilotaj al managerilor în deciziile lor curente și de control asupra realizării indicatorilor de performanță.

Tabloul de bord poate fi utilizat de către firmele care nu dispun de un sistem bugetar, dar poate exista și împreună cu acesta, ca un instrument care ameliorează calitatea controlului de

⁶ P. Boisselier – "Contrôle de gestion", Vuibert, 1999, pp.72-73

gestiune.

În cazul în care tabloul de bord funcționează împreună cu un sistem de bugete, acestea va include numai indicatorii esențiali ai gestiunii bugetare, în special informații privind volumul fizic și calitatea, pe care trebuie să-i supravegheze un responsabil de buget.

2.2.1. Tipologie

Un prim criteriu are în vedere sfera de cuprindere. Pot fi întocmite:

- ✓ Tabloul de bord general (global), elaborat și utilizat la nivelul managementului de vârf, inclusiv de către organismele participative de management (Consiliul de Administrație în principal);
- ✓ Tablouri de bord restrânse (parțiale) întocmite și valorificate de către manageri unor componente procesuale sau structurale (de pildă, tabloul de bord al directorului economic – cel care conduce funcțiunea financiar-contabilă – sau tabloul de bord al directorului unui centru de gestiune din sfera producției).

Aprofundarea acestui criteriu permite evidențierea și a altor tipuri, după cum urmează:

- ✓ Procesual, tablouri de bord elaborate la nivel de activitate, de funcțiune și de firmă;
- ✓ Structural, tablouri de bord elaborate la nivel de compartiment funcțional și operațional, centru de gestiune ori firmă.

Un al doilea criteriu important are în vedere natura proceselor de muncă derulate în cadrul firmei, abordată prin prisma finalității acestora. Pot fi întocmite:

- ✓ Tabloul de bord de strategie;
- ✓ Tabloul de bord financiar;
- ✓ Tabloul de bord de gestiune;
- ✓ Tabloul de bord de exploatare.

2.2.2. Cerințe impuse tabloului de bord

Indiferent de versiunea în care se manifestă (tablou de bord restrâns, cu un volum relativ scăzut de informații, ori tablou de bord complex, destinat unei informări mai ample, cu referire la toate aspectele activităților investigate), acesta trebuie să fie concomitent:

- ✓ Consistent – în sensul cuprinderii de informații relevante, sintetice și exacte, referitoare la domeniile conduse;
- ✓ Riguros – adică să cuprindă informații riguroase, axate pe evidențierea reală a fenomenelor economice și transmiterea în timp real a informațiilor necesare completării sale;
- ✓ Sintetic – respectiv cuprinderea de informații cu grad de agregare diferit, funcție de poziția ierarhică a beneficiarului acestora;
- ✓ Accesibil – adică să faciliteze înțelegerea și utilizarea operativă și completă a informațiilor, prezentate clar, explicit;
- ✓ Echilibrat – în sensul evidențierii de informații referitoare la fenomenele și procesele economice, sociale, manageriale, etc în proporții care să reflecte ponderea acestora în domeniul supus cercetării;
- ✓ Expresiv – respectiv folosirea unor forme de vizualizare adecvate (tabele de valori, grafice, etc);
- ✓ Adaptabil – în sensul posibilității de modificare a tabloului de bord în funcție de modificările intervenite în activitățile firmei ori în managementul acesteia;
- ✓ Economic – situație dată de superioritatea efectelor comparativ cu eforturile reclamate de completarea, transmiterea și utilizarea sa.

2.2.3. Completarea tabloului de bord

Se recomandă abordarea secvențială axată pe principiul ”de jos în sus”, în special din punct de vedere structural-organizatoric, în ceea ce privește completarea machetelor informaționale și transmiterea acestora beneficiarilor. Cu titlu general putem evidenția cel puțin patru secvențe, coroborate cu eșaloanele organizatorice specifice unei firme.

Secvența I. Stabilirea sistemului de obiective (obiective fundamentale, obiective derivate de gradul I, derivate de gradul II și specifice) și al bugetului general al societății comerciale.

Secvența 2. Completarea și transmiterea situațiilor informaționale destinate managerilor de nivel inferior (maiștri, șefi ateliere de producție, etc);

Secvența 3. Completarea și transmiterea machetelor informaționale adresate managerilor din eșalonul mediu (șefi de compartimente operaționale și funcționale).

Secvența 4. Completarea și transmiterea situațiilor informaționale către eșalonul superior al managementului (directori executivi, director general, Consiliul de Administrație).

2.3. Reporting-ul

Reporting-ul este un instrument de evaluare și urmărire a performanțelor, fiind frecvent întâlnit în marile firme. Originea sa se găsește în ”contabilitatea responsabilității”, apărută în marile întreprinderi americane, și reprezintă un sistem de contabilitate managerială adaptată la structura organizației, astfel încât fiecare manager să vizualizeze numai aspectele aflate în administrarea lui, respectiv rezultatul de care el este responsabil. Se bazează pe trei concepte, și anume:

✓ Structura organizației. În momentul de față multe întreprinderi, indiferent de mărime consideră mai eficientă o descentralizare care ar duce la luarea deciziilor de către specialiști (marketing, finanțe, producție) la un nivel adecvat. Motivul, un manager general nu poate dispune de toate informațiile în mod regulat pentru a lua decizii optime.

✓ Fixarea obiectivelor. Fiecărui manager pentru o anumită perioadă i se fixează obiective și va lua decizii pentru a le atinge. Reporting-ul va măsura gradul de realizare a obiectivelor pentru perioada prevăzută.

✓ Controlabilitate. Fiecare responsabil poate fi controlat numai pentru acele venituri și cheltuieli care se află în aria sa de răspundere.

Fiind o practică specifică companiilor americane, în prezent, reporting-ul este frecvent întâlnit în marile companii ca instrument de monitorizare și raportare a performanței. Diverse studii arată că, în general, raportarea se face pe un formular standard și că informațiile se transmit zilnic, săptămânal, decadal sau lunar, etc, în grafic cu politica managerială a organizației.

Reporting-ul vizează numai indicatorii financiari axându-se mult pe controlul bugetar, calculul și analiza abaterilor⁷. Prin conținutul informațional, acest instrument furnizează managerului informații financiare detaliate.

O frecvență mare în conținutul reporting-ului o au indicatorii fizici și calitativi, cum sunt: volumul producției, volumul vânzărilor, segmentul de piață, calitatea produselor, termenul de livrare, etc.

2.3.1. Reporting versus tabloul de bord

Dacă indicatorii prezentați în tabloul de bord sunt eterogeni (financiar-contabili, fizici, dar și privind calitatea) reporting-ul prezintă numai date financiar contabile, diferențele dintre aceste două instrumente de control al performanțelor unei organizații economice fiind puse în evidență în continuare⁸:

Tabloul de bord	Reporting-ul ("responsability accounting")
Răspunde la întrebarea privind maniera în care obiectivele organizației urmează a fi realizate	Răspunde la întrebarea privind gradul de realizare a obiectivelor
Accent pus pe factorii "cheie"	Accent pus pe controlabilitate
Identificarea modalităților de funcționare a unui centru de gestiune	Identificarea rezultatului contabil
Definit "de jos în sus" plecând de la obiective	Definit "de sus în jos" prin agregarea informației contabile

⁷ C. Caraiani, M. Dumitrana & colectiv – op.cit., pp.446-447

⁸ J. Gray, Y. Pesqueux, citați în lucrarea "Manuel de gestion", volume I, coordonateur général Armand Dayan, Ellipses, 1999, p.875

Informații financiare, cantitative și calitative	Prezintă numai informații financiar-contabile
Prevede acțiunile viitoare	Evaluează efectele deciziilor trecute
Pentru nivelurile superioare de decizie sunt consolidate doar câteva informații	Informațiile financiare sunt totdeauna consolidate pentru nivelurile superioare de decizie
Periodicitate zilnică, săptămânală sau lunară	Periodicitate lunară
Instrument principal de informare a responsabililor operaționali	Instrument de informare din structura sistemului de informații de gestiune
Construit prin selectarea informațiilor	Nu se face selecția informațiilor
Integrează informații care sunt în afara câmpului controlabilității	Integrează numai informații care sunt în câmpul controlabilității

2.4. "Balanced scorecard" – instrument integrator de control al performanțelor

Datorită limitelor reporting-ului, în anii '90 a fost utilizat pentru prima dată un nou instrument de monitorizare și raportare a performanței: balanced scorecard. Acest instrument a apărut ca urmare a insuficiențelor constatate în practica reporting-ului din companiile americane și a fost conceput în anul 1992 de Robert Kaplan și David Norton.

Balanced scorecard se bazează pe conceptul potrivit căruia se transpune strategia în acțiune. El se prezintă ca un instrument de urmărire a performanțelor organizat în jurul a patru perspective⁹:

- ✓ Perspectiva financiară, pentru a răspunde la întrebarea: Care sunt așteptările acționarilor ?
- ✓ Perspectiva clienți, pentru a răspunde la întrebarea: Care sunt exigențele clienților față de întreprindere ?
- ✓ Perspectiva creștere și dezvoltare, pentru a răspunde la întrebarea: Pentru realizarea obiectivelor propuse, cum se va dezvolta întreprinderea ?
- ✓ Perspectiva procese interne, pentru a răspunde la întrebarea: Pentru a-i satisface pe acționarii și clienții firmei, ce procese "cheie" trebuie controlate ?

În balanced scorecard sunt menținuți indicatorii financiari-contabili, însă sunt prezentați și indicatori privind clienții, calitatea, eficiența internă a întreprinderii și capacitatea acesteia de creștere pe termen lung.

Prin intermediul acestui instrument, autorii au dorit să pună în evidență, pentru manageri, relațiile cauzale dintre performanțele operaționale și rezultatele strategice ale firmei. Astfel, pentru a pilota funcționarea întreprinderii, și nu doar a controla rezultatele, Kaplan și Norton au propus indicatori de măsură a rezultatelor și indicatori generatori de performanță, care au rolul de "semnal de alarmă" privind performanța.

Prin conținutul său informațional, acest instrument de control al performanței globale este orientat către acțiune și anticipare, fiind rezultatul unui proces de selecție a datelor, astfel încât informațiile furnizate managerului să nu fie prea detaliate.

Prin conținut și finalitate, balanced scorecard elimină unele limite ale reporting-ului.

Unii autori, sesizează faptul că balanced scorecard prezintă unele limite, cum sunt:

- ✓ Distincția dintre indicatorii de rezultat și indicatorii generatori de performanță este adesea ambiguă, cei mai mulți dintre indicatorii propuși în diferite exemple fiind indicatori de rezultat;
- ✓ Deoarece este orientat către procesele privind satisfacerea clientului și dezvoltarea competențelor, balanced scorecard adoptă o perspectivă transversală a întreprinderii, situație care poate intra în contradicție cu logica verticală, ierarhizată a întreprinderii, proprie altor instrumente de control, cum este sistemul de buget al întreprinderii;

⁹ C. Mendoza, R. Zrihen – "Le tableau de bord: en V.O. ou en version américaine ? Comparaison entre le tableau de bord et le balanced scorecard", în "Revue française de comptabilité", nr.309/1999, p.62

✓Deși acest sistem permite ameliorarea pilotajului strategiei firmei, indicatorii utilizați nu furnizează informații privind factorii de schimbare din mediul de afaceri al întreprinderii.

2.4.1. Balanced scorecard versus tabloul de bord

Strategia organizației este perfect cunoscută și explicată de manageri.

Balanced scorecard nu face decât să traducă politica generală a întreprinderii prin patru perspective echilibrate. Acest lucru presupune o viziune normativă a strategiei, care a fost elaborată plecând de la un diagnostic și de la o abordare rațională, pentru a reflecta cât mai bine complexitatea realității. Acest demers, preconizat de modelele de analiză strategică, are un caracter retoric și simplificator. De fapt, departe de a fi o reprezentare liniară și simplă a realității, strategia întreprinderii este rezultatul unei construcții colective.

Pe de altă parte, balanced scorecard se bazează pe o concepție a procesului de decizie, conform căreia managerii ar cunoaște perfect strategia, care nu ar urma decât să fie implementată. Acest lucru este limitat și parțial. Din această cauză strategia nu poate fi disociată de implementarea sa, întrucât în întreprindere nu există pe de o parte un manager atotștiutor și pe de altă parte executanți ascultători.

Balanced scorecard este implementat conform strategiei de vârf la bază, parcurgând toate nivelurile ierarhice.

Aceasta s-ar efectua mecanic, fiecare nivel aplicând obiectivele într-un cadru predefinit. De fapt, dimensiunea organizațională este ștearsă din lucrările despre balanced scorecard ale specialiștilor nord-americani. Organizația pare aproape transparentă și este suficient să se divizeze problematica globală pentru a se obține problematici locale. Acest lucru este negat nu doar de specialiști locali, ci și de jocul actorilor pentru a menține ”zone de libertate”. Există mari șanse ca balanced scorecard să reflecte o viziune a direcției generale, fără a integra preocupările diferitelor niveluri de organizare. Balanced scorecard riscă deci să fie mai mult un instrument de reporting decât un instrument de pilotaj.

Pe de o parte, autorii balanced scorecard semnalează existența indicatorilor de rezultat și a indicatorilor de acțiune, cei din urmă constituind semnale care trec chiar înainte ca rezultatele măsurate de primii indicatori să apară. Specialiștii în balanced scorecard nu propun de fapt niciun demers riguros pentru identificarea indicatorilor de acțiune. Urmează nu doar o confuzie între cele două tipuri de indicatori, ci și riscul de a privilegia întâi indicatorii de rezultat.

Pe de altă parte, balanced scorecard afirmă primordialitatea rezultatelor financiare, care constituie ultimul scop al întreprinderii. Există, deci, mari șanse ca celelalte trei dimensiuni să nu fie privite ca mijloace. De asemenea, tentația mare este de a nu reține în final decât acțiuni măsurabile care au un efect imediat asupra rezultatului.

Tabloul de bord a fost conceput în Franța în perioada interbelică. La origine, el a fost conceput prin analogie cu tabloul de bord al unui avion ca ”un instrument de pilotaj ce trebuie să ajute managerii și își exercite atribuțiile”. În practică, el a fost implementat de către responsabilii operaționali mai ales în întreprinderile industriale pentru a acoperi insuficiențele sistemului informațional.

Tabloul de bord este un instrument de pilotaj, ce presupune informații puțin numeroase (10-20 de indicatori); relevante pentru responsabilii implicați; rapid obținute; inteligibile, simplu de interpretat; prezentate în mod eficace (raport de gestiune, grafice, etc), cu un ritm ce poate fi determinat.

Două etape în construcția balanced scorecard. Abordările propuse astăzi de specialiștii francezi pentru crearea tabloului de bord vizează declinarea strategiei se concretizează în două etape: formularea strategiei – hărții de responsabilități și implementarea tabloului de bord de către responsabili.

În prima etapă, harta de responsabilități trebuie să permită asigurarea unei coerențe a implementării strategiei în întreprindere.

În cea de-a doua etapă, implementarea tabloului de bord se face cu respectarea structurii organizaționale. La nivelul fiecărui centru de responsabilitate, implementarea tabloului de bord constă în reflectarea asupra strategiilor și responsabilităților definite în amonte, în ceea ce privește obiectivele, factorii cheie și planurile de acțiune. Apoi este vorba de traducerea acestora în indicatori. Fiecare indicator este ulterior comparat cu un standard cu scopul evaluării abaterilor între acțiunea standard și acțiunea realizată.

Tabloul de bord presupune în practică o mare varietate de documente.

Uneori, același manager va avea la dispoziție trei sau patru documente denumite ”tablou de bord” cu mari diferențe între ele. În anumite cazuri, documentele de urmărire a cheltuielilor se intitulază tablouri de bord. Paralel, documentele ce înregistrează ieșiri de stocuri de produse finite vor avea aceeași denumire. În realitate, cea mai mare confuzie se face astăzi în întreprinderile franceze când se vorbește de tabloul de bord. În acest sens și în ciuda limitelor pe care le presupune instrumentul, interesul suscitât de balanced scorecard în Franța constituie o ocazie privilegiată pentru o analiză la rece și o încercare de ameliorare a tabloului de bord.

Concluzii

Putem concluziona că diferitele sisteme de control al performanțelor utilizate în cadrul unei întreprinderi (controlul bugetar, tabloul de bord, reporting-ul și balanced scorecard) sunt ”construcții” care au o dimensiune istorică și s-au dezvoltat în contexte socioeconomice diferite. Astfel, controlul prin bugete poate fi considerat un instrument clasic în gestiunea întreprinderii, folosit încă de la începutul secolului XX și utilizat astăzi de firmele din toată lumea. Tabloul de bord a apărut încă din perioada interbelică, fiind o practică în gestiunea firmelor franceze, iar reporting-ul, specific marilor companii americane, s-a extins în practica tuturor societăților multinaționale. Limitele reporting-ului, ca instrument de control al performanțelor, au impus un alt instrument de pilotaj, orientat mai mult către strategia firmei și măsurarea performanței globale: balanced scorecard. Prin caracteristicile sale, balanced scorecard realizează o convergență între tabloul de bord francez și reporting-ul american, putând fi considerat un instrument de gestiune ”integrator”¹⁰.

În acest context, capacitatea de elaborare și de menținere a tablourilor de pilotaj pertinente a devenit o condiție pentru reușita implementării strategiei.

Cum putem domina piața ? Strategii:

- ✓Eficiența costurilor;
- ✓Calitate înaltă;
- ✓Investirea în noi tehnologii.

Referințe bibliografice

1. P. Boisselier, *Contrôle de gestion* (Vuibert, 1999), 72-73
2. C. Caraiani, M. Dumitrana et al., *Contabilitate de gestiune & Control de gestiune*, (Editura InfoMega, București, 2005);
4. M. Gervais, *Contrôle de gestion*, 5^e édition, (Economica, 2000) 21;
5. I.Ionașcu et al., *Control de gestiune*, (Editura Economică, București, 2003);
6. C.Mendoza and R. Zrihen, *Le tableau de bord: en V.O. on en version américaine? Comparaison entre le tableau de bord et le balanced scorecard*, (in *Revue française de comptabilité*, No.309/1999).

¹⁰ I. Ionașcu & colaboratori, op.cit. p. 215

ANALYSIS BETWEEN THE ROMANIAN ACCOUNTING SYSTEM STANDARDS, DIRECTIVES AND TAX RULES

Nicolae Sorin BORLEA*
Ludovica BREBAN**
Monica Violeta ACHIM***

Abstract

Accounting for “creative human spirit” appears today as a reader of science with many practical and theoretical facets. Through its role to record and manage business events and transactions of real economic transactions, is present everywhere in all areas of economic and social. Accounting Millennium III is based on a wide range and importance of theories, concepts and sentences in increasingly correlated with international standards and European Directives in the field. Romanian accounting system matching steps with the world are particularly determinate new configuration of international economic relations, entered a general process of globalization under the impetus of international capital movements. Such that, the accounting system is currently under a “historic conciliation” in which different accounting systems redefine the concept in their desire to meet new information requirements. International accounting harmonization is achieved through the involvement of professional bodies and leading institutions such as International Accounting Standards Board, International Federation of Accountants, Chartered Accountants Federation of European, etc..Based on these assumptions we propose to offer those interested in a documentary study and research in practice the most important International Financial Reporting Standards, European Directives and national tax regulations. We believe both now and in future accounting is and will be a universal science needed in making decisions.

Keywords: *International Financial Reporting Standards, European directives, tax regulations, Continental Accounting System, Anglo-Saxon Accounting System*

Introduction

The accounting system can be defined as an organized whole of theories, concepts, principles, procedures, methods and techniques by which this occurs collection, processing, transmission and storage of economic information. Literature known more universal accounting systems of which some are considering the concept of representation of the object accounts, other accounts and organizational design objectives and the aim of representative culture and accounting harmonization with International Accounting Standards.

The most representative are:

Continental Accounting System (European Latin) which is based on Directive IV of the European Economic Community on the structure of annual and VII of the Directive on consolidated accounts is mainly aimed at serving as evidence in court and determine taxable income. This system is strongly influenced by legal form of events and transactions and the rules and tax rules have significant influence on accounting;

Anglo-Saxon accounting system based on a coherent conceptual framework structured objectives and principles influenced by rigid rules, is not influenced by tax regulations. The accounting system is mainly aimed at obtaining information for investors and other users to enable

* Ph. D., Faculty of Economics, West University „Vasile Goldiș” Arad, (e-mail: snborlea@yahoo.com)

** Ph. D., Faculty of Economics, West University „Vasile Goldiș” Arad, Faculty of Economics(e-mail: ludovicabreban@yahoo.com)

*** Ph. D., Faculty of Economics and Business Administration, University „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca, (e-mail: monicaachim@yahoo.com)

the most effective decision making especially on capital movements and correctly reflects the main feature has the primacy of reality economic form, which require disconnecting tax accounting.

Romania, adopted from January 1, 1994, continental accounting system is currently in the process of harmonization of accounting with the Fourth Directive of the European Economic Community and the International Accounting Standards. In this regard deserves to be retained a reference to this legislation and the future of Romanian accounting OMFP No. 3055/2009 on accounting regulations consistent with European Directives. According to this process of standardization, harmonization and development of Romanian accounting system will continue in coming years as a consequence of the development of capital markets as required by the process of European integration, especially economic globalization, which requires accounting information to ensure comparability over time and space. Coordinates are based Romanian fiscal policy fiscal policy of the state factor in social progress and economic activity, meaning that both the executive and the legislature established tax system that I practice and strategy to follow in the tax administration.

Knowing that the objective of this work is the target of the practical application of International Financial Reporting Standards, European Directives and the tax provisions in Romania our attention has been focused investment grants access part of the European funds available in this small and medium-sized and beyond.

Subsidies for investment and related revenues between accounting standards and tax regulations

Subsidies for investment under IAS 20 "Accounting for Government Grants and Disclosure of Government Assistance (subsidy on assets) are the sources of investment financing allocated from BUET State or other bodies for economic entities subject to purchase or production equipment or other property, nature of goods or to finance long-term assets or to cover other expenses of the nature of investment. Receiving grants are for the entity an advantage and resulted in property values, which usually should not be called government assistance that is reimbursed by government in order to provide specific economic benefits to an entity or a category of economic entities that meet certain criteria.

Government subsidies are in fact transfers of resources to an entity in exchange for compliance in the past, present or future of certain conditions relating to its operating activities. Grants are recognized as income on systematic basis for the periods corresponding expenditure that they will compensate. They should not be directly credited to capital accounts and reserves.

Grants for activities including non-monetary grants at fair value are recognized in the balance as a postponed income. These are recorded in the profit and loss on the extent of depreciation, leasing or cassation investment.

May be included in the category of subsidies for investment in addition to resources in the form of cash and donations (account 4753), ups the inventory of tangible and intangible nature (account 4754), nature of subsidies grants loans for investment (account 4752) and other amounts received grants for investment nature (account 4758).

Government assistance given to entities, or may aim to stimulate long-term support of activities in certain regions or sectors. An example of government assistance, is the transfer of resources from government to enterprises which:

- operate in a particular industry;
- you continue to work within the newly privatized sectors;
- begin or continue work in underdeveloped regions.

A grant was received either as cash or as a reduction of government debt to affect its disclosure in the accounts. In accordance with IAS 20 "Accounting for Government Grants and Disclosure of Government Assistance", these grants are recognized as income on corresponding period's expenditure, which they will compensate. In this regard it is noted two approaches to accounting treatment, namely:

a) In terms of capital, a grant is credited directly to shareholders' interest because they involve no repayment, showing itself in balance and not in the income statement, representing an incentive provided by government without related costs.

b) Under issue financial results is included in a grant income over one or more periods, as is input from a source other than shareholders must be recognized as income in appropriate periods and included in the profit and loss, which is an extension of tax policies.

Also, grants related to depreciable assets are recognized as income generally over the period and the proportion of the depreciation of those assets is to be expensed.

A government grant can take the form of an asset transfer money or other resources to support business activity which requires to account for both grant and asset at fair value.

Repayment of a grant shall be made by reducing the deferred income if any, or in their absence on account of expenses. To the extent that the repayment exceeds the deferred income, or if no such income, the excess shall be refunded the full amount immediately recognize as an expense. The refund on a grant of an asset is recorded by reducing the deferred income balance by the amount reimbursed.

Are considered as acceptable alternatives, two alternatives to the financial statements, relating to grants for activities namely: - the grant is considered as deferred revenue recognized over the useful life of the asset - the subsidy is deducted from the value of the asset for obtain the net, being recognized as income over the life cycle of amortizable assets, reducing depreciation expenses.

But whatever option is adopted for investment subsidies for the entity generating a controllable resource future economic benefits.

The subsidy is often materialized by an investment entity whose effects on expenditure will occur in the future as recording depreciation. We indication in this regard that such costs do not correspond to a real effort of the entity, so there would have to influence the outcome of year it is found. It should thus annul the effect of depreciation of the asset financed by investment, the result of the accounting period by registering an account for a proportion of grant income received in proportion to the depreciation be expensed. The same reasoning should be adopted in case of assignment (sale) property received through grants from the input value outstanding. Repayment of subsidy on assets is recorded by reducing the deferred income balance by the amount reimbursed.

A special category of grants is an extraordinary event, they are not related to normal operations, the current entity, but refers to compensation received for expenses or losses of natural disasters or exceptional occurrences. Grants in this category are recognized as revenue of the period, but such extraordinary credit to the account 771 "Revenue from grants and other similar occurrences".

As subsidies rise, at one time or another, revenue, they can not escape the tax subject. From this point of view, referring to subsidies in several articles of the Tax Code. Thus, in Article 24, lit.r) in connection with taxable income, states that in this category include "grants received for the purchase of goods, if subsidies are granted in accordance with existing legislation. Also, 137, states that the tax base of VAT for supplies of goods and services to include "including subsidies directly linked to the price of such operations. If funding currency, exchange differences that may result in adverse situations so not be included in property value.

In accounting, in connection with investment grants received are possible following economic transactions:

> Accounting for investment subsidies received from the communication:

445 "Grants" = 4751 "Government grants for investment"

> In the statement of account and communications agency that subsidizes, subsidies accounted incorporation by registration:

5121 "Bank accounts in lei" = 445 "Grants"

> Accounting the value of the patents, licenses, other similar rights and assets received free of charge, is recorded:

205 "Concessions, patents, licenses,=4753" Donations for investment "
trademark and other similar rights and assets"

> Counting value of land and buildings received free of charge:

%=4753 "Donations for investment"

2111 "Land"

212 "Construction"

> Depreciation accounted for depreciation on account of grants for investments purchased, by registering:

6811 "Operating expenses of=281" Depreciation on tangible assets"

depreciation on "(2811 ÷ 2814)

> Retrieving the size of the subsidy income depreciable or outstanding (according to calculations) by registering:

475 "Investment subsidies" =7584 "Income from investment grants "

> Accounting for amounts received as allowances for carrying out activities, the economic entities, and have not been used and their effective implementation, should increase share of capital due to the state, according to registration:

4751 "Government grants for investment"= 1012 " Subscribed capital paid"

Analytic: "State participation"

> Accounting for allowances for assets independent public companies, which have also been used for this purpose, the state should increase participation by registering:

4751 "Government grants for investment"= 1016 "Public property"

Suppose that an economic entity acquired an equipment worth 10,000 lei plus VAT 19% subsidized by the state budget the sum of 3,000 lei. Equipment is depreciated linearly in 5 years. After 3 years of operation, the machine is sold at a price of 8,000 lei plus VAT 19%. In the grant agreement are not set terms for repayment of the grant if the property is maintained throughout the useful life or for a certain period, which is why after the sale of equipment no refund obligation of repayment.

Entries must be made in financial accounting are:

> Receive invoice from vendor:

%=404 "Suppliers of fixed assets"11,900

2131 "Technological equipment"10,000

4426 "Deductible proportion"1.900

> Registration subsidy receivable from the state budget:

4451 "Government subsidies" = 4751 "Government grants for invested"3.000

> The receipt of the subsidy in the current account:

5121 "Bank accounts in lei" = 4451 ' "Government grants" 3.000

> Payment provider investment through payment order:

404 "Suppliers of fixed assets" = 5121 'Bank accounts in lei " 11,900

> Depreciation of equipment in the first year of operation (the same for years 2 and 3)

Annual Depreciation = 10,000: 5 years = 2000 Euro / year, of which:

Depreciation annual subsidy = 3000: 5 years = 600 Euro / year

6811 "Operating expenses of = 2813" Depreciation facilities means2.000

depreciation on"transport, animals and plantations"

> The move to grant revenue relating to depreciation (same for years 2 and 3):

4751 "Government grants = 7584" Investment income subsidies for investment"600

Sale of equipment:

461 "Debtors various "=% 9.520

7583" Income from sale of capital assets and8.000

other operations "

4427" VAT collected " 1.520

> Removal of equipment management

- input value of equipment: 10.000 lei

- the amount written off: $2 \times 2000 = 4000$ lei

- the amount outstanding: $10,000 - 4000 = 6000$ lei

% =2131 "Technological equipment"10,000

2813 "Depreciation of plant, vehicles,6.000

animals and plantations"

6583 "Expenditure on assets disposed of4.000

and other capital operations"

> The move to grant revenue outstanding $(3,000 - 2 \times 600) = 1800$ lei

4751 "Government grants" = 7584" Income from investment grants for1.800 investment"

A second example that it is submit to an economic entity receives 10,000 lei for expenditure on compensation payments to redundant employees.

Account entries are:

> Registration costs amounts due employees redundant:

6458 "Other expenditure on=462" Creditors various "10.000

insurance and social

protection"

> Record amounts paid to employees redundant

462 "Loan Diversity " = 5311 "House in Lei" 10,000

> Record on the statement of account, amount received as grant:

5121 "Bank accounts in lei" = 7415 "Operating income grants for10.000

security and social protection "

As is recorded and the amounts received for raw materials and to cover personnel costs by creating new jobs and other operating expenses.

Conclusions

In accounting terms, the issues presented on the specific activities of grant funding as a result of running programs external financing in Romania are resolved according to chain accounts made based on documents prepared and unfair contract made between parties.

When running programs external financing in Romania in economic financial accounting transactions are recorded under accounting rules approved by the nr.3055/2009 OMFP accounting regulations comply with European Directives. All economic entities who access such grants must recognizably separate accounts of current work to meet project information requested by CDE contracts financed under the financing agreements.

On subsidies we want to make the following clarification:

* revenue recognition genre of receiving grants at the same time management (calendar month) in recognizing the operating costs that these grants are to cover;

- if the subsidy receipt is in a period of the previous management of revenue recognition , this may account for the income registered in advance or deferred income,
- where the collection is the latest occurrence subsidy expenditure, that income is used to record income, in return, account receivables 445 “Subsidies”.

Design and management of Structural Funds although concerns a new field for Rumania to incite awareness and constant involvement of all potential beneficiaries, because ultimately it is in their interest. The progress of each EU country depends not only on the amount of funds proposed for allocation of EU budget, but also its ability to access these funds, thus proving that it is difficult to get money, but is more difficult to and spend.

The present paper we present just some of the ways to stimulate the activity of SMEs, since they are the backbone of any economy, an idea supported by the European experts. As reflected in the article, the state is not and should not be only for the smooth running of the business entity. In the current economic conditions, the active involvement of each SME in part to obtain funds needed further development is absolutely necessary.

To this must manifest interest and requirements to your own business for that funding opportunities exist, even in financial economic crisis.

What concerns us we Europeans crisis is spreading, a phenomenon common ground and explained by economic interconnection, which is as vulnerable as the United States and Romania will suffer with certain not only because of the financial crisis, but also because global recession caused by the crisis because "we are all connected and nobody has the command" Thomas Friedman said.

References

Books

1. Achim, M., V., Economic and financial analysis, Risoprint Publisher, Cluj-Napoca, 2009
2. Borlea, N., S., Economoc-financial analysis and financial audit of bank financial institutions in Romania, Risoprint Publisher, Cluj-Napoca, 2009
3. Breban, L., Financial statements of economic entities, Brass Mater Publisher, Cluj-Napoca, 2008
4. Borlea, N., S., Breban, L., and Achim, M., Financial Accounting line with European Directives from theory to practice, Risoprint Publisher, Cluj-Napoca, 2009
5. Capron, M., Accounting perspective, Humanitas Publisher, Bucharest, 1991
6. Dorel, M., and others, Accounts of events and transactions, Mirton Publisher, Timisoara, 2009
7. Dumitru, M., Atanasiu, P., and others, Financial Accounting, Book Publishing House of Science, Cluj-Napoca, 2010, edition III
8. Malciu, L., Feleaga, N., reform after reform: Accounting in Romania in the face of new challenges, vol.II., Economic Publishing, Bucharest, 2005
9. Short G.D., Financial Accounting, 7th edition, Homewood, USA, 1993

Legislation

1. Accounting Law 82/1991, republished in Official Gazette no.454 of 18.06.2008
 2. Law no. 571/2003 regarding the Fiscal Code, with subsequent modifications and additions
 3. Order of the Minister of Public Finance no. 3055 of 29/10/2009 for approval of Accounting Regulations in accordance with European Directives, published in Official Gazette no.766 and 766/bis of 10/11/2008
- IASB International Financial Reporting Standards 2009, CECCAR Publisher, Bucharest,2009

ANALIZA SISTEMULUI CONTABIL ROMÂNESC ÎNTRE STANDARDE, DIRECTIVE ȘI REGLEMENTĂRI FISCALE

Nicolae Sorin BORLEA*
Ludovica BREBAN**
Monica Violeta ACHIM***

Abstract

Contabilitatea „creație a spiritului omenesc” se înfățișează cititorului din zilele noastre ca o știință cu multiple valențe teoretice și practice. Prin rolul său de a consemna și administra evenimente și tranzacții din activitatea reală a operațiunilor economice, este prezentă pretutindeni în toate domeniile vieții economice și sociale. Contabilitatea mileniului al III-lea are la bază o paletă largă și importantă de teorii, concepte și teze în corelație tot mai mult cu Standardele Internaționale și Directivele Europene din domeniu. Demersurile privind compatibilizarea sistemului contabil românesc cu cel mondial sunt determinate îndeosebi de noua configurație a relațiilor economice internaționale, intrate într-un proces de globalizare generalizată sub impulsul circulației internaționale a capitalului. Astfel că, sistemul contabil se află în faza unei „concilieri istorice” în cadrul căreia diversele sisteme de contabilitate își redefinesc cadrul conceptual în dorința de a satisface noile cerințe informaționale. Armonizarea contabilă la nivel internațional se realizează prin implicarea unor organisme și instituții profesionale de renume cum sunt: Consiliul pentru Standarde Internaționale de Contabilitate, Federația Internațională a Contabililor, Federația Experților Contabili Europeni, etc. Pornind de la aceste premise ne-am propus să oferim celor interesați un studiu de documentare și cercetare cu aplicare în practică a celor mai importante Standarde Internaționale de Raportare Financiară, Directive Europene și Reglementări fiscale naționale. Avem convingerea că atât în prezent cât și în viitor contabilitatea este și va fi o știință universală indispensabilă în procesul de luare a deciziilor.

Cuvinte cheie: Standarde Internaționale de Raportare Financiară, Directive Europene, Reglementări fiscale, sistem contabil continental, sistem contabil anglo-saxon

Introducere

Sistemul contabil poate fi definit ca un ansamblu organizat al teoriilor, concepțiilor, principiilor, procedeelelor, metodelor și tehnicilor de lucru prin intermediul cărora are loc culegerea, prelucrarea, transmiterea și stocarea informațiilor economice. Literatura de specialitate universală cunoaște mai multe sisteme de contabilitate din care unele au în vedere concepția de reprezentare a obiectului contabilității, altele concepția de organizare a conturilor și obiectivelor urmărite iar cele mai reprezentative urmăresc cultura contabilă și armonizarea cu Standardele Internaționale de Contabilitate. Cele mai reprezentative sunt:

Sistemul contabil continental (latino-european) care are la bază Directiva a IV-a a Comunității Economice Europene privind structura conturilor anuale și Directiva a VII-a privind conturile consolidate are ca obiectiv principal servirea drept probă în justiție și de a determina veniturile impozabile. Acest sistem este puternic influențat de forma juridică a evenimentelor și tranzacțiilor iar normele și reglementările fiscale au influență semnificativă asupra contabilității;

* Dr., Facultatea de Științe Economice, Universitatea de Vest „Vasile Goldiș” Arad, (e-mail: snborlea@yahoo.com)

** Dr., Facultatea de Științe Economice, Universitatea de Vest „Vasile Goldiș” Arad, (e-mail: ludovicabreban@yahoo.com)

*** Dr., Facultatea de Științe Economice și Gestiunea Afacerilor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca, (e-mail: monicaachim@yahoo.com)

Sistemul contabil anglo-saxon care are la bază un cadru conceptual coerent structurat pe obiective și principii neinfluențate de reglementări rigide, nu este influențat de reglementări fiscale. Acest sistem contabil are ca obiectiv principal obținerea de informații pentru investitori și alți utilizatori care să permită luarea celor mai eficiente decizii în special privind circulația capitalului iar imaginea fidelă are drept caracteristică principală primatul realității economice în fața forme juridice, *ceea ce presupune deconectarea contabilității de fiscalitate*.

România, care a adoptat începând cu 1 ianuarie 1994, sistemul contabil continental este în prezent într-un proces de armonizare a reglementărilor contabile, cu Directiva a IV-a a Comunității Economice Europene și cu Standardele Internaționale de Contabilitate. În acest sens merită a fi reținut un act normativ de referință pentru prezentul și viitorul contabilității românești respectiv OMFP nr. 3055/2009 privind reglementările contabile conforme cu Directivele Europene. Conform acestuia procesul de normalizare, armonizare și dezvoltare a sistemului contabil românesc va continua și în anii următori ca o consecință a dezvoltării piețelor de capital fiind impus de procesul de integrare europeană, dar mai ales de globalizare economică care necesită asigurarea comparabilității informației contabile în timp și spațiu. Coordonatele politicii fiscale românești au la bază politica fiscală a statului factor determinat în derularea activității economico-sociale, în sensul că atât executivul cât și legislativul stabilesc sistemul fiscal pe care-l practică cât și strategia de urmat în cadrul administrației fiscale.

Știind că obiectivul acestei lucrări este ținta aplicării în practică a Standardelor Internaționale de Raportare Financiară, a Directivelor Europene și a Reglementărilor fiscale în România atenția noastră s-a îndreptat spre subvențiile pentru investiții parte a accesării fondurilor europene puse la dispoziție în acest sens întreprinderilor mici și mijlocii și nu numai.

Subvențiile pentru investiții și aferente veniturilor între standarde contabile și reglementări fiscale

Subvențiile pentru investiții potrivit IAS 20 „Contabilitatea subvențiilor guvernamentale și prezentarea informațiilor legate de asistența guvernamentală” (subvenții aferente activelor) sunt reprezentate de surse de finanțare pentru investiții alocate de la bugetul statului sau de la alte organisme, în favoarea entităților economice condiționată de cumpărarea sau producerea de echipamente sau alte bunuri de natura imobilizărilor, ori pentru finanțarea unor activități pe termen lung sau pentru acoperirea altor cheltuieli de natura investițiilor. Primirea de subvenții reprezintă pentru entitate un avantaj concretizat în bunuri și valori, care de regulă nu trebuie rambursate denumite *asistență guvernamentală* care reprezintă acțiunile întreprinse de guvern cu scopul de a acorda beneficii economice specifice unei entități sau unei categorii de entități economice care îndeplinesc anumite criterii.

Subvențiile guvernamentale constituie în realitate transferuri de resurse către o entitate în schimbul respectării în trecut, prezent sau în viitor a anumitor condiții referitoare la activitatea de exploatare a acesteia. Subvențiile se recunosc pe bază sistematică drept venit pe perioadele corespunzătoare cheltuielilor aferente pe care acestea urmează a le compensa. Acestea nu trebuie creditate direct din conturile de capital și rezerve.

Subvențiile pentru active inclusiv subvențiile nemonetare la valoarea justă se recunosc în bilanț ca *venit amânat*. Acestea se înregistrează în contul de profit și pierderi pe măsura amortizării, cedării sau casării investiției.

Se mai includ în categoria subvențiilor pentru investiții pe lângă resursele sub forma de numerar și donațiile (contul 4753), plusurile de inventar de natura imobilizărilor corporale și necorporale (contul 4754), împrumuturile nerambursabile cu caracter de subvenții pentru investiții (contul 4752) și alte sume primite cu caracter de subvenții pentru investiții (cont 4758).

Asistența guvernamentală acordată entităților, poate avea ca scop stimularea sau sprijinirea pe termen lung a activităților din anumite regiuni sau sectoare. Un exemplu de asistență guvernamentală, îl constituie transferurile de resurse de la guvern către întreprinderi care:

- își desfășoară activitatea într-un anumit sector industrial;
- continuă să-ți desfășoare activitatea în sectoare recent privatizate;
- încep sau continuă activitatea în regiuni subdezvoltate.

O subvenție fie ca a fost primită în numerar, fie ca o reducere a unei datorii față de guvern nu afectează evidențierea ei în contabilitate.

Conform IAS 20 „Contabilitatea subvențiilor guvernamentale și prezentarea informațiilor legate de asistența guvernamentală”, aceste subvenții se recunosc drept venit pe perioadele corespunzătoare cheltuielilor aferente, pe care acestea urmează a le compensa. În acest sens se remarcă două abordări ale tratamentului contabil și anume:

a) Sub aspectul *capitalului*, o subvenție este creditată direct interesului

acționarilor deoarece nu implică nici o rambursare, evidențiindu-se ca atare în bilanț și nu în contul de profit și pierdere, reprezentând un stimulente acordat de guvern, fără costuri aferente.

b) Sub aspectul *rezultatului financiar* o subvenție este inclusă în venituri de-a lungul uneia sau mai multor perioade, întrucât reprezintă intrări de la o altă sursă decât acționarii trebuind astfel recunoscute ca venit în perioadele corespunzătoare și incluse în contul de profit și pierderi, ceea ce reprezintă o extindere a politicilor fiscale.

De asemenea, subvențiile legate de activele amortizabile sunt recunoscute, de regulă drept venit de-a lungul perioadei și în proporția în care amortizarea acelor active este trecută pe cheltuieli.

O subvenție guvernamentală poate îmbrăca forma transferului unui activ monetar, sau alte resurse pentru susținerea activității întreprinderii, ceea ce impune a se contabiliza atât subvenția cât și activul la valoarea justă.

Restituirea unei subvenții se efectuează fie prin reducerea veniturilor amânate dacă există, fie în lipsa acestora pe seama cheltuielilor. În măsura în care suma rambursată depășește venitul amânat sau dacă nu există un asemenea venit, surplusul respectiv valoarea integrală restituită se recunoaște imediat ca o cheltuială. Restituirea unei subvenții referitoare al un activ se înregistrează prin reducerea soldului venitului amânat cu suma rambursabilă.

Sunt considerate drept alternative acceptabile, două variante la întocmirea situațiilor financiare, cu privire la subvențiile pentru active și anume:

- *subvenția este considerată drept venit amânat*, recunoscut de-a lungul perioadei de viață utilă a activului;

- *subvențai este dedusă din valoarea activului pentru a se obține valoarea netă*, fiind recunoscută drept venit de-a lungul ciclului de viață al activului amortizabil, prin reducerea cheltuielilor cu amortizarea.

Dar indiferent de varianta adoptată *subvențiile pentru investiții reprezintă pentru entitate o resursă controlabilă generatoare de beneficii economice viitoare*.

Subvenția se concretizează de cele mai multe ori într-o investiție, ale cărei efecte asupra cheltuielilor entității se vor manifesta în viitor, pe măsura înregistrării amortizării.

Facem precizarea în acest sens că, *aceste cheltuieli nu corespund unui efort real al entității, deci nu ar trebui să influențeze rezultatul exercițiului în care se constată*. Se impune astfel, anularea efectului amortizării bunului finanțat prin investiții, asupra rezultatului perioadei contabile, prin înregistrarea într-un cont de venituri a unei părți din subvenția primită, proporțional cu amortizarea trecută pe cheltuieli. Același raționament trebuie adoptat și în situația cesiunii (vânzării) imobilizărilor primite, prin subvenții pentru partea din valoarea de intrare neamortizată. Restituirea subvenției aferente activelor se înregistrează prin reducerea soldului venitului amânat cu suma rambursabilă.

O categorie aparte o reprezintă subvențiile pentru evenimente extraordinare, acestea nefiind legate de activitatea normală, curentă a entității, dar se referă la compensațiile primite pentru cheltuieli sau pierderi din calamități naturale sau alte evenimente extraordinare. Subvențiile din această categorie se recunosc ca venituri ale perioadei, dar de natură extraordinară, în *credutul*

contului 771 „Venituri din subvenții pentru evenimente extraordinare și altele similare”.

Deoarece subvențiile generează, la un moment dat sau altul, venituri, ele nu pot scăpa de sub incidența fiscală. Din acest punct de vedere, se face referire la subvenții în mai multe articole ale Codului Fiscal. Astfel că, în art.24, lit.r) în legătură cu veniturile neimpozabile, se precizează că în această categorie se includ și „subvențiile primite pentru achiziționarea de bunuri, dacă subvențiile sunt acordate în conformitate cu legislația în vigoare”.

De asemenea, art.137, precizează că în baza de impozitare a taxei pe valoarea adăugată pentru livrările de bunuri și prestările de servicii se cuprind „inclusiv subvențiile direct legate de prețul acestor operațiuni”. În cazul finanțărilor în valută, diferențele de curs valutar nefavorabile ce pot rezulta în astfel de situații nu pot fi incluse în valoarea imobilizărilor.

În contabilitate, în legatura cu subvențiile pentru investiții primite sunt posibile următoarele operațiuni economice:

▶ Contabilizarea subvențiilor pentru investiții de primit în baza comunicării:

445 „Subvenții” = 4751 „Subvenții guvernamentale pentru investiții”

▶ În baza extrasului de cont și a comunicării organismului ce subvenționează, se contabilizează încorporarea subvenției, prin înregistrarea:

5121 „Conturi la bănci în lei” = 445 „Subvenții”

▶ Contabilizarea valorii brevetelor, licențelor, altor drepturi și valori similare primite cu titlu gratuit, se înregistrează:

205 „Concesiuni, brevete, licențe, = 4753 „Donații pentru investiții” mărci comerciale și alte drepturi și valori similare”

▶ Contabilizarea valorii terenurilor și a construcțiilor primite cu titlu gratuit:

% = 4753 „Donații pentru investiții”

2111 „Terenuri”

212 „Construcții”

▶ Contabilizat amortizarea imobilizărilor amortizabile procurate pe seama subvențiilor pentru investiții, prin înregistrarea:

6811 „Cheltuieli de exploatare privind = 281 „Amortizari privind amortizarea imobilizărilor” imobilizările corporale”

(2811 ÷ 2814)

▶ Preluarea la venituri a mărimii subvenției amortizabile sau neamortizabile (conform calculelor) prin înregistrarea:

475 „Subvenții pentru investiții” = 7584 „Venituri din subvenții pentru investiții”

▶ Contabilizarea sumelor primite sub forma de alocații pentru realizarea de active, la entitățile economice, și care nu au și fost folosite pentru realizarea efectivă a acestora, trebuie să majoreze partea din capitalul social convenit statului, conform înregistrării:

4751 „Subvenții guvernamentale pentru investiții” = 1012 „Capital subscris

Analitic: „Participarea statului” vărsat”

▶ Contabilizarea alocațiilor pentru activele regiilor autonome, care au și fost utilizate în acest scop, trebuie să majoreze participația statului prin înregistrarea:

4751 „Subvenții guvernamentale pentru investiții” = 1016 „Patrimoniul public”

Să presupunem că o entitate economică achiziționează un utilaj în valoare de 10.000 lei plus TVA 19% subvenționat de la bugetul de stat cu suma de 3.000 lei. Utilajul se amortizează liniar în 5 ani. După 3 ani de funcționare, utilajul este vândut la prețul de 8.000 lei plus TVA 19%. În convenția de subvenționare nu sunt prevăzute clauze de rambursare a subvenției, în situația în care bunul este păstrat pe toată perioada de viață utilă sau pe o anumită perioadă, motiv pentru care după vânzarea utilajului nu există obligația restituirii rambursării.

Înregistrările care trebuie efectuate în contabilitatea financiară sunt următoarele:

► Primirea facturii de la furnizor:

% = 404 "Furnizori de imobilizări" 11.900

2131 „Echipamente tehnologice” 10.000

4426 „TVA deductibilă” 1.900

► Înregistrarea subvenției de primit de la bugetul de stat:

4451 „Subvenții guvernamentale” = 4751 "Subvenții guvernamentale" 3.000

pentru investiții

► Încasarea subvenției în cont curent:

5121 "Conturi la bănci în lei" = 4451 „Subvenții guvernamentale” 3.000

► Plata furnizorului de investiții prin ordin de plată:

404 "Furnizori de imobilizări" = 5121 „Conturi la bănci în lei” 11.900

► Amortizarea utilajului în primul an de funcționare (identic și pentru anii 2 și 3)

Amortizarea anuală = $10.000 : 5 \text{ ani} = 2.000 \text{ lei/an}$, din care:

Amortizarea anuală subvenționată = $3.000 : 5 \text{ ani} = 600 \text{ lei/an}$

6811 "Cheltuieli de exploatare privind = 2813 "Amortizarea instalațiilor 2.000

amortizarea imobilizărilor" mijloacelor de transport,

animalelor și plantațiilor"

► Trecerea la venituri a subvenției aferente amortizării (identic și pentru anii 2 și 3):

4751 "Subvenții guvernamentale" = 7584 „Venituri din subvenții" 600

pentru investiții pentru investiții

► Vânzarea utilajului:

461 "Debitori diverși" = % 9.520

7583 „Venituri din vânzarea

activelor și alte operații de capital" 8.000

4427 „TVA colectată" 1.520

► Scoaterea din gestiune a utilajului

- valoarea de intrare a utilajului: 10.000 lei

- valoarea amortizată: $2 \times 2.000 = 4.000 \text{ lei}$

- valoarea neamortizată: $10.000 - 4.000 = 6.000 \text{ lei}$

% = 2131 „Echipamente tehnologice" 10.000

2813 "Amortizarea instalațiilor, 6.000

mijloacelor de transport,

animalelor și plantațiilor"

6583 "Cheltuieli privind activele cedate" 4.000

și alte operații de capital"

► Trecerea la venituri a subvenției neamortizate ($3.000 - 2 \times 600$) = 1.800 lei

4751 "Subvenții guvernamentale" = 7584 „Venituri din subvenții" 1.800

pentru investiții" pentru investiții"

Un al doilea exemplu pe care îl supunem atenției este cel în care o entitate economică primește 10.000 lei pentru cheltuieli cu plățile compensatorii pentru salariații disponibilizați.

Înregistrările în contabilitate sunt următoarele:

► Înregistrarea cheltuielilor cu sumele datorate salariaților disponibilizați:

6458 "Alte cheltuieli privind" = 462 „Creditori diverși" 10.000

asigurările și protecția socială"

► Se înregistrează achitarea sumelor salariaților disponibilizați

462 „Creditori diverși” = 5311”Casa în lei” 10.000

► Se înregistrează pe baza extrasului de cont, suma încasată sub formă de subvenție:

5121 „Conturi la bănci în lei” = 7415 „Venituri din subvenții de 10.000

exploatare pentru asigurări și

protecție socială”

Similar se înregistrează și sumele primite pentru materii prime și materiale, pentru acoperirea cheltuielilor de personal prin crearea de noi locuri de muncă și pentru alte cheltuieli de exploatare.

Concluzii

Din punct de vedere contabil, aspectele prezentate privind activitățile specifice de finanțare din subvenții ca urmare a derulării programelor de finanțare externă în România sunt soluționate conform filierei de înregistrări contabile efectuate care au la bază documentele justificative întocmite și clauzele contractuale stabilite între părți.

În cazul derulării programelor de finanțare externă în România în contabilitatea financiară operațiunile economice se înregistrează potrivit reglementărilor contabile aprobate prin OMFP nr.3055/2009 privind Reglementări contabile conforme cu Directivele europene. Toate entitățile economice care accesează astfel de fonduri nerambursabile trebuie să-și organizeze evidența financiar-contabilă separată de activitatea curentă pentru a răspunde cerințelor de informații de proiect solicitate de către finanțator conform contractelor de finanțare încheiate.

Referitor la subvenții dorim să facem următoarele precizări:

- recunoașterea veniturilor genrate de primirea subvențiilor în aceeași perioadă de gestiune (luna calendaristică) în care se recunosc cheltuielile de exploatare pe care aceste subvenții urmează să le acopere;
- în cazul în care încasarea subvenției se face într-o perioadă de gestiune anterioară recunoașterii veniturilor, aceasta se poate contabiliza ca venit înregistrat în avans sau venit amânat;
- în cazul în care încasarea subvenției este ulterioară apariției cheltuielii, respectiv venitul, pentru înregistrarea venitului se utilizează, în contrapartidă, contul de creanțe 445 „Subvenții”.

Proiectarea și managementul Fondurilor Structurale cu toate că vizează un domeniu nou pentru România trebuie să incite la cunoaștere și la o implicare permanentă a tuturor posibililor beneficiari, pentru că până la urmă este în interesul lor. Progresul fiecărei țări a Uniunii Europene depinde, nu doar de valoarea fondurilor propuse spre alocare din bugetul Uniunii Europene, ci mai ales de capacitatea proprie de a accesa aceste fonduri, dovedindu-se astfel ca este greu să obții bani, dar este mai greu să-i cheltuiești.

Prin lucrarea de față am prezentat doar câteva din căile de stimulare a activității IMM-urilor, având în vedere că acestea reprezintă coloana vertebrală a oricărei economii, idee susținută și de experții europeni. După cum reiese din articol, statul nu este și nu trebuie să fie singurul pentru bunul mers al activității unei entități. În condițiile actuale ale economiei, implicarea activă a fiecărui IMM în parte pentru obținerea de fonduri necesare evoluției ulterioare este absolut necesară. Pentru acest lucru trebuie să manifesti interes și exigență față de propria-ți afacere pentru că posibilități de finanțare există, chiar și în condiții de criză economică financiară.

Ceea ce ne privește pe noi, europenii, este propagarea crizei, fenomen cert și, explicabil prin interconectarea economică, care este la fel de vulnerabilă ca și în SUA, iar România va suferi cu certitudine nu numai din cauza crizei financiare, ci mai ales din cauza recesiunii globale generate de această criză deoarece „toți suntem conectați și nimeni nu are comanda” spunea Thomas Friedman.

Referințe bibliografice

Cărți

1. Achim, M., V., Analiză economico-financiară, Editura Risoprint, Cluj-Napoca, 2009
2. Borlea, N., S., Analiza economoc-financiară și auditul financiar al instituțiilor financiar bancare din România, Editura Risoprint, Cluj-Napoca, 2009
3. Breban, L., Situațiile financiare anuale ale entităților economice, Editura Alama Mater, Cluj-Napoca, 2008
4. Borlea, N., S., Breban, L., și Achim, M., Contabilitatea financiară conformă cu Directivele Europene de la teorie la practică, Editura Risoprint, Cluj-Napoca, 2009
5. Capron, M., Contabilitatea în perspectivă, Editura Humanitas, București, 1991
6. Dorel, M., și alții, Contabilitatea evenimentelor și tranzacțiilor, Editura Mirton, Timișoara, 2009
7. Dumitru, M., Atanasiu, P., și alții, Contabilitate financiară, Editura Casa Cărții de Știință, Cluj-Napoca, 2010, ediția a III-a
8. Malciu, L., Feleagă, N., Reformă după reformă: contabilitatea din România în fața unei noi provocări, vol.II., Editura Economică, București, 2005
9. Short G.D., Financial Accounting, 7th edition, Homewood, USA, 1993

Legislație

1. Legea contabilității nr.82/1991, republicată în M.O.nr.454 din 18.06.2008
2. Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare
3. OMFP nr. 3055 din 29.10.2009 pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene, publicat în M.O. nr.766 și 766/bis din 10.11.2008
4. IASB, Standardele Internaționale de Raportare Financiară 2009, Editura CECCAR, București, 2009

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE STATE AND THE BANKS DURING THE ACTUAL ECONOMIC CRISIS

Robert – Gabriel DINU*
Mihaela PAPA**

Abstract

Perhaps there are a lot of papers based on the actual economic crisis. Well, this scientific writing puts in front the relation between the state and the bankers. In the first part is described how the bond between these two elements a few centuries ago was. After that, it is presented a lot of relevant information that shows the true behind the economic crisis, and how the bankers wanted bigger profit and how they used a lot of asset-backed securities, derivatives instruments, mortgage backed securities and some financial engineering so that they could transfer the risk to someone else. Of course, the financial market started to panic when the real estate market begun to crack. In that period countries from all over the globe started their survey program for their banking system. The governments pumped large sums of money to the banking sector, especially for those “to-big-to-fail” banks.

Keywords: bank, economic crisis, financial engineering, toxic assets, derivatives

Introduction

No one believed that the financial system could collapse. There were enough safety devices. It was a safety net: The Central Bank, that could lend money to commercial banks, when needed, it also dropped the risk with the insurance of deposits and the protection of investors. The Central Bank is also the regulatory authority and supervision of banks. The financial system is like a plumbing for a country's economy. If it is working it is take of granted, but if it breaks becomes a disaster. As a household depends on the water flowing through pipes, a country's economy depends on the flows of funding made through financial intermediaries.

That is way the state grants great importance to the financial system. There is a close relationship between the state and the financial sector. This relation evolved different over the years. In this paper is presented this link mainly during the actual economic crisis.

Many of the analyses are correlated to the U.S.A. economy, because there was the core of the economic crisis. There is another reason that drove the attention to the American financial system, the big global financial companies are in the U.S. Certainly there are other papers that discuss the current economic crisis, therefore we wanted to look from another point of view the causes and effects of this crisis.

The state and banks relations

It was always a close link between the state and the banks. Just that in the 13 century this relation was a bit different. Then, the Italian banks where main funders, the problems begun to rise because of the wars, they had to be funded someway. External risk has long been the main risk that led to the collapse of banks as happened to the Italian bank Medici from Florence. When the external risk increased the banks began to raise the price of loans. For example, in the 15 century Charles VIII, of France, paid to the Italian banks an interest rate of 100 per cent, although they offered loans to the Italian merchants with an interest rate between 5 and 10 per cent.

* Assistant, Faculty of Economic Sciences, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: dinu.robert.gabriel@gmail.com)

** Assistant, Faculty of Economic Sciences, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: mihaela.papa@gmail.com)

Over the time these roles reversed, the state is funding the banks. This could be observed very clear due to the economic and financial crisis. Throughout the article are presented different government intervention to support banks. In the U.S., Britain and the euro area have spent over 14 trillion dollars to support banks will not enter into bankruptcy, this figure is almost one quarter of global GDP. These interventions have consisted of capital injection, dept insurance, deposit insurance and asset acquisition. The state became like a safety net for all the financial giants, main element of this role is to ensure liquidity, consisting of a last-minute loan. Deposit insurance was introduced first time in U.S. in 1934, and for the rest of the world this measure has been considered only in the 60s. These measures appeared because of all financial crises. The capital injection through the state's acquisition of banks' preferred stock is a recent phenomenon. After the Great Depression in 1932, in the U.S.A., was established the Reconstruction Finance Corporation, that have a main objective, to inject capital in the banking system. As regards The Great Britain, in times of crisis the state has not intervened to help the banking system, neither in 70s crisis nor in the low crisis of the 90s. If we make an analysis of these elements, and consider that the state provides deposits insurance, so deposit protection is considered a public good, the risk is borne by state. We refer to capital injections and the liquidity insurance, these things lead to the following conclusion, the gains on risk is private and the losses on risk is socialized. Socialized losses are damaging the society; taxpayers will pay higher taxes, which is a consequence of the crisis.

The items that were the basis of economic and financial crisis

We have to start from the main activity of a bank or credit institution, is should transfer the resources from the ones that want to save to the ones that want to invest, and a bank should transfer the risk from the ones that can't afford it to the ones that want and can take it. During the last years the financial sector suffered damages. The real problems started when the banks stopped lending to one another, because they didn't know how to value the assets and obligations, for a while the central bank was able to cover this gap.

In the year 2007 the England Central Bank posted an annual report about the shocks in the financial system. It was presented even a scheme with the stages of crisis. In the first stage were US sub-prime mortgage arrears, offered by the U.S. banks. The report also highlighted the unregulated U.S. market of derivatives, OTC (Over the Counter). Derivative is a security whose price is dependent upon or derived from one or more underlying assets. The underlying assets could be commodities, interest rates, stocks, bonds, currencies and market indexes. There were many types of derivatives which gave rise to the current economic crisis.



Fig. 1. Stages of economic crisis

First of all, the sub-prime mortgage loan is that loan that is below standard, which in the borrower is not eligible. There is a strong possibility that he might be at a time unable to repay the loan. These sub-prime loans tend to have a much higher interest rate than standard ones, because it involves greater risk than traditional loans. The number of such loans has increased dramatically, especially in the U.S. credit market. Along with these sub-prime loans, the U.S. housing market increased significantly between 2005 and 2006, it was of course an artificial bubble increase by loans. Those who borrowed from banks to purchase a house relied on the fact that housing prices will increase rapidly and so they could refund their loan faster. Of course banks have gone to the same faith and it began a race for marketing and selling as many mortgages as they could. Although, between 2006 and 2007 the prices of houses started to drop, the interest rates began to rise and because of that the borrowers couldn't so easily refund the existent loans.

In the U.S.A. there was a period when the construction of houses grew, but that was done with mortgage loans, the interest rate were low and in the market entered foreign funds with powerful resources. Real estate market in U. S. had a bubble-type growth. The banks consumers increased their debt, because all types of loans could easily be obtain. So banks can continue to provide loans, and these sub-prime loans will not affect their balance sheets, were invented several types of derivatives by financial engineering. These derivatives had the underlying assets such as a mortgage of a sub-prime loan, the borrower risk to default or various rights in receivables. Next we describe each type of these derivatives that led to the global economic crisis.

The big investment banks created Structured Investment Vehicle (or Special Purpose Vehicle) it is a limited company, the Structured Investment Vehicle are used for assets securitization. These companies took from banks' balance sheets different types of loans or receivables, with different type of risk, including sub-prime loans. All these assets were put together into a pool, and then separated into securities to be sold in the Over the Counter market. These types of companies were not regulated and their main aim was to draw outside the bank balance sheets these sub-standard loans, so that the banks could lend more.

Nowadays these derivatives are traded with the underlying loans or mortgages. These include:

- ABS (asset-backed security) – is a financial security backed by a loan, receivables or lease against assets other than real estate and mortgage-backed securities. The value and the income from the purchase of this title are derived from an aggregation of assets. This aggregation is usually made from small and liquid assets that couldn't be sold singly. With this kind of operation, to put all these assets into a pool, the risk is diversified, because each security is worth only a fraction of the entire pool of assets.

- MBS (mortgage-backed security) – is a financial security similar to ABS, but the underlying asset is a mortgage and it represents a claim on the cash flows from mortgage loans. Most of them were issued by companies of U.S. government specialized in securitization, like Fannie Mae (The Federal National Mortgage Association) or Freddie Mac (Federal Home Loan Mortgage Corporation). With these two companies, the banking market and the U.S. housing market are very flexible and very liquid. In U. S. the market of MBS is worth 8.9 billion dollars.

- CMO (collateralized mortgage obligation) – is another derivative, perhaps most importantly, it is like an MBS, but it has several advantages, that have attracted investors. This type of securities was first created in the year 1983 by the investment banks Salomon Brothers and First Boston. Legally, this derivative is independent from the entity that created, and who holds the underlying assets or mortgages. Those who invest in CMO, they buy bonds and they are receiving payments at a fixed period of time. The mortgages are called collateral and the bonds are called tranches.

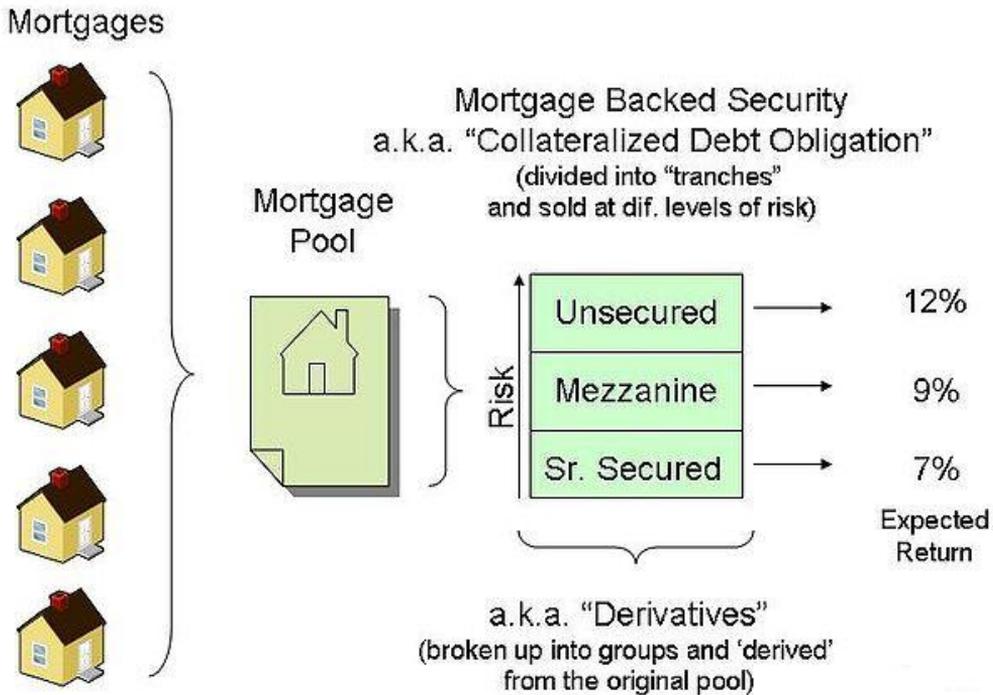


Fig. 2. The structure of CMO

As can be seen in Fig. 2, there are three types of investors. They are grouped according to degree of risk, of course, with higher risk comes greater profitability. In this way were encouraged investors to buy these securities, on the grounds that they can purchase only the lowest risk ones. And considering that the U.S. financial market participants that relied on that housing market will grow continuously, these derivatives with the underlying mortgages seemed safer and more profitable than ever.

But when the U.S. housing market cracked, all these derivatives with the underlying assets have become toxic, and then the liquidity crisis began. In September 2008, the fourth investment bank on Wall Street, Lehman Brothers, who invested big money in the housing market, it was standing on the edge of a precipice. On Friday, 12th September 2008, the secretary of the Treasury, Henry Paulson, gathered the CEOs of many important banks in the U.S.A. to find a survey plan for Lehman Brothers, but no U.S. government involvement. The next piece of domino was the Bank Merrill Lynch; at that time it was a bank who wanted to buy Merrill Lynch, Bank of America. 5.8 billion dollars was spent on the top managers bonuses of Merrill Lynch and with this purchase Bank of America became the largest banks in U.S. The same night the deal to save Merrill Lynch was signed; Lehman Brothers was preparing the documents for bankruptcy. Hereby, on the 15th September, with the collapse of one of the largest banks on the Wall Street, was the point of acceleration of economic and financial crisis.

It may be noted that the state was an important factor in relation to these toxic derivatives. Because: (1) the derivatives were sold on a market that was not regulated, (2) the banks were allowed to remove bad loans off their balance sheets, (3) two state institutions led to the production of these toxic instruments. The two state companies, Fannie Mae and Freddie Mac that were managing U.S. mortgages became a suspect in the market because they were poorly

capitalized. Thus, they could not support the U.S. housing market. Afterwards they received funding from U.S. Treasury to prevent their collapse. The problem of the two companies drew attention to other financial institutions in the system. On September 15th, 2008 AIG came into notice, which was on the verge of collapse because of losses related to structured credit exposure. AIG's rating dropped, and because its assets couldn't be transformed rapidly into liquidities the U.S. government announced a survey plan for AIG of 85 billion dollars, for a share of 79.9%.

The state is supporting the banking system

Below are the aid money given by some developed countries. Can see very clearly that with the deepening financial and economic crisis many countries have become nationalist and they protected local companies, especially banks. In the first table are shown the costs incurred by the U.K. for its banking sector.

Financial Institution	Current Tier 1 capital:	Institution's capital raising commitments (£ billions):				dividend effect	Total	New Tier 1 capital ratio following capital raising (per cent)
		ratio (per cent)	common shares	preference shares	other			
Barclays	9.1	3.6	3.0	1.5	2.0	10.1	>11.0	
HBOS	8.6	8.5	3.0	0.0	0.0	11.5	12.0	
HSBC	8.8	0.75	0.0	0.0	0.0	0.75	8.8	
Lloyds TSB	8.6	4.5	1.0	0.0	0.0	5.5	12.1	
Nationwide	9.7			0.5	-	0.5	10.3	
RBS	9.1	15.0	5.0	0.0	2.0	22.0	12.1-13.1	
Abbey/Alliance & Leicester	8 (aprox.)	1.0	0.0	0.0	0.0	1.0	1.25	
Total						51.35		

Tabel 1. Announced capital raising commitments from UK financial institutions

UK financial institutions have increased their capital by 50 billion pounds; 37 billion pounds of this amount came from the government. This is 74 % funding. After this capital increase, the government had a 60% stake in HSBOS and RBS. Overall, this aid is the largest government intervention, in the U.K., in the financial sector since The First World War.

U.S. government through emergency economic stabilization act of 2008, voted to support U.S. banks capitalization with the amount of \$ 700 billion. This way the government bought banks' toxic assets. The capitalization of banks was done with the purchase of preference shares, which had a coupon of 5 %, and if there aren't redeemed before maturity of five years, the coupon increases to 9%. Another step in the banks survey plan was done by Federal Deposit Insurance Corporation; it raised the guaranteed amount of deposits from 100.000 dollars to 250.000 dollars.

Other European countries have pumped significant amounts of money into the banking system. France has granted 41 billion euro for bank capitalization. Germany has offered to pay 130 billion euro for its banks, and also it will guarantee, for a price, the debts of the banks up to 400 billion euro.

In the following table is presented the financial aid of several countries to banks. This financial assistance is classified in several categories: debt guarantee, capital injection, purchase of assets and others.

Country	Guarantee of banks' wholesale liabilities (billions)	Capital injection (billions)	Purchase of assets (billions)	Other (billions)
United Kingdom	£250	£50		£350
United States	\$1.400	\$250	\$450	\$198
Austria	€85	€15		
Belgium	Pre-Oct. 2009 debt	€4.4	€2.5	
France		€41		€320
Germany	€400	€130		
Greece	€15	€5		
Ireland	Banks' wholesale debt			
Italy	Pre-Dec. 2009 debt	As needed		
Netherlands	€200	€46.8		
Portugal	€20			
Spain	€100		€50	
Norway				NOK 350
Sweden	SEK 1.500			
Switzerland		6 CHF	USD 60	
Canada	Banks' wholesale debt			
Denmark	Banks' wholesale debt			
Iceland	Nationalisation of Glitnir, Landsbanki and Kaupthing			
Australia	Banks' wholesale debt		8 \$A	
South Korea	\$100	1.000 KRW	KRW 10.000	
Total (£ billions)	£2.927	£395	£366	£785

Table 2. Selected government support packages

From the previous table we can see that United States had the highest expenditure on support packages for the banking sector, is understandable since from there the economic crisis begun. In the second place is Great Britain followed by Germany and Netherlands. We must not forget that these sums of money are public money paid by taxpayers.

Credit default SWAP (CDS)

Another derivative led to the global economic crisis that is CDS (Credit Default Swap). It is presented separately from other derivatives described previously because it has a different structure. The CDS is a derivative that is designed to transfer risk exposure to fixed income financial instruments (loans, bonds) between two parties. This type of derivative was launched by JP Morgan in 1997. The buyer of a credit swap receives credit protection, whereas the seller of the swap guarantees the credit worthiness of the product. By doing this, the risk of default is transferred from the holder of the fixed income security to the seller of the swap. For example, the buyer of a credit swap will be entitled to the par value of the bond by the seller of the swap, should the bond default in its coupon payments. CDS is like insurance because it offers the buyer protection against the risk to default, downgrade or other event negatively affecting the perception of the credit worthiness of the issuer (and thereby the price of bonds issued by it). The seller of the

contract assumes the credit risk in return for regular payments like an insurance premium (the spread) and is liable only if there is a negative event. How the CDS is not directly related to a particular asset or security, but it only refers to it, the buyer of CDS obtains protection, but also may obtain profit when the issuer does not fulfill its obligations. If there doesn't occurs any event affecting the issuer's credit quality, swap seller receives periodic payments from the buyer, and of course profit. These instruments were called by billionaire George Soros: "instruments of destruction" and they should be outlawed.

	January 2008 Report	October 2008 Report	February 2009 Report	June 2009 Report	December 2009 Report
United Kingdom	9	43	175	87	70
United States	8	28	94	45	32
France	10	31	85	38	24
Germany	7	22	78	34	23
Greece	22	87	285	155	182
Ireland	13	67	396	220	150
Spain	18	66	170	98	86
Japan	9	33	121	44	67
Dubai	n.a.	470	977	505	486

Table 3. CDS premiums by country

The CDS quotations are increasingly used in international markets in the calculation of interest on large loans, besides the role to protect creditors. The CDS measure the cost of insurance against default risk of debt, company or country.

These CDS premiums, presented in 3th Table are used to quantify country risk. If there is a high value of these derivatives, this implies a high risk of default on the country level. From the table above it can be seen that the climax of the crisis was around February 2009. For all the countries CDS' price rose to a peak in that period. The highest value was recorded on Dubai's CDS, 977 basis points. Because of the growth of these quotations that highlight the risk of default, interest rates on loans have increasingly begun to climb.

After this analysis there is a close link between the support packages sent to banks and country risk measured with the CDS. It is clearly that the support packages given by the state to the banking sector are meant to weaken the financial power of the country, given that funds are from the budget. Practically after those survey plans the countries are borrowing at a bigger interest rate.

The economy of Euro area is currently facing a very clear example of CDS toxicity, Greece has used these derivatives to hide its debt with the help of one of the largest banks on Wall Street, Goldman Sachs. This is another example of a country that is at the stake of the bankers. In January 2010, when financial problems had been encountered in Greece, Greek banks in who had CDS on Greece began selling them. This operation is essentially no loss. If Greece does not fall into bankruptcy, the sellers will make a profit; if Greece goes bankrupt Greek banks will collapse anyway. On February 15, 2010 CDS price on Greece reached 422 basis points, this means that 422,000 euro is required to provide guarantee for 10 million euro of debt for 5 years.

The CDS market has proved profitable for many American and European banks. For example, when American International Group (AIG) was about to go bankrupt in 2009, U.S. government has obtained billions of dollars of CDS on AIG. Other banks that gained profit from

AIG's CDS: Société Générale (11.9 billion dollars), Deutsche Bank (11.8 billion dollars), UBS (\$ 5 billion), BNP Paribas (4.9 billion dollars) and Goldman Sachs (12.9 billion dollars). It is possible that in the case of Greece bankruptcy for the CDS beneficiaries to be the same.

U.S. banks reported to the entire national economy

The classification by the size of assets, of the first seven banks in the U.S. banking system has changed during the period analyzed. This is shown in the following tables:

2005	Bank	billion \$	2006	Bank	billion \$
1	Citigroup	1.484	1	Citigroup	1,494
2	JP Morgan Chase & Co	1.157	2	Bank of America Corp	1,292
3	Bank of America Corp	1.110	3	JP Morgan Chase & Co	1,199
4	Wells Fargo & Co	427	5	Wachovia Corporation	521
5	Wachovia Corporation	492	4	Wells Fargo & Co	482
6	Metlife	357	6	HSBC North America Holdings	401
7	HSBC North America	340	7	Washington Mutual	344

Table 4. The ranking of the first seven banks in the U.S. by asset, between 2005 and 2006.

2007	Bank	billion \$	2008	Bank	billion \$
1	Citigroup	1.883	1	Citigroup (New York, N.Y.)	2,200
2	Bank of America Corp	1.460	2	Bank of America Corp. (Charlotte, N.C.)	1.743
3	JP Morgan Chase & Co	1.352	3	J. P. Morgan Chase & Company (Columbus, Ohio)	1.643
4	Wachovia Corporation	707	4	Wachovia Corp. (Charlotte, N.C.)	809
5	Wells Fargo & Co	482	5	Taunus Corp. (New York, N.Y.)	750
6	HSBC North America Holdings	478	6	Wells Fargo & Company (San Francisco, Calif.)	595
7	Washington Mutual	346	7	HSBC North America Inc. (Prospect Heights, Ill.)	493

Table 5. The ranking of the first seven banks in the U.S. by asset, between 2007 and 2008.

In the following table it can be seen, which we previously reported, that in the first place is Bank of America.

2009	Bank	billion \$
1	Bank of America Corporation	2.225
2	JP Morgan Chase & Co.	2.032
3	Citigroup Inc.	1.857
4	Wells Fargo & Company	1.244
5	Goldman Sachs Group, Inc., The	850
6	Morgan Stanley	771
7	Metlife, Inc.	539

Table 6. The ranking of the first seven banks in the U.S. by asset in 2009

Further developments are presented in U.S. GDP during 2005 - 2009 and the first 7 bank assets ratio. So you can see why the banking system oriented the ideology to a new one, "too big to fail".

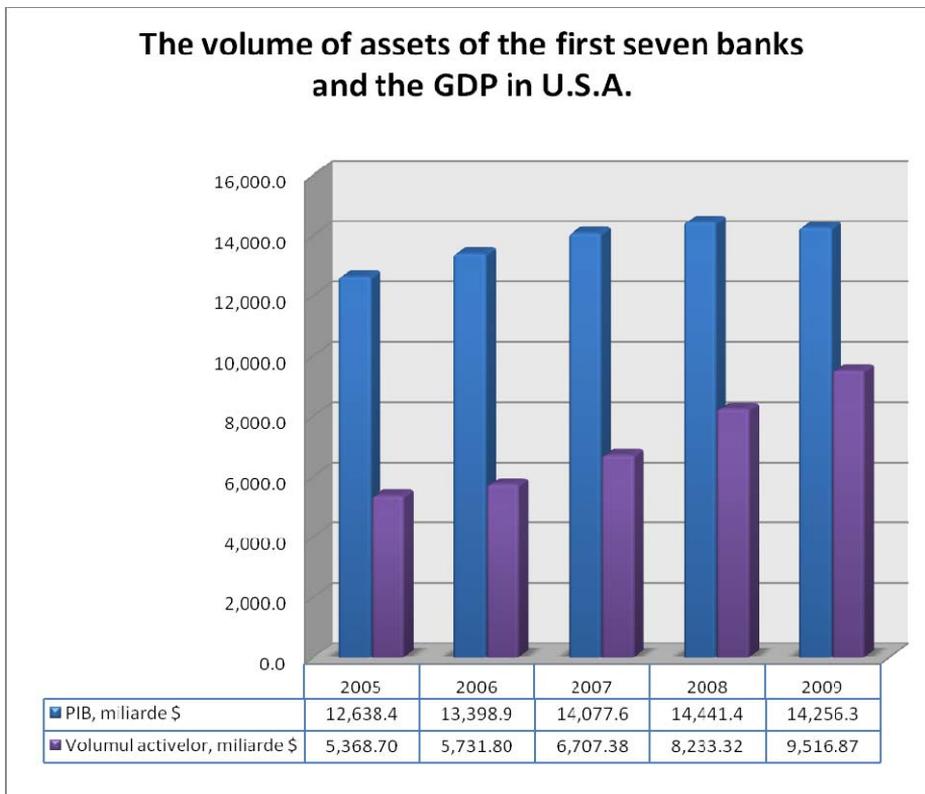


Fig. 3 U. S.A. GDP and the volume of assets of the first seven banks in the U.S. banking system

As the chart shows, the share of the banks' assets in the GDP was as follows: in 2005 there was a share of 42.48%, in 2006 it increased marginally to a level 42.78%, next year has been an increase to the level of 47.65%, by 57% in 2008 and finally in 2009 there was a value of 66.76%. It can be observed the size of these gigantic financial institutions compared with the economy of the most powerful country. As big these financial institution are getting also that big will be the systemic risk.

Conclusions

From the information presented it can be observed the development of the relationship between the state and of banking sector. Because of the race after bigger profits banks have not taken into account risks. The center of the actual crisis was the Wall Street. Great wealth created by the banking sector it has given bankers great political power. Of course U. S. is a unique country, it is the most advanced in the economic, technological and military field, but also it has the most advanced oligarchy. In recent years has increased the faith: "what is good for Wall Street is good for the country". Newly created derivatives weren't regulated. Financial markets where they sell these securities were not regulated themselves. Securitization of loans held by banks was not sufficiently controlled and supervised. As the crisis has deepened the governments, the American one in particular, began to pump money into banks. The countries used survey programs for the banking sector with taxpayers' money, and many more of these programs were in favor of

financial institutions. Many banks have stopped lending and, as economic growth was based on the loan, it started the global recession.

Economic and financial crisis has recalled a number of known truths from the past. The banking system can fail. They matter enormously to the economy and so the authorities cannot remain indifferent and allow the entire system failure. We cannot still have a regime in which profitability correlated with the risk in a credit institution is for shareholders and management and the cost correlated with risk to be borne by taxpayers. There should be better regulation of the financial sector. The banking sector played an important role in the development of modern economies. It can go as far as the big banks to be broken into small pieces, so it wouldn't be "too big to fail" banks anymore, it will be only "small enough to fail". So, if only a small part fails, this couldn't spread a critical systemic risk to other participants.

References

1. Alexandru Olteanu , Florin Manuel Olteanu , Leonardo Badea – „Management bancar: caracteristici, strategii, studii de caz”, Editura Dareco, 2003
2. Bank for International Settlements – The global financial crisis, <http://www.bis.org/>
3. Bank of England – Financial Stability Report, October 2007 | Issue No. 22
4. Bank of England – Financial Stability Report, October 2008 | Issue No. 24
5. Bank of England – Financial Stability Report, October 2009 | Issue No. 26
6. Bank of England – <http://www.bankofengland.co.uk/>
7. Board of Governors of the Federal Reserve System – <http://www.federalreserve.gov/>
8. Board of Governors of the Federal Reserve System – Monetary Policy Report to the Congress, February 24, 2010
9. Bursa de valori București – <http://www.bvb.ro>
10. Dumitru Tudorache – „ Monedă. Instituții de credit”, Editura Universitară , 2008
11. European Central Bank – Financial Stability Review <http://www.ecb.int/home/html/index.en.html>
12. National Information Center - <http://www.ffiec.gov/nicpubweb/nicweb/NicHome.aspx>
13. The Banker – Ranking Database, <http://www.thebanker-database.co.uk/default.asp>
14. Wall Street Pit – Global Market Insight, „Simon Johnson: Wall Street Banks Have Become More Powerful than Before the Crisis”, Apr 2, 2010, 1:20 AM, <http://wallstreetpit.com/22086-simon-johnson-wall-street-banks-have-become-more-powerful-than-before-the-crisis>

RELAȚIA DINTRE STAT ȘI BĂNCI ÎN TIMPUL ACTUALEI CRIZE ECONOMICE

Robert – Gabriel DINU*
Mihaela PAPA**

Abstract

Poate că există multe lucrări despre actuala criză economică. Ei bine, această lucrare științifică subliniază relația dintre stat și bancheri. În prima parte este descrisă cum era această legătură câteva secole în urmă. După aceea, sunt prezentate informații pertinente și relevante care indică adevărul aflat la baza crizei economice, cum au dorit bancherii profituri mari, cum au folosit titluri de valoare și instrumente derivate care au avut ca suport active, mai ales ipoteci, pentru a transfera riscul către o terță parte. Bineînțeles piața financiară a început să intre în panică atunci când piața imobiliară a cracat. În aceea perioadă state de pe întreg globul au demarat programe de supraviețuire a sistemului bancar. Guvernele au injectat mari sume de bani în sectorul bancar, mai ales pentru acele instituții de credit „prea mari pentru a intra în faliment”.

Cuvinte cheie: bancă, criză economică, inginerie financiară.

Introducere

Nimeni nu s-a gândit că sectorul financiar se poate prăbuși. Erau suficiente dispozitive de siguranță. Există o plasă de siguranță: Banca Centrală, care avea rolul de a refinanța, atunci când era nevoie, asigurarea depozitelor și protecția investitorilor, care aveau menirea să elimine riscul, autorități de reglementare și supraveghere a instituțiilor. Sectorul financiar este pentru economia unei țări cum este instalația sanitară pentru o casă. Dacă aceasta funcționează este luat ca atare, dar dacă se fisurează devine o catastrofă. Așa cum o gospodărie depinde de apa care curge prin țevi, o economie națională depinde de fluxurile de finanțare care se realizează cu ajutorul intermediarilor financiari.

De aceea statul acordă o importanță deosebită sectorului financiar. Și există o relație strânsă între stat și sectorul financiar. Care a evoluat diferit în decursul anilor. În lucrarea de față este prezentată aceasta legătură în perioada actualii crize economice.

Majoritatea analizelor sunt raportate la economia S.U.A., deoarece acolo a fost epicentrul crizei economice. Un alt factor pentru care am pus sistemul bancar american în primul plan este că în cadrul acestuia se regăsesc marile instituții financiare la nivel mondial. În mod sigur sunt și alte lucrări științifice care dezbate actuala criză economică, din această cauză am dorit să privim din alt punct de vedere cauzele și efectul acestei crize.

Relația sta-bancă

O legătură strânsă a fost din totdeauna între stat și bancă. Doar că în secolul 13 lucrurile erau un pic altfel, băncile italiene de atunci erau principalii finanțatorii, probleme au început să apară o dată cu războaiele care trebuiau finanțate cumva. De mult timp riscul extern a fost principalul risc care a dus la colapsul băncilor așa cum s-a întâmplat și cu banca italiană Medici din Florență. Pe măsură ce riscul extern a crescut băncile au început să scumpească finanțarea. De exemplu în secolul 15 Charles al VIII-a, al Franței a plătit o rată de dobândă de 100% băncilor din Italia, deși acestea acordau împrumuturi comercianților italieni cu o rată de dobândă între 5-10%.

O dată cu trecerea timpului aceste roluri s-au inversat, statul a trecut în rolul de finanțator al băncilor. Acest lucru se poate observa foarte clar datorită crizei economico-financiare. Pe parcursul articolului sunt prezentate intervențiile diferitelor guverne pentru susținerea băncilor. În S.U.A., Marea Britanie și zona euro s-au cheltuit peste 14 trilioane de dolari pentru a susține băncile să nu intre în

* Preparador univ., Universitatea “Nicolae Titulescu”, București (e-mail: dinu.robert.gabriel@gmail.com)

** Preparador univ., Universitatea “Nicolae Titulescu”, București (e-mail: mihaela.papa@gmail.com)

faliment, această sumă reprezintă aproape un sfert din Produsul Intern Brut global. Aceste intervenții au constatat în injecții de capital, garanția datoriilor, asigurarea depozitelor și achiziționarea activelor. Statul a devenit un fel de plasă de siguranță pentru marii giganți financiari, principalul element al acestui rol este asigurarea lichidității, constând într-un împrumut de ultim moment. Asigurarea depozitelor a fost introdusă prima dată în S.U.A. în 1934, la nivel mondial această măsură a fost luată în calcul abia în anii 60. Aceste măsuri au apărut datorită crizelor financiare. Injecția de capital prin achiziționarea acțiunilor preferențiale ale băncilor, de către stat este un fenomen mai recent. În S.U.A., după marea recesiune din 1932, s-a înființat Corporația pentru reconstrucție financiară, avea ca rol recapitalizarea băncilor americane prin injecții de capital cu ajutorul achiziționării acțiunilor preferențiale. În ceea ce privește Marea Britanie, în vremuri de criză statul nu a intervenit pentru a ajuta sistemul bancar, nici în criza din anii 1970 nici în cea mai redusă, din anii 1990. Dacă facem o analiză a acestor elemente, și mai luăm în considerare faptul că statul asigură depozitele, deci protecția depozitelor este considerat un bun public, riscul este suportat de către stat, la fel ne putem referi la injecțiile de capital (asigurarea capitalului) sau asigurarea lichidității pe piață, aceste lucruri duc la următoarea concluzie câștigurile privind riscul sunt private și pierderile privind riscul sunt socializate. Pierderile socializate sunt dăunătoare societății, contribuabilii vor plăti taxe mai mari, aceasta fiind o urmare a crizei.

Elementele care au stat la baza crizei economico-financiare

Trebuie să pornim de la activitatea principală a unei bănci sau instituții de credit, ea are menirea să transfere resursele de la cei care doresc să economisească la cei care doresc să investească, și ar trebui să transfere riscul de la cei care nu și-l pot permite la cei care vor și au capacitatea necesară să-l suporte.

În ultimii ani sectorul financiar la nivel global a suferit daune. Problemele grave au început să apară atunci când băncile au frânat împrumutul inter-bancar, deoarece nu mai știau cum să-și valorifice activele și promisiunile făcute, timp de o vreme banca centrală a reușit să acopere acest gol.

În anul 2007 Banca Centrală a Marii Britanii publica un raport anual despre șocurile din sectorul financiar-bancar. Se afla chiar și o schemă cu etapele crizei. Pe primul punct se aflau împrumuturile ipotecare sub-prime acordate de băncile din S.U.A. Se mai pune accent pe instrumentele derivate de pe piața de capital nereglementată americană, OTC (Over The Counter). Instrumentele financiare derivate sunt instrumente financiare a căror valoare are la bază prețul oferit de un activ suport. Activul suport poate fi o marfă, un instrument financiar, sau alte valori, indicatori care vizează instrumente financiare, evenimente sau statistici. Au fost mai multe tipuri de instrumente financiare derivate care au stat la baza crizei economice actuale.



Fig. 1. Etapele crizei economic – financiare

În primul rând, creditele ipotecare sub-prime sunt acele credite sub standard, adică solicitantul de credit respectiv nu este eligibil, există o mare posibilitate ca el să se afle la un moment dat în incapacitatea de a rambursa împrumutul. Aceste credite sub-prime au tendința de a avea o rată de dobândă mult mai mare decât cele standard, deoarece implică și un risc mai mare decât împrumuturile tradiționale. Numărul acestui tip de credite a crescut foarte mult, mai ales pe piața bancară din S.U.A. În paralel cu aceste credite sub-prime, piața imobiliară din S.U.A. a crescut semnificativ în perioada 2005 – 2006, bineînțeles că a fost o creștere artificială bazată pe împrumuturi. Cei care se împrumutau de la bănci pentru a-și achiziționa un imobil se bazau pe faptul că prețurile în domeniul imobiliar vor crește rapid și astfel prin operația de refinanțare își puteau finaliza împrumutul mai repede. Bineînțeles că și băncile au mers pe aceeași credință și astfel a fost o cursă pentru marketingul și vânzarea cât mai multor credite ipotecare. Totuși în perioada 2006-2007 prețurile caselor au început să scadă, ratele de dobândă au început să crească și astfel refinanțările creditelor deja existente nu se mai puteau realiza așa de ușor.

Pentru că anterior piața imobiliară din S.U.A. a avut o creștere de tip balon, datorită ratelor de dobândă mici și a intrării unor fonduri străine cu resurse financiare puternice, construcția de case, bazată pe credite, a crescut. Toate tipurile de împrumuturi se puteau obține cu ușurință, astfel consumatorii se îndatorau din ce în ce mai mult. Pentru ca băncile să poată acorda în continuare credite, și aceste credite sub-prime să nu le afecteze bilanțurile, prin inginerie financiară s-au inventat mai multe tipuri de instrumente derivate. Aceste instrumente derivate aveau ca activ suport garanția creditelor sub-prime, riscul debitorului de a intra în faliment sau diverse drepturi asupra unor creanțe. În continuare vom explica fiecare tip de aceste instrumente derivate care au dus la începutul crizei economice mondiale.

Marile bănci de investiții au creat societăți vehicule investiționale care s-au ocupat cu securitizarea activelor. Aceste societăți achiziționau de la bănci diferite tipuri de credite, cu mai multe niveluri calitative printre care și credite sub-prime. Agregau aceste credite și le securitizau în vederea vânzării lor pe piața bursieră nereglementată. Aceste tipuri de societăți care s-au ocupat cu securitizarea nu au fost nici ele la rândul lor reglementate și principalul scop era să scoată în afara bilanțului băncii respective aceste credite sub-standard. Bineînțeles că aceste hârtii de valoare aveau la baza garanția creditelor respective.

Și în acest moment se tranzacționează aceste instrumente derivate având ca activ suport credite sau ipoteci. Printre acestea se numără:

- ABS (asset-backed security) – este un titlu financiar care are ca suport un împrumut, o concesiune sau obligații de plată, exceptând instrumentele derivate având ca suport ipoteci. Valoarea și veniturile de pe urma achiziționării acestui titlu derivă dintr-o agregare de active. Aceasta agregare este formată de obicei din active mici și lichide care nu se pot vinde separat. Cu ajutorul acestei operațiuni de agregare este și riscul diversificat pentru că fiecare hârtie de valoare reprezintă doar o parte din întregul agregat de active.

- MBS (mortgage-backed security) – este un titlu financiar asemănător cu ABS, doar că activul suport este o ipotecă și reprezintă dreptul de a încasa plata derivată din creditele ipotecare respective. Majoritatea lor au fost emise de companii guvernamentale americane specializate în securitizare, Fannie Mae (The Federal National Mortgage Association) și Freddie Mac (Federal Home Loan Mortgage Corporation). Cu ajutorul acestor două companii piața bancară și piața imobiliară din S.U.A. sunt foarte flexibile și foarte lichide. În S.U.A. piața acestor instrumente derivate are o valoare de 8,9 miliarde de dolari.

- CMO (collateralized mortgage obligation) – este un alt instrument derivat, poate cel mai important, se aseamănă cu MBS, doar că are câteva atuuri, care au atras investitorii. Aceste instrumente derivate au apărut prima dată în anul 1983 și au fost create de banca Salomon Brothers. Din punct de vedere legal, acest instrument derivat este independent față de entitatea care l-a creat și care deține creditele ipotecare, activele suport. Cei care investesc în CMO, cumpără obligațiuni și primesc plăți la un termen prestabilit. Ipotecile se numesc colateral și obligațiunile se numesc tranșe.

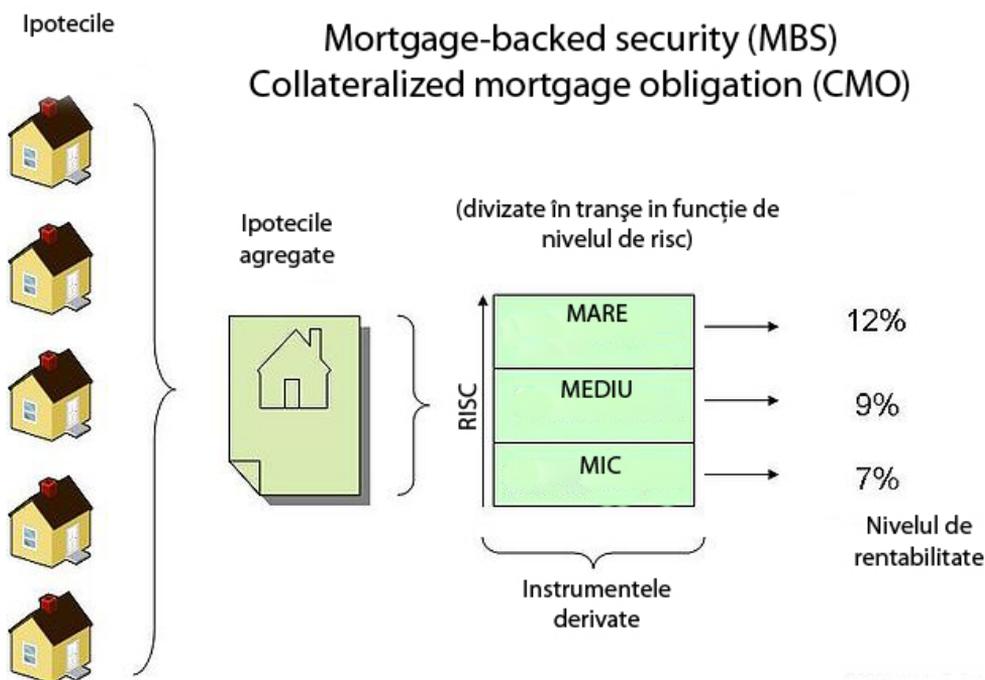


Fig. 2. Structura instrumentelor derivate de tipul CMO.

După cum se poate observa și în Fig. 2, există trei tipuri de investitori, în cadrul acestui instrument derivat. Aceștia sunt grupați în funcție de gradul de risc, bineînțeles, cu cât este mai mare riscul cu atât este mai mare rentabilitatea.

Astfel erau încurajați investitorii să cumpere aceste titluri de valoare, pe motivul ca pot achiziționa decât partea cu riscul cel mai mic. Și luând în considerare că toți actorii pieței financiare din S.U.A. se bazau pe faptul că piața imobiliară va crește încontinuu, aceste instrumente derivate având ca suport ipoteci păreau mai sigure și mai rentabile ca niciodată.

Dar în momentul în care piața imobiliară americană a intrat în scădere toate aceste instrumente derivate având ca suport active bancare bazate pe ipoteci au devenit toxice, în acel moment a început criza de lichidități.

În anul 2008, în septembrie a patra bancă de investiții de pe Wallstreet, Lehman Brothers, care investise major în piața imobiliară, era pe marginea prăpastiei. Secretarul Trezoreriei Americane, Henry Paulson, a convocat în data de vineri, 12 septembrie 2008, directorii generali ai mai multor bănci importante din S.U.A. pentru a găsi unui plan de salvare a băncii Lehman Brothers, dar fără implicarea guvernului american. Următoarea piesă de domino era banca Merrill Lynch, la momentul acela se găsisse un cumpărător, Bank of America, 5,8 miliarde de dolari s-au cheltuit pe compensațiile managerilor de la Merrill Lynch, și astfel Bank of America devine cea mai mare bancă din S.U.A.² În noaptea în care s-a încheiat contractul de salvare al băncii Merrill Lynch, cei de la Lehman Brothers pregăteau documentele pentru faliment. Și astfel pe data de 15 septembrie, o dată cu intrarea în faliment a uneia dintre cele mai mari bănci de pe Wallstreet, a fost punctul de accelerare al crizei economico-financiare.

²Federal Reserve System, National Information Center. <http://www.ffiec.gov/nicpubweb/nicweb/Top50orm.aspx>

Se poate observa că statul a fost un factor foarte important în ceea ce privește aceste instrumente derivate toxice. Pentru că: (1) piața pe care s-au vândut nu a fost reglementată, (2) băncilor li s-a dat voie să scoată în afara bilanțului creditele neperformante, (3) două instituții de stat au stat la fabricarea acestor instrumente toxice. Piața a devenit suspectă în cea ce privește cele două companii de stat care gestionau ipotecile în S.U.A., Fannie Mae și Freddie Mac, deoarece erau slab capitalizate. Astfel, nu puteau susține piața imobiliară americană. Ulterior, au primit finanțare de la Trezoreria S.U.A. pentru a se evita falimentul lor. Problema celor două companii a atras atenția asupra altor instituții financiare din sistem. Astfel, valoarea băncilor a scăzut și prețul CDS-urilor a crescut.

Pe data de 15 septembrie 2008 atenția se îndreaptă către AIG, care se afla pe punctul de a se prăbuși, datorită unor pierderi corelate cu expunerea structurată pe credit. Ratingul AIG a scăzut, nu se puteau transforma rapid activele deținute în lichidități, astfel guvernul american a anunțat un suport pentru AIG în valoare de 85 miliarde de dolari, pentru o participație de 79,9%.

Statul susține sectorul bancar

În continuare sunt prezentate ajutoarele bănești acordate de unele țări dezvoltate. Se poate observa foarte clar că o dată cu adâncirea crizei economico-financiare multe țări au devenit naționaliste și au protejat companiile locale, în special băncile. În primul tabel sunt evidențiate cheltuielile efectuate de Marea Britanie pentru propriul sector bancar.

Instituțiile financiare	Capital curent de nivel I	Angajamentele privind majorarea capitalului (miliarde lire sterline)					Noul Capital de nivel I, după majorare
		(procente)	acțiuni obișnuite	acțiuni preferențiale	alte	dividendul	
Barclays	9.1	3.6	3.0	1.5	2.0	10.1	>11.0
HBOS	8.6	8.5	3.0	0.0	0.0	11.5	12.0
HSBC	8.8	0.75	0.0	0.0	0.0	0.75	8.8
Lloyds TSB	8.6	4.5	1.0	0.0	0.0	5.5	12.1
Nationwide	9.7			0.5	-	0.5	10.3
RBS	9.1	15.0	5.0	0.0	2.0	22.0	12.1-13.1
Abbey/Alliance & Leicester	8 (aprox.)	1.0	0.0	0.0	0.0	1.0	1.25
Total						51.35	

³Tabel 1. Angajamentele privind majorarea capitalului băncilor din Marea Britanie 24 octombrie 2008

Instituțiile financiare din Marea Britanie și-au mărit capitalul cu 50 miliarde de lire sterline, din această sumă, o parte a venit de la guvern în valoare de 37 miliarde de lire sterline. Însemnând o finanțare în proporție de 74 %. După această majorare de capital, guvernul a avut o participație de 60% în cadrul HBOS și RBS. Per total acest ajutor reprezintă cea mai mare intervenție a guvernului englez în sectorul financiar de la Primul război mondial.

Guvernul american prin Actul de urgență de stabilizare economică din 2008, a votat susținerea capitalizării băncilor americane cu suma de 700 miliarde de dolari. Astfel se vor achiziționa activele toxice. Capitalizarea băncilor s-a făcut cu acțiuni preferențiale care au un cupon de 5% și dacă nu vor fi răscumpărate până la scadența de cinci ani, cuponul crește la 9%. Mai mult decât atât Corporația Federală de garantare a depozitelor a mărit nivelul de garantare de

³ Sursa Raportul privind stabilitatea financiară, Banca Centrală a Marii Britanii, 2008

la 100.000 de dolari până la 250.000 de dolari.

Și alte țări din Europa au injectat sume importante de bani în sistemul bancar. Franța a acordat 41 miliarde de euro pentru capitalizarea băncilor. Germania s-a oferit să acorde 130 miliarde de euro pentru propriile bănci, și în plus, contra-cost va garanta direct datoriile băncilor până la 400 miliarde de euro.

În tabelul următor se poate observa ajutoarele mai multor țări pentru salvarea băncilor. Aceste asistențe financiare sunt clasificate pe mai multe tipuri, garantarea datoriilor, injecții de capital, achiziționarea de active și altele.

Țara	Garantarea din partea statului a datoriilor băncilor (miliarde)	Injecții de capital (miliarde)	de	Achiziția activelor (miliarde)	Alte (miliarde)
Marea Britanie	250 £	50 £			350 £
S.U.A.	1.400 \$	250 \$		450 \$	198 \$
Austria	85 €	15 €			
Belgia	Datoriile înainte de oct. 2009	4.4 €		2.5 €	
Franța		41 €			320 €
Germania	400 €	130 €			
Grecia	15 €	5 €			
Irlanda	Toate datoriile băncilor				
Italia	Datoriile înainte de dec. 2009	Atât cât este nevoie			
Olanda	200 €	46.8 €			
Portugalia	20 €				
Spania	100 €			50 €	
Norvegia					350 NOK
Suedia	1.500 SEK				
Elveția		6 CHF		60 USD	
Canada	Toate datoriile băncilor				
Danemarca	Toate datoriile băncilor				
Islanda	Naționalizarea băncilor: Glitnir, Landsbanki și Kaupthing				
Australia	Toate datoriile băncilor			8 \$A	
Coreea de Sud	100 \$	1.000 KRW		10.000 KRW	
Total (miliarde lire sterline)	2.927 £	395 £		366 £	785 £

Tabel 2. Pachetele de sprijin guvernamental, la 24 octombrie 2008

Din tabel se poate observa că Statele Unite ale Americii au avut cele mai mari cheltuieli cu privire la pachetele de ajutoare către sectorul bancar, este și normal din moment ce din acea zonă s-a propagat criza economico-financiară mondială. Pe locul al doilea se află Marea Britanie urmată de Germania și Olanda. Nu trebuie să uităm ce aceste sume de bani prezentate sunt bani publici, plățiți de contribuabili.

Credit default SWAP (CDS)

Un alt instrument derivat a stat la baza crizei economice globale și anume CDS (Credit Default Swap). Este prezentat separat de celelalte instrumente derivate prezentate anterior deoarece are o structură diferită. Un credit default swap (CDS) este un instrument financiar derivat care are scopul de a transfera expunerea la riscul unor instrumente financiare cu venit fix (credite, obligațiuni) între două părți. Acest tip de instrument derivat a fost lansat de JP Morgan în anul 1997. Cumpărătorul unui CDS este protejat împotriva riscului de neplată al respectivului instrument cu venit fix (default risk) în timp ce vânzătorul CDS-ului garantează bonitatea titlului care face obiectul swap-ului. Astfel, riscul de neplată este transferat de la deținătorul titlului cu venit fix la vânzătorul swap-ului. În cazul în care, de exemplu, un investitor deține o obligațiune (presupunem ca aceasta va fi răscumpărată la valoarea nominală) și cumpără un CDS, el este cumpărător al swap-ului și va primi valoarea nominală a obligațiunii, dacă emitentul se află în situația de a nu putea plăti cupoanele aferente și intra în incapacitate de plată.

CDS este similar unei asigurări deoarece oferă cumpărătorului swap-ului protecție împotriva riscului de neplată, de downgrade sau orice alt eveniment negativ care afectează percepția asupra bonității emitentului (și implicit prețul obligațiunilor emise de acesta). Vânzătorul contractului își asumă riscul de credit în schimbul unei plăți periodice asemănătoare unei prime de asigurare (spread-ul) și este obligat să plătească numai dacă are loc un eveniment negativ. Cum CDS-ul nu este direct legat de un anume instrument, ci face numai referire la acesta, cumpărătorul de CDS poate obține protecție, dar și profit, atunci când emitentul nu își îndeplinește obligațiile. Stingerea obligației vânzătorului se face fie prin livrarea valorii cash a obligațiunilor, fie a obligațiunilor de același tip dacă în contract se prevede astfel. Dacă nu are loc niciun eveniment care să afecteze calitatea creditului emitentului, vânzătorul swap-ului primește plata periodică de la cumpărător și obține profit. Aceste instrumente au fost numite de miliardarul George Soros: „instrumente ale distrugerii”, cu mențiunea că ar trebui scoase în afara legii.

	January 2008 Report	October 2008 Report	February 2009 Report	June 2009 Report	December 2009 Report
United Kingdom	9	43	175	87	70
United States	8	28	94	45	32
France	10	31	85	38	24
Germany	7	22	78	34	23
Greece	22	87	285	155	182
Ireland	13	67	396	220	150
Spain	18	66	170	98	86
Japan	9	33	121	44	67
Dubai	n.a.	470	977	505	486

Tabel 3. Primele de CDS pe țară.

Pe lângă rolul de a proteja creditorii, cotațiile CDS-urilor sunt tot mai folosite pe piețele internaționale în modul de calcul al dobânzilor la împrumuturile mari. CDS-urile măsoară costul asigurării împotriva riscului de neplată al datoriei, fie că este vorba de o țară sau de o companie.

Aceste prime de CDS, prezentate în Tabelul 3, se folosesc la cuantificarea riscului de țară. Dacă există o valoare mare a acestor instrumente derivate acest lucru implică un risc ridicat de neplată la nivel de țară.

Din tabelul anterior se poate observa că punctul culminant al crizei a fost în jurul lunii februarie 2009. În cazul tuturor țărilor prezentate prețul CDS-urilor au crescut la un nivel maxim

în aceea perioadă. Se observa că cea mai mare valoare s-a înregistrat la CDS-uri pe Dubai, 977 puncte. Astfel din cauza creșterii cotațiilor acestor instrumente care evidențiază riscul de neplată, ratele de dobândă la împrumuturi au început sa urce tot mai mult.

După această analiza se observă o strânsă legătură între pachetele de ajutor de stat trimise către bănci și riscul de țară măsurat prin instrumente de tip CDS. Este și normal ca ajutoarele de stat acordate băncilor, fie ele de orice tip, să slăbească puterea financiară a statului respectiv, ținând cont că sunt fonduri de la buget. Practic prin lansarea ajutoarelor acordate băncilor statul se împrumută mai scump.

Economia din zona euro se confruntă în prezent cu un exemplu destul de clar cu privire la toxicitatea CDS-urilor, Grecia a folosit aceste instrumente derivate pentru a-și ascunde datoriile, cu ajutorul uneia dintre cele mai mari bănci de pe Wallstreet, Goldman Sachs. Încă un exemplu în care o țară a ajuns la mâna bancherilor. În luna ianuarie 2010, odată ce se aflase de problemele financiare întâmpinate de Grecia, băncile elene care dețineau CDS-uri pe Grecia au început să le vândă. În esență această operațiune este fără pierderi. Dacă Grecia nu intră în faliment, vânzătorii vor obține un profit, dacă Grecia intră în faliment băncile elene oricum se vor prăbuși. Pe data de 15 februarie 2010 prețul CDS-urilor pe Grecia a ajuns la 422 puncte de bază, acest lucru înseamnă că este nevoie de 422.000 de euro pentru a asigura 10 milioane de euro datorie pentru 5 ani.

Piața CDS-urilor s-a dovedit profitabilă pentru multe bănci americane și europene. De exemplu, atunci când American International Group (AIG) a fost pe punctul de a intra în faliment în 2009, guvernul american a obținut miliarde de dolari din CDS subscribe de AIG. Alte bănci care au profitat de pe urma CDS-urilor AIG: Société Générale (11.9 miliarde de dolari), Deutsche Bank (11.8 miliarde de dolari), UBS (5 miliarde de dolari), BNP Paribas (4.9 miliarde de dolari) și Goldman Sachs (12.9 miliarde de dolari).

Și în cazul falimentului Greciei este probabil să existe aceeași câștigători de pe urma CDS-urilor.

Băncile americane raportate la întreaga economie națională

Evoluția clasificării, după volumul activelor, primelor șapte bănci din sistemul american s-a schimbat pe parcursul perioadei analizate. Acest lucru este redat în tabelele următoare:

2005	Banca	mld. \$	2006	Banca	mld. \$
1	Citigroup	1.484	1	Citigroup	1,494
2	JP Morgan Chase & Co	1.157	2	Bank of America Corp	1,292
3	Bank of America Corp	1.110	3	JP Morgan Chase & Co	1,199
4	Wells Fargo & Co	427	5	Wachovia Corporation	521
5	Wachovia Corporation	492	4	Wells Fargo & Co	482
6	Metlife	357	6	HSBC North America Holdings	401
7	HSBC North America	340	7	Washington Mutual	344

Tabel 4. Top șapte bănci din S.U.A., după volumul activelor în anii 2005,2006

2007	Banca	mld. \$	2008	Banca	mld. \$
1	Citigroup	1.883	1	Citigroup (New York, N.Y.)	2.200
2	Bank of America Corp	1.460	2	Bank of America Corp. (Charlotte, N.C.)	1.743
3	JP Morgan Chase & Co	1.352	3	J. P. Morgan Chase & Company (Columbus, Ohio)	1.643
4	Wachovia Corporation	707	4	Wachovia Corp. (Charlotte, N.C.)	809

5	Wells Fargo & Co	482	5	Taunus Corp. (New York, N.Y.)	750
6	HSBC North America Holdings	478	6	Wells Fargo & Company (San Fransisco, Calif.)	595
7	Washington Mutual	346	7	HSBC North America Inc. (Prospect Heights, Ill.)	493

Tabel 5. Top șapte bănci din S.U.A., după volumul activelor în anii 2007,2008

În următorul tabel se poate observa, ceea ce am relatat anterior, că pe primul loc se află Bank of America.

2009	Banca	mld. \$
1	Bank of America Corporation	2.225
2	JP Morgan Chase & Co.	2.032
3	Citigroup Inc.	1.857
4	Wells Fargo & Company	1.244
5	Goldman Sachs Group, Inc., The	850
6	Morgan Stanley	771
7	Metlife, Inc.	539

Tabel 6. Top șapte bănci din S.U.A., după volumul activelor în anul 2009

În continuare se prezintă evoluția PIB-ului în S.U.A. în perioada 2005 – 2009 precum și ponderea activelor primelor 7 bănci. Astfel se poate observa de ce sistemul bancar s-a orientat spre ideologia „prea mare pentru a se prăbuși”.

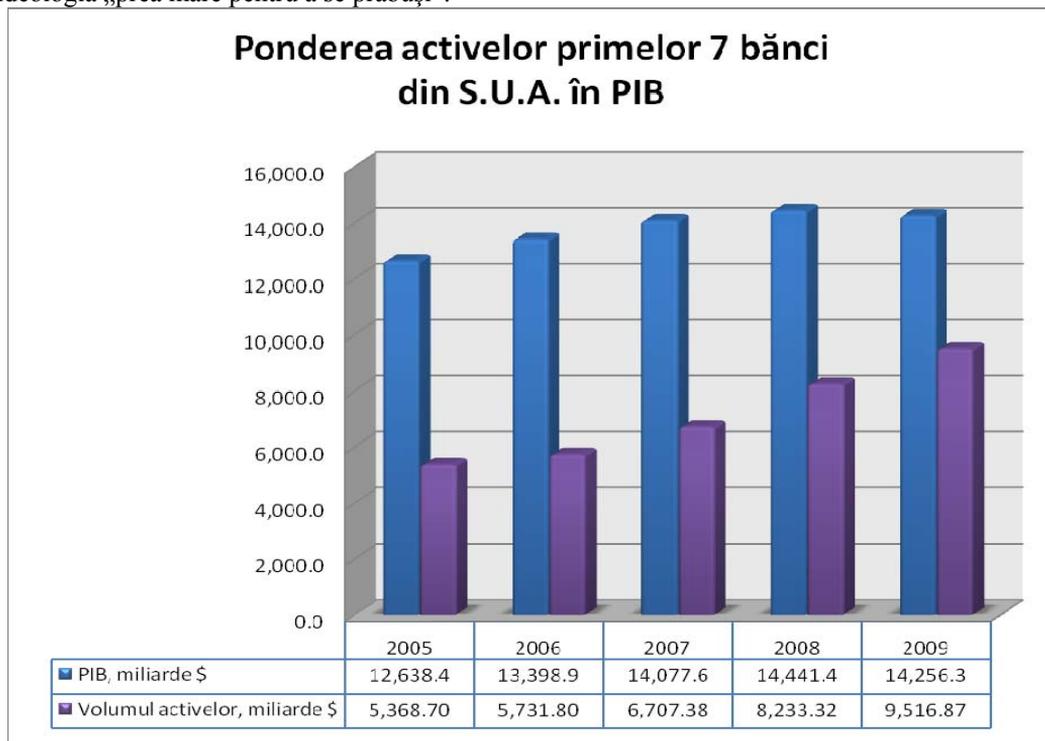


Fig. 3. PIB-ul S.U.A. și volumul activelor primelor șapte bănci din sistemul bancar american.

Se observă că în anul 2005 exista o pondere de 42,48 %, după care în anul 2006 aceasta a crescut nesemnificativ până la nivelul de 42,78 %, în anul următor a mai avut loc o creștere până la nivelul de 47,65 %, după care 57 % în 2008 și în final, în anul 2009 volumul activelor primelor șapte bănci, după active, din sistemul bancar american a ocupat o pondere de 66,76 % din produsul intern brut. Se poate observa mărirea acestor instituții de credit raportată la întreaga economie. Și cu cât aceste bănci se măresc cu atât prezintă un risc sistemic mai mare.

Concluzii

Din informațiile prezentate se observă evoluția relației dintre stat și sectorul bancar. Datorită cursei după profituri cât mai mari băncile nu au mai ținut cont de riscuri. Epicentrul crizei este Wall Street-ul. Marea bogăție creată de sectorul bancar le-a dat bancherilor putere politică. Bineînțeles că S.U.A. este o țară unică, este cea mai avansată în domeniul economic, tehnologic și militar, dar are și cea mai avansată oligarhie. În ultima perioadă s-a accentuat credința: „ce este bine pentru Wall Street, este bine și pentru țară”. Și astfel deoarece instrumentele derivate nou create nu au fost reglementate. Piețele financiare unde se vindeau aceste titluri nu erau nici ele reglementate la rândul lor. Securizarea creditelor deținute de bănci nu a fost îndeajuns controlată și supravegheată. Pe măsură ce criza s-a adâncit guvernele țărilor în special cel american, au început să pompeze bani în bănci. Statul a folosit planuri pentru a susține sectorul financiar cu sume din banii publici, și majoritatea planurilor de salvare erau concepute în favoarea instituțiilor de credit. Multe bănci au oprit creditarea și, cum creșterea economică a fost pe bază de împrumut, am avut parte de o recesiune la nivel global.

Criza economico-financiară a reamintit o serie de adevăruri știute din trecut. Băncile pot eșua. Acestea contează enorm pentru economie și astfel autoritățile nu pot rămâne indiferente și să permită eșecul întregului sistem. Nu putem avea în continuare un regim în care rentabilitatea corelată cu riscul într-o instituție de credit să ajungă la acționarii și management și costul riscului să fie suportat de contribuabili. Ar trebui să existe o mai bună reglementare și legislație a sectorului financiar. Sectorul bancar a jucat un rol important în dezvoltarea economiilor moderne. Se poate merge până acolo în care să se spargă marile bănci, care sunt prea mari pentru a se prăbuși, în părți mai mici. Astfel, dacă doar o parte se prăbușește nu implică un risc atât de mare pentru ceilalți participanți economici.

Referințe bibliografice

1. Alexandru Olteanu, Florin Manuel Olteanu, Leonardo Badea – „Management bancar: caracteristici, strategii, studii de caz”, Editura Dareco, 2003
2. Bank for International Settlements – The global financial crisis, <http://www.bis.org/>
3. Bank of England – Financial Stability Report, October 2007 | Issue No. 22
4. Bank of England – Financial Stability Report, October 2008 | Issue No. 24
5. Bank of England – Financial Stability Report, October 2009 | Issue No. 26
6. Bank of England – <http://www.bankofengland.co.uk/>
7. Board of Governors of the Federal Reserve System – <http://www.federalreserve.gov/>
8. Board of Governors of the Federal Reserve System – Monetary Policy Report to the Congress, February 24, 2010
9. Bursa de valori București – <http://www.bvb.ro>
10. Dumitru Tudorache – „Monedă. Instituții de credit”, Editura Universitară, 2008
11. European Central Bank – Financial Stability Review <http://www.ecb.int/home/html/index.en.html>
12. National Information Center - <http://www.ffiec.gov/nicpubweb/nicweb/NicHome.aspx>
13. The Banker – Ranking Database, <http://www.thebanker-database.co.uk/default.asp>
14. Wall Street Pit – Global Market Insight, „Simon Johnson: Wall Street Banks Have

Become More Powerful than Before the Crisis”, Apr 2, 2010, 1:20 AM,
<http://wallstreetpit.com/22086-simon-johnson-wall-street-banks-have-become-more-powerful-than-before-the-crisis>

CAPITAL PREFERENCES of SMEs DURING ECONOMIC CRISES: A CASE of SIVAS PROVINCE

SELAHATTIN KOÇ*
HALİL ÖZEKİCİOĞLU**

Abstract

It is a significant finding that; countries tending to perform SME-focused productions can endure economic crises much more. In many studies performed on SMEs; failing to provide financing in favorable conditions and thus, emerging of loan based capital structure were found to be among the main difficulties. In this study; data on capital preferences of SME type corporations in Sivas, that was acquired through questionnaires, which is among field research techniques, was analysed and interpreted with the SPSS method. It can be observed from the results that; corporations whose capital structures mainly consist of equity capitals have lower levels of loan use. Therefore, it is possible to say that; SME type corporations in Sivas cannot make use of tax advantages generated by loans, i.e., the financial leverage. In developing countries where economic crises are regarded as being conjunctural, establishing financing structure mainly with equity capitals has become an important element concerning endurance against economic crises.

Keywords: *SMEs, Economic Crises, Capital Preferences, Financial Leverage, Sivas*

1. Introduction

In all counties, either developed or emerging or even under-developed, the SMEs are the first among the important milestones. In emerging economies, like Turkey, the determination of capital choices of SMEs and the utilization of the SMEs the established financial structure opportunities are of important. This will enable the companies to more easily overcome extraordinary situations that may arise from the choice of the companies generally financing by equity.

The capital structure decisions are formed in parallel to the capital costs of the companies. The capital structure stands for the distribution of financial resources between the equity and foreign resources. There can be seen some changes in the financial structures of the corporations and their sizes from time to time (Kabakçı, 2008:168).

The long lasting discussions on the capital structure still continue today. Besides those, who suggest the relation between market value and capital cost in the formation of capital structure, some suggests that the changes in Borrowing/Equity ratio do not have any relation with the market value and capital costs. While “Net Income Approach” suggests that the companies may decrease their capital costs and increase their market values by changing their capital structure in the use of borrowing and equity as the indicators of capital structure; it is suggested due to “Net Activity Income” approach that the companies cannot decrease their average capital costs and increase their market value by changing their capital structure. In “Traditional Approach” it is accepted that there is a relation between the capital structure and the market values and capital costs of the companies and it is suggested that the companies have only one optimal capital structure (Akgüç, 1998: 485-489).

In the studies of Modiglianni and Miller (1958) created significant reactions, they suggest that the market value and average capital costs of the companies are independent from the capital structure in efficient markets, where there is no tax effect (Demirhan, 2007: 152; Kabakçı,

* Cumhuriyet University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Public Finance, 58140, Central Campus, Sivas, Turkey (e-mail: skoc@cumhuriyet.edu.tr.)

** Cumhuriyet University, Faculty of Communication, Department of Journalism, 58140, Central Campus, Sivas, Turkey (e-mail: hozekicioglu@cumhuriyet.edu.tr.)

2008:169).

For sure the capital structure decisions are vitally importance for all sectors. It is important for companies to decrease their costs and increase their market values in situations, where economical crisis are so common and profitability is decreased and the markets are shrunk. Since the policies of each company for capital structure are different and since they carry out business in different sectors, there are huge differences in their capital structures (Ata and Uğurlu, 2007:132). It is almost impossible to determine a capital structure component that will be valid in all markets. The reason of this is the differences in the sectors and the countries.

2. Capital structure and theoretical framework

Although the literal meaning of funding is understood as the supply of funds regardless of the resource, in this study funding decisions shall mean the choice between borrowing and equity. The most suitable choice between borrowing and equity can be presented as the formation of optimum capital structure (Gönenli, 1985:323).

The capital structure is closely related with the capital cost of a company. The capital structure is a combination of the long term sources used by the company. The main aim of capital decisions is to maximize the market value of the company by forming a suitable combination of long term fund resources. This combination called optimal capital structure minimizes the total capital costs of the companies. However, there are different opinions with regards to the existence of optimal capital structure. The point on which those opinions focused on whether the market value or capital cost of a company is really affected when the combination of the funds used are changed (Berk, 1998:293).

As in all companies, it is possible to classify the finance needs of SMEs as venture capital needed at the incorporation structure and the working capital needed in the continuance of their activities. There are two main sources that may be referred for the financing problems that commence at the incorporation stage and continue throughout their activities of the companies. First is meeting this need by the company's own resources, namely its equity and the second is financing through loans, namely borrowing, by applying to banking system or third parties or organizations outside the banking system (Aras, 2001: 60).

Recently there made many scientific studies on the capital structures of SMEs. In the general of these studies, the financial problems and capital structures of SMEs are examined. Examination of units, that have the ratio of 99% within the total companies in a country and trying to determine their problems and finding out their financial choices are very important. The financial choices of the companies are composed of two main items; first is borrowing (external resource) and the second is equity.

Financing with equity is generally obtained directly from the shareholders or by taking in new shareholders. Moreover it can be obtained through capital market. However, today even in countries, which have developed capital markets, it is not easy for SMEs to obtain financing by opening to public. The reason of this is that capital markets generally are effective in meeting the funding needs of large size enterprises. In such case the SMEs are required to form their equity through bank loans or loans obtained from third parties or organizations and their own means as a financing alternative (Aras, 2001:60).

3. Capital structure of SMEs

SMEs are intensively experience financing problems during their company activities. On the basis of these financing problems there lies the equity structure of SMEs. At the same time the approach of finance institutions to SMEs and general market conditions (inflation, foreign exchange, interest, etc) contribute to the problem.

The capital factor lies underneath many of the problems that Small and Medium Size Enterprises experience today (Bulmuş, Oktay and Törüner 1990:4). This continues in the very

same manner in today. The enterprises started with small capital continue with constantly growing problems.

The first matter that must be indicated in handling the problems of SMEs is that the inflation melts the equity. Although the extremely increasing input prices increase the costs, SMEs cannot reflect this to their prices and the already inadequate equity of SMEs is melted throughout the time. The inadequacy of equity, which is the common property of SMEs, is especially experienced in the periods of countercyclical fluctuation. The weakness in the capital structure of SMEs firstly reveals in the establishment of the enterprises and since it becomes continuous for many SMEs, it significantly affects the later activities of the enterprise. When this weakness is combined with the challenges in finding foreign resources, it hinders the provision of high technology and new investments (Tosyalı and Sarıkaya 1995: 22).

The entrepreneurs establish the enterprises with less equity and try to use such less equity in constant capital investment and working capital. They commence business without carrying out the necessary feasibility and thus without determining the amount of the capital to be needed. In addition to that SMEs are required to finance the forward sales with their equity as a result of the market conditions. This equity problem, arises in the incorporation stage, negatively affects the SMEs throughout their business lives (Oktay and Güney, 2002:4).

Especially in the periods of countercyclical fluctuation the resources of the SMEs extremely decrease. Cash shortage arises due to the challenges in collection, the equity is melted and they approach to expensive bank loans. As a result, small size industrialists bankrupt as they cannot regulate the turnover rate of existing investments. In that case, the very limited equity of SMEs brings in many problems (Bulmuş, Oktay and Törüner, 1990:27). This problem is deepened with the inadequate financing knowledge of the executives of SMEs and non-employment qualified personnel on this matter in addition to the capital problems.

Since most of the owners/managers of SMEs are technical persons, they have little knowledge in financing and accountancy. They have limited will and opportunity to provide such knowledge from experts (Özgen and Doğan, 1997:36).

When compared with large enterprises, it is known fact that the small industrial enterprises in Turkey are based on less capital but intensive labor and have a structure where the risk decreases when the enterprise gets smaller (Gökçesu, 1993:56). In spite of this; especially they suffer from financing problems intensively. It is an issue, which is very interesting and worth to be examined, that the SMEs that can easily adopt themselves to the surrounding conditions are those which suffer financing problems more.

One of the most challenging issues that enterprises are facing to is the obtaining of capital at the time of commencement of business and during the growth in the sector and the management of the same. The limited resources for MSMS companies and the inadequate information of MSMS companies about capital markets make the obtaining and management of the capital important. As Auken, (2001:240-258) has emphasizes, the companies need to know well their existing capital types in order to obtain the necessary funds in a successful manner. Formation of unsuitable capital structure and misunderstanding the characteristics of financial instruments or lack of knowledge on the supply of specific capital resources may cause the performance of the companies to be realized under optimum point and financial problems. Gibson (1992:221-232) stresses out that the financial insufficiency is an important barrier for SMEs affecting their ability to find the capital in a successful manner.

Since their venture capital is limited or insufficient, the small enterprises face both equity problems and foreign recourses problems as a result of the challenges in obtaining loans and loan costs. This negatively affects their enterprise activities and also creates difficulties in financing new projects (Bulmuş, Oktay and Törüner, 1990:23). Thus SMEs cannot grow or can grow so slow and generally they continue their activities in regional scope.

The irregular stocking policy in small and medium size enterprises causes loss of customers. Since the entrepreneurs of such enterprises do not understand the importance of correct stock control, they either assign their capital to excessive stocks or cause loss of stocks due to decomposition. Sometimes they are contented with a stock level that is insufficient when compared with market opportunities (ITO, 1993).

In Turkey, in the past periods for those enterprises, the equity use of which is less but foreign resource use is higher, it was very hard to meet their debts with high interest rates. The enterprises that have a bit relief due to the decrease in the interest rates as a result of the slow down of inflation had faced again financial difficulties due to the loan interest rates increased with a new monetary crisis. While the financial structure of the enterprises are deformed with the increasing loan interest rates in slowing down inflation, it is seen that their profitability rates shrunk more (ISO, 2001).

4. Factory affecting capital structure

In practice there are three factors affecting the financing of the companies. They can be listed as the tax advantages for borrowing financing, company risk and market deficiencies (market fragmentation, problems in portfolio diversification, conflicts of interest between the investors and the executives of the company and asymmetric information).

4.1. Tax Advantages Dependent on Borrowings

The companies have the possibility to pay less tax by deducting the interest for their borrowing from their tax bases. This is called as tax shield in the literature. The companies that are required to pay more tax tend towards to more borrowing in order to benefit from tax shield (Demirhan, 2007:156). Since, for the shareholders, this means increased operational risk but more profit, the shares of the companies become more valuable. As a result it is defended that financing with borrowings is more advantageous than financing with equity. Fama and Franch, in their studies in (1998: 818-843), concluded that borrowing does not constitute tax savings.

4.2. Company Risk

If there is a risk for the companies not being able to repay their borrowings, they will be in a position to benefit less from the financial leverage. The more volatility in the income of the companies; the more increase in financial problems.

In spite of tax advantages in financing with borrowing, excess borrowings may cause the company to be in default. In such case; the possibility of the company becoming bankrupted increases and consequently the issuance cost of debenture bonds and share certificates (or risk premium) increases. The capital costs of the companies that regulate their capital structures to keep their debenture bond and share risks at a certain level must be low. The companies that have high borrowing/equity rate may prefer financing with equity depending on the structure of the sector that they carry out their activities or on contrary if this rate is low they may choose financing with borrowings. Moreover, a company that benefits extensively from financial leverage may become bankrupt due to the decrease in the sales in short term, despite the chance of continuing their activities being higher in the long term. The risks attached to financing with borrowing for a company are well known by the creditors, shareholders and executives. As the financial leverage rate increases, the creditors may demand higher interest rates or abstain from giving loans. Again the creditors may put forward some limiting conditions such as limits on issuance of debenture bonds, deferral of investments and limitations on dividends (Güloğlu and Bekçioğlu, 2001:3).

Moreover high rates of borrowing increase the equity risk of the company. As a result, the shareholders determine the income rate that they request from the company by taking into account not only the operation risk but also the risks arising from the high rate of financial leverage. Thus while the financial leverage rate of the company increases, the equity costs also increases.

4.3. Profitability

In empiric studies carried out in order to measure the relation between profitability and capital structures of the companies, neither positive nor negative relation was actually found. In finance literature, although normally it is thought that the profitable companies tend to increase their use of borrowings in order to protect their income from corporate tax and to keep their profitability, it is seen in most of the empiric studies that there is a negative relation between borrowings and profitability. In some international studies positive relations have been found between the borrowing level and profitability (Demirhan, 2007:155).

4.4. Borrowing Costs

While the companies in countries or in the markets, where the borrowing costs are higher, prefer financing with equity; in cases where the borrowing cost is lower they mostly prefer financing with foreign resources. The capital preferences of the companies are not determined only by the specific conditions of the company; macro economic variables also affect the capital structures of the companies.

4.5. Liquidity of the Company

Since the companies with higher liquidity can easily convert their assets into money, they prefer funding by converting their assets into money when they need funding. The companies having problems in converting their assets into money will try funding either by borrowing or bringing in new shareholders. Starting from this point, it is possible to say that there is a negative relation between the borrowings and the liquidity of the companies.

4.6. Non-Borrowing Tax Shield

Non-borrowing tax shield means the instruments that the companies use in lieu of tax advantages. The companies, in order to pay less corporate tax, use pension funds, investment loans and investment incentives as non-borrowing tax shield. Therefore it is expected from the companies having higher non-borrowing tax shield to apply for lower borrowings (Demirhan, 2007:156).

4.7. Asset Structure of the Company

The figurative size of the items that forms the assets of the companies either increases or decreases the usage rate of borrowing. It is indicated that if the rate of current assets is higher and the rate of fixed assets is higher within the asset structure of the companies, their tendency to use external borrowings is lower. Again; although it is thought that the higher rate of stocks and receivables within the current assets increases the possibility to use borrowings, such thoughts have not supported by empiric studies yet.

4.8. Company Size

Due to equalization approach; since the bankruptcy possibility of larger company is lower and they have relatively lower bankruptcy cost, it is suggested that there is a positive relation between the company size and borrowing level. The asymmetric information problems decrease as it is easier to access the information regarding large companies and the chance of large companies in obtaining domestic borrowings increases. Although no clear conclusion is found theoretically between the company size and borrowing level, different results are achieved in empiric studies (Demirhan, 2007:155). In a study conducted in Turkey a positive relation between the company size and capital structures is determined (Korkmaz, Albayrak and Karataş, 2007:12).

4.9. Possibilities for Growing

When compared with the companies with more fixed assets, it is seen that the companies that have possibilities to grow have lower tendency for borrowing. The reason of this is that possibilities for growing cannot be submitted as guarantee (Chen, 2004:1347). The representation costs after the borrowing is higher for the companies having the potential to grow. The suggested approach is that there is a negative relation between the possibilities for growing and long term borrowings level. On the other hand, it is thought that the representation costs companies can be decreased by using short term borrowings instead of long term borrowings and thus there will be a

positive relation between the preference of the companies on short term borrowings and possibilities for growing and short term borrowing level (Acarvacı, 2004:36).

4.10. Representation Cost

It is indicated that the conflicts between the company owners and the executives have effect on the capital structure indicators. It is further indicated that the representation issues cause borrowing interest due to the conflicts of interest between the directing shareholder and external shareholder as well as between lenders (external shareholders) and directing shareholders. It is suggested that the change in the equity and borrowing cost cause the change of the capital structures of the companies (Korkmaz, Albayrak and Karataş, 2007:4-5).

5. LITERATURE REVIEW

There are many national and international studies about capital structure, one of the important issues regarding management with classical finance;

Brealy, Myers, Mracus (1999) emphasized that the choice of capital structure basically is a marketing problem. They suggested that the enterprise may constitute countless combinations with hundreds of different securities that an enterprise can issue and they try to find the main combination which maximizes the capital cost while struggling for multiplexing the total market value.

Gibson (1992) highlights that the financial insufficiencies are important barriers those affect the successful capital raising of the companies of SMEs nature.

Auken (2001) sets forth that the companies must know well their existing capital structures and capital types in order to obtain the necessary funds they need. He indicated that formation of inappropriate capital structure and misunderstanding of the character of financial instruments and lack of knowledge on the provision of existing capital resources may cause problems on the financial performances of the companies.

Booth et al. (2001), in their study, had selected samples from 10 countries of completely different financial structure. With the data they obtain on the capital structures of the companies, they concluded that even the companies are acting in different financial markets the factors that affect their capital structures are still the same.

Güloğlu and Bekçioğlu (2001), in their study, has measured whether the developments of manufacturer industry enterprises, acting before Istanbul Stock Exchange (IMKB), in the stock exchange has any affect on the borrowing/equity ratio. They determined that especially the small companies are affected from borrowing/equity ratio in long term.

Mayer and Susman (2004), in their study, determined that the companies form their capital structures in a manner consistent with Peckin-Order theory. They indicated that internal financing is vitally important in the finance of the investments and that the companies act in accordance with Trade-Off theory while constituting their long term capital structures and act in accordance with Peckin-Order theory while constituting their short term financing structure.

Demirhan (2007), in his study, aimed to determine the factors that are peculiar to the company and affects the capital structure of services companies listed before IMKB and concluded that the most important factors that affect the capital structure of service companies are profitability, company size, liquidity of the company and asset structure of the company.

Ata and Uğurlu (2007), in their study, examined the relation between the capital structure and profitability of real sector enterprises of Central Bank of Turkish Republic and determined that there is both negative and positive relation between the short and long term resource use of the companies and their equity profitability.

Korkmaz , Albayrak and Karataş (2007), in their study, tried to determine the most important factors affecting the capital structure of SMEs for forming the capital structure policy. In their study, the relation between the capital structure and company size, profitability, operation risk, non-borrowing tax shield and tax effect, the factors affecting the capital structures of SMEs listed before IMKB in manufacturing sector were examined with appropriate regression method and they

applied stepwise regression method depending on the multiple linear connection between the variables. As a result of the research, it is seen that the most important factors affecting the capital structures of SMEs are respectively profitability, operation risk and non-borrowing tax shield.

6. SURVEY STUDY ON THE CAPITAL STRUCTURES OF SMEs IN SIVAS

6.1. Aim of the Research

It is known that the capital structures have effects on the capital cost and profitability not only for SMEs but also for large enterprises. The distribution between borrowing/equity in the capital structure affects the risk structure of the enterprises. On the other hand, it is important that the enterprises managed by traditional logic are aware or are how much aware of the advantages that the borrowings will provide to the enterprise during the period when they do not have a habit of using borrowings. Namely, how much the financial leverage effect is perceived by SMEs. Starting from there, the aim of this study to determine how many of the above mentioned factors, affecting the capital structure, are realized by SMEs carrying out activities in Sivas.

6.2. Method

For the determinations with regards to the capital structures of the SMEs in Sivas, the pilot region was selected as the enterprises at organized industrial region and 70 enterprises, not in organized industrial region, were randomly picked up regardless of the sector and 47 of those had replied the questions. Since the reply ratio of 47/70: 0,67; it was decided that the picked up samples represented the main body in Sivas. The results of the survey has been evaluated and interpreted both in SPSS media and in-group with random tables and the survey questions that were thought to have an interaction were evaluated and interpreted by cross tests.

6.3. Data and Empirical Results

In this study the data set was the results of the survey applied to 47 enterprises in Sivas. A total of 40 questions were asked and some survey replies, which were not found sufficient in terms of providing a meaning, were not used.

As understood from Table 1, while 5 of the 47 SMEs in Sivas are owned by one person and 42 of the same are formed as partnership. As the partnership distribution is 89,4%, it shows that the SMEs in Sivas are mostly incorporated as partnerships. The percentage distribution of one person owned enterprises is only 10,6%.

Table 1: Enterprise Ownership

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
One person	5	10,6	10,6	10,6
Partnership	42	89,4	89,4	100,0
Total	47	100,0	100,0	100,0

In Table 2; when the number of the partners of enterprises in Sivas is considered, it is seen that it is mostly between 1-5. Such high ratio as 78,7% suggests that most of the enterprises here are family partnerships. This result is formed by the fact that the number of partners in some enterprises with joint stock company status is between 1- 5.

Table 2: Partnership Number

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
1-5	37	78,7	86,0	86,0
6-10	6	12,8	14,0	100,0
Total	43	91,5	100,0	-
N/A	4	8,5	-	-
Total	47	100,0	-	-

In Table 3; when the legal structures of the SMEs in Sivas are evaluated, it is seen that 57,4% of them are incorporated as limited company. Joint stock companies come as the second with a percentage of 34% ; which means that in this city the enterprises are mostly incorporated as capital companies. This ratio is 91,4%. The remainder is 8,6% and as seen from the table they are incorporated as legal person entities. As of 2002; 80,6% of the total enterprises in Turkey is individually owned and, 13,6% limited company, 2% joint stock company and 1,7% ordinary partnerships. When it is compared with the average in Turkey, it is seen that the number of both limited and joint stock companies are higher and the number of individually owned enterprises are lower.

Table 3: Legal Structures of Enterprises

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
Common partnership	1	2,1	2,2	2,2
General Partnership	2	4,3	4,3	6,5
Limited Company	27	57,4	58,7	65,2
Joint Stock Company	16	34	34,8	100,0
Total	46	97,9	100,0	-
N/A	1	2,1	-	-
Total	47	100,0	-	-

When the number of the personnel, working at the enterprises subject to survey, is evaluated, it is seen that most of the enterprises employs 11 to 50 personnel with a percentage of 72,3%. In the second are the enterprises with more than 250 personnel with a ratio of 10,6%. It is evident that the enterprises subject to the surveys is contributing to the employment of the city. This ratio is higher than the average ratio for Turkey. The average of personnel number for Turkey for SMEs is 2-3, while in Sivas this figure is 32,78, when the average of the initial brackets in Sivas are taken into account; and it is significantly higher than the average in Turkey.

Table 4: Number of Employees

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
1-10	2	4,3	4,3	4,3
11-50	34	72,3	72,3	76,6
51-150	2	4,3	4,3	80,9
151-250	4	8,5	8,5	89,4
250+	5	10,6	10,6	100,0
Total	47	100,0	100,0	100,0

In this question, where it is tried to determine the number of years that SMEs in Sivas are in business, the percentage of the enterprises carrying out business for 1-6 years of activity is 42,6% and the number of the enterprises carrying out business for more than 20 years is 4 with a percentage of 8,5%. The result derived from this is that most of the SMEs in Sivas were incorporated within the recent years. Namely; from Table 5 it is seen that the number of young enterprises is higher. It must be emphasized that in the coming years their possibility of being an added value to Sivas economy is high. Since it is evident that they will have more income as the enterprises gets mature.

Table 5: Number of Years in Business

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
1-6	20	42,6	42,6	42,6
6-10	10	21,3	21,3	63,8
11-20	13	27,7	27,7	91,5
21+	4	8,5	8,5	100,0
Total	47	100,0	100,0	100,0

As understood from Table 6; 85,1% of the enterprises in Sivas believe that accountancy department is a must for their enterprises. When the SMEs in Turkey are considered; this is outsourced to accountancy offices outside the enterprise especially for keeping accountancy records. Namely, it is tried to save from personnel costs. In fact; the long term contribution of such department to the enterprise is not considered. The reason of this is that today the duty of accountancy-finance department is only to keep records or to get use of the idle funds of the enterprise not fund raising. Most of the enterprises in Sivas, with a percentage of 85,1%, show that they are aware of this important need.

Table 6 : Existence of Accountancy-Finance Departments

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
Yes	40	85,1	85,1	85,1
No	7	14,9	14,9	100,0
Total	47	100,0	100,0	100,0

In this question, where it is tried to determine whether the enterprises in Sivas is benefiting from professional manager support, it is seen that 29,8% employs professional managers and 70,2% is managed by the enterprise owner. It is seen that they keep the traditional structure in this sense. Since the SME managers in Turkey are generally the owners of the enterprise and they have the fear of losing the enterprise when they assign the management to another person.

Table 7: Who Manages The Enterprise?

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
Enterprise Owner	33	70,2	70,2	70,2
Professional Manager	14	29,8	29,8	100,0
Total	47	100,0	100,0	100,0

In this question, where it is tried to have information on the sales of the enterprises and thus their liquidity, the cash sales come first with a percentage of 17%. Secondly comes the 30% cash 70% on credit with a percentage of 14,9%. When definitely the on credit sales are taken into account, it shows that most of the enterprises sell on credit with a percentage of 83%. The higher rate of sales on credit may cause the decrease of the liquidity of the enterprises. Today, since the sales on credit are used as sales raising policy, the enterprises are required to apply this policy. It is seen from Table 8 that 83% of the enterprises in Sivas applies this policy.

Table 8: Sales

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
All in cash	8	17,0	17,8	17,8
50% in cash 50 % on credit	6	12,8	13,3	31,1
20% in cash 80 % on credit	4	8,5	8,9	40,0
30% in cash 70 % on credit	7	14,9	15,6	55,6
40% in cash 60 % on credit	2	4,3	4,4	60,0
60% in cash 40 % on credit	2	4,3	4,4	64,4
70% in cash 30 % on credit	5	10,6	11,1	75,6
80% in cash 20 % on credit	4	8,5	8,9	84,4
90% in cash 10 % on credit	3	6,4	6,7	91,1
All on credit	4	8,5	8,9	100,0
Total	45	95,7	100,0	100,0
Not answered	2	4,3	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

When it is evaluated whether the enterprises in Sivas benefit from foreign resources, due to the replies to survey questions 83% of the enterprises replied as not using foreign resources while 17% uses. It is seen from Table 9 that only 83% of the enterprises in Sivas carry out their activities with their equity. It is thought that the repliers of the survey perceive the foreign resources as US dollars and Euro.

Table 9: Use Of Foreign Resources

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
Yes	8	17,0	17,0	17,0
No	39	83,0	83,0	83,0
Total	47	100,0	100,0	100,0

In this question, directed to find out the reasons of not using foreign resources, as seen from Table 10; 55,3% of the enterprises states that they do not use foreign resources since their equity is sufficient. 14,9% find the foreign resource cost higher and 6,4% finds the due dates of foreign resources not suitable and they are not able to provide mortgage.

Table 10: The Reason for Using Foreign Resources

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
Sufficient Equity	26	55,3	66,7	66,7
High Cost	7	14,9	17,9	84,6

Problems in supply	2	4,3	5,1	89,7
Not showing mortgage	1	2,1	2,6	92,3
Unsuitability of due dates	3	6,4	7,7	100,0
Total	39	83,0	100,0	-
N/A	8	17,0	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

In Table 11, where it is tried to determine the places applied for foreign resources, if any, and asked dependant on the previous survey questions, it shows that the replies to the survey study are consistent since the percentage of N/A is 85,1%, which is close to the percentage 83% of the reply in the previous question regarding use of foreign resources. There is a deviation about 2,1%. It is seen from the table that 8,5% of those using foreign resources from public banks, 4,3% from private banks and 2,1% from other financial institutions. When the data of Table 10, where it is previously determined that 17% uses foreign resources, is evaluated, it is seen that as they do not actually match with the foreign resource use in this question. The result is about 15% and the deviation is 2%.

Table 11: Where The Foreign Resource Is Provided

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
From Private Banks	2	4,3	28,6	28,6
From public Banks	4	8,5	57,1	85,7
Other financial institutions	1	2,1	14,3	100,0
Total	7	14,9	100,0	-
N/A	40	85,1	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

Since the determination of the preferred foreign resources is asked as a follow-up of the question in Table 9, the reason of the higher percentage of N/A as 85,1% is that this question cannot be replied as no foreign resources are used. In any event, it shows that the results are consistent with each other as the ratio of not using foreign resources is 85%. As understood from Table 12; 12,8% of those using borrowings prefers long term borrowings. None of them prefers short term borrowings, while only one enterprise prefers middle term borrowings.

Table 12: Preferred Foreign Resource

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
Middle term borrowing	1	2,1	14,3	14,3
Long term borrowing	6	12,8	85,7	100,0
Total	7	14,9	100,0	-
N/A	40	85,1	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

The capital increase of the enterprises and their choice for the resource of that increase affect their capital structures. Within this context, in Table 13, which contains the replies of the enterprises in Sivas for that question, it is seen that the most preferred capital increase resource is outside borrowings with a percentage of 55,3% while the other method in capital increase is bringing in new partners with a percentage of 21,3%. Only one enterprise states that both outside borrowing and bringing in new partners can be used for capital increase.

Table 13: Preferred Method in Capital Increase

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
I bring in new shareholder/s	10	21,3	27,0	27,0
I borrow from outside	26	55,3	70,3	97,3
I both bring in a new shareholder and also borrow	1	2,1	2,7	100,0
Total	37	78,7	100,0	-
N/A	10	21,3	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

When the enterprises borrow money from outside; their capital structures change. On the other hand, the first of the factors, affecting the capital structures of the enterprises, is the financial leverage effect. In this question in Table 14, directed to find out the method to be preferred in outside borrowings, the percentage of the enterprises that both apply for outside borrowings in order to benefit from financial leverage effect and also not to share the management with others is 36,2%. 13 of the enterprises 27% do not reply this question.

Table 14: Reasons for Outside Borrowing

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
To benefit from financial leverage	17	36,2	50,0	50,0
Not to share the management with others	17	36,2	50,0	100,0
Total	34	72,3	100,0	-
N/A	13	27,7	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

As indicated in the above paragraph; the financial leverage concept is important for capital structure. In Table 15, where it is tried to determine the awareness of the enterprises on this concept, 46,8% of the enterprises states that they are aware of financial leverage effect while the percentage of those that have no information or few information is 40,4%. 8,5% of the enterprises in Sivas states that they are fully informed of financial leverage effect. When the replies are evaluated; it is important to know the average in Turkey in order to interpret whether the financial leverage effect is sufficiently known or not known by the enterprises.

Table 15: Knowledge on Financial Leverage Effect on Enterprises

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
I know well	4	8,5	8,9	8,9
I know	22	46,8	48,9	57,8
I know a few	12	25,5	26,7	84,4
I have no idea	7	14,9	15,6	100,0
Total	45	95,7	100,0	-
N/A	2	4,3	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

The relation between borrowings and equity are the main factors affecting the capital structures of the enterprises. When it is hard for the enterprises to borrow, they will try to obtain the necessary funds mostly by equity or undistributed dividend. Not being able to obtain foreign resources necessarily forms the capital structures of the enterprises. When Table 16 is examined; it is seen that the percentage of those that have no hardship in obtaining borrowings is 57,4%. Namely; more than half of the enterprises have no hardship in obtaining borrowings, while 38,3% have.

Table 16: Problems in Obtaining Borrowings

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
Yes	18	38,3	40,0	40,0
No	27	57,4	60,0	100,0
Total	45	95,7	100,0	-
N/A	2	4,3	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

In this question, where it is tried to determine the points on which the SMEs in Sivas have hardship in obtaining borrowings, when they want to do so; as shown Table 17, the enterprises, with a percentage of 27,6%, using borrowings have hardship mostly due to high interest rates. Since the percentage of the enterprises in Sivas, not using borrowings, is more than 50%, in this table the percentage of 59,6% not replying this question verifies the results of the previous table. The second hardship in obtaining borrowings is not being able to provide mortgage. When we proportion those using borrowings, in the first row comes the high interest rates with a percentage of 21,1% and in the second row comes the inability to submit mortgage. It is seen from Table 17 that the last row is occupied by bureaucratic barriers in using borrowings with a percentage of 10,5%.

Table 17: Reason of Problems in Borrowings

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
Bureaucratic barriers	2	4,3	10,5	10,5
In submitting mortgage	4	8,5	21,1	31,6
High interest rates	13	27,6	58,4	91,0
Total	19	40,4	100,0	-
N/A	28	59,6	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

It is known that in Turkey most of the SMEs prepare their financial statements due to legal requirements. Such enterprises mostly borrow from banks. The banks, while lending money or facilitating loans, want to run a due diligence on the financial statements of the enterprises. Where banks do not rely on the financial statements, the requests of the enterprises would not be met even they seem profitable on paper. Therefore, the accountability of the financial statements will help the enterprise to find borrowings or loans easily and thus form the capital structure of the enterprises. Here as seen in Table 18; it is stated that 59,6% thinks that the banks fully rely on the financial statements, while 29,8% thinks that the banks do not rely on the financial statements issued by the enterprises or they don't trust banks.

Table 18: Reliance of Banks on Financial Statements

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
They don't rely much	10	21,3	21,7	21,7
They don't rely	4	8,5	8,7	30,4
They totally rely	28	59,6	60,9	91,3
I am not sure	4	8,5	8,7	100,0
Total	46	97,9	100,0	-
N/A	-	-	-	-
Total	46	100,0	100,0	100,0

In this question as shown Table 19; asked in connection with previous Table 18, it is seen that those not replying this question is in the first row. The reasons of this are seen in the replies provided to the previous question. In Table 18, more than 50% checked the option that banks do not fully rely on the financial statements. 29,8% of the enterprises stating the non-reliance of the banks replied that the financial statements do not reflect the real data. The second reason, with a percentage of 12,8%, stems from deficient information due to unregistered economy and thus the banks do not rely on the financial statements of the enterprises.

Table 19: The Reasons For Non-Reliance Of Banks In Financial Statements

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
It does not contain real data	14	29,8	40,0	40,0
Unregistered economy	6	12,8	17,1	57,1
Deficient or errant records	2	4,3	5,7	62,9
Deficiencies on uniform account plan	1	2,1	25,7	88,6
Insufficient control on tax	1	2,1	2,9	91,4
Unregistered records due to sector	2	4,3	2,9	94,3
Total	26	74,5	5,7	-
N/A	21	44,6	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

Auto financing stands for auto fund raising of the enterprises. Namely, it means that the total or a part of the profit is not distributed and kept within the enterprise with the decision of board of directors. Non-distribution of profit means the increase of the equity of the enterprises and thus it will mean a change in the capital structures of the enterprises those do not distribute profit. For this purpose; in this question, where it is tried to determine whether the enterprises in Sivas use auto financing method, 49% of the enterprises replied as they partially use that method. As seen from Table 20, the percentage of those enterprises that continuously use this method is 27,7%. The statement of approximately 76,7% of the enterprises in Sivas in using auto financing method is consisted with the results of the previous table. When the results of the previous table is examined, it is seen that the percentage of not using borrowings is 83%, which requires high amount of natural equity and thus meeting the needed funds through auto financing method is normal. On the other hand, the results of the survey show that the enterprise owners do not tend to bring in new partners not to share the enterprise with others.

Table 20: Auto Finance Preferences Of Enterprises

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
We don't use	7	14,9	16,3	16,3
We partially use	23	49,0	53,5	69,8
We use	13	27,7	30,2	100,0
Total	43	91,5	100,0	-
N/A	4	8,5	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

For those enterprises listed in stock exchange, there is a change in their capital structures in parallel to their listing ratios. If they sold bonds, the debt ration in the capital structure would increase but in case of selling shares the equity ration increases. Therefore the change in the capital structure will be inevitable for the enterprises in Sivas when they listed in stock exchange. On the other hand, as a matter of recent discussions, it is investigated that whether the enterprises in Sivas are aware of SME stock exchange in Anatolia, where they can meet their long term funding needs. As seen from Table 21, 60% of the SMEs in Sivas do not want to be listed in stock exchange. The result derived from here is that the importance of capital markets is not sufficiently understood by the enterprises in Sivas. However, 38,3% of the enterprises, replying the survey questions, states that they would think to be listed in the long term and none of them replied as yes.

Table 21: Desire To Be Listed At Stock Exchange

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
We don't think	28	59,6	60,9	60,9
Can be thought in the long term	18	38,3	39,1	100,0
Total	46	97,9	100,0	-
N/A	1	2,1	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

In this question as shown Table 22, directed to determine whether the equity in the capital structure is sufficient for those enterprises subject to the survey, 60% replied as sufficient. This ratio supports the concept of sufficient equity as it is close to the replies of previous questions with regards to not using borrowings 56,9%. 38,3% of the enterprises, subject to the survey, reported insufficient equity. The insufficiency of the equity of the enterprises increases their risky structure when compared with others or causes them to find more expensive funds from markets or loans with higher cost of borrowing, when they want to use borrowings.

Table 22: Equity Sufficiency

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
Sufficient	28	59,6	60,9	60,9
Insufficient	18	38,3	39,1	100,0
Total	46	97,9	100,0	-
N/A	1	2,1	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

The reply of the enterprises as shown Table 23 subject to the survey with regards to the most

preferred method in raising their equity with auto financing method 80,9% is consistent with the percentage 77% of auto financing method as indicated in previous tables. 10,6% of the enterprises, subject to the survey, replied that they would prefer bringing in new partners in raising the equity.

Table 23: Equity Raising Methods

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
Auto finance method	38	80,9	88,4	88,4
Bringing in new partners	5	10,6	11,6	100,0
Total	43	91,5	100,0	-
N/A	4	8,5	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

Since inflation causes a continuous increase in the general level of the prices, the enterprises are in need of continuous funding. In case of funding, it is possible to have changes in the capital structure. As understood from Table 24, 63,8% the enterprises, subject to the survey, stated that the resources that they would apply for funding at times of inflation would be the equity; while the preference on foreign resources is 10,6%. 19,1% of the enterprises stated that they would prefer to apply for 50% equity and 50% foreign resources in case of capital increase.

Table 24: Preferred Resource At Times Of Inflation

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
Equity must be preferred	30	63,8	68,2	68,2
Foreign resources must be preferred	5	10,6	11,4	79,5
Fifty percent foreign resources fifty percent equity	9	19,1	20,5	100,0
Total	44	93,6	100,0	-
N/A	3	6,4	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

Recently there are many studies on the acceptance of Turkey to EU and the possible developments. With this question, it is tried to find out what the enterprises, subject to the survey, thinks on whether there will be new financial opportunities with EU. If Turkey is accepted to EU, it is for sure that the financial resource alternatives of the enterprises will increase. As seen from Table 25; 40,4% of the enterprises, replying the survey questions, stated that they would find foreign resources easier. 21,3% of the enterprises stated that the financial leverage opportunities would increase while 12,8% stated that the control of the market would belong to foreigners.

Table 25: Acceptance to European Union and Financial Opportunities

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
More use of equity will be required as the competition increases	10	21,3	22,2	22,2
It will be more easy to find foreign resources	19	40,4	42,2	64,4
The control of money will	6	12,8	13,3	77,8

belong to foreigners.				
Enterprises will be more benefited from financial leverage.	10	21,3	22,2	100,0
Total	45	95,7	100,0	-
N/A	2	4,3	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

As shown Table 26, in this question directed to determine whether the SMEs in Sivas suffer from financial problems, the percentage of those replied as “sometimes” is 44,7% and in the first row. The percentage of those who replied as “no” is 42,6% while the percentage of replies as “intensively” is 10,6%. When it is considered in general, it is indicated that 54,3% of the enterprises have financial difficulties while 42,6% do not.

Table 26: Is There A Financial Problem?

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
No	20	42,6	43,5	43,5
Intensively experienced	5	10,6	10,9	54,3
Sometimes	21	44,7	45,7	100,0
Total	46	97,9	100,0	-
N/A	1	2,1	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

For evaluating the companies requesting guarantorship a fixed evaluation fee is taken. In case the request is found suitable and where the loan is facilitated with the guarantorship of LGF (Loan Guarantee Fund), a commission between 1,5% and 2% is taken annually over the balance of the guarantorship, depending on whether the guarantorship is in cash or in rem, each year throughout the term of the loan. (KGF,2009). Loan Guarantee Fund is an element that facilitates the use of loans by the enterprises. Together with the use of loans, the capital structures of the enterprises change. This question is asked to determine whether the enterprises, subject to the survey, are informed on this matter. As seen from Table 27; 40,4% has no information thereon. The percentage of those having partial information is 38,3%. It is seen that 14,9% of the enterprises, subject to the survey, are aware of Loan Guarantee Fund and benefits from the same. When it is interpreted in general sense, it is possible to conclude that the enterprises in Sivas have insufficient information on LGF.

Table 27: Information on Loan Guarantee Fund

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
Have information and get use of it	7	14,9	15,6	15,6
Don't Have information and not get use of it	1	2,1	2,2	17,8
Have partial information	18	38,3	40,0	57,8
Don't have any information	19	40,4	42,2	100,0
Total	45	95,7	100,0	-
N/A	2	4,3	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

Risk capital is defined as meeting of companies searching for financing and/or entrepreneurs with new ideas with the sponsors/shareholders that are ready to take risk and are searching for new companies and entrepreneurs that they can invest on (Kobifinans, 2009). It is possible to purchase long term shares from the funds formed within the scope of the risk capital and this affects the formation of the capital structures of the enterprises. In this question, asked for this purpose, it is tried to measure the ideas of the enterprises in Sivas on this matter. As seen from Table 28; 36,2% of the enterprises, subject to the survey, replied that they had partial information on this matter (which means they don't have any information) while 29,8% had no information thereon. It is possible to see from the table that 25,5% of the enterprises, subject to the survey, are aware of risk capital and use such information. When evaluated in general, it is seen that approximately 75% of the enterprises, subject to the survey, have no information on risk capital.

Table 28: Information on Risk Capital

	Frequency	Distribution (%)	Valid Percentage	Total Percentage
Have information and get use of it	12	25,5	26,7	26,7
Don't Have information and not get use of it	2	4,3	4,4	31,1
Have partial information	17	36,2	37,8	68,9
Don't have any information	14	29,8	31,1	100,0
Total	45	95,7	100,0	-
N/A	2	4,3	-	-
Total	47	100,0	100,0	100,0

Conclusions

The capital structures of the enterprises means the proportional distribution between the borrowings and equity listed in the liabilities section of the balance sheet. The theoretical and empiric studies conducted in finance literature emphasize the important relation between the capital structure and capital costs, capital budget decisions and market value of the companies. The basis for such studies is formed by the study of Modigliani and Miller (1958). The studies in finance literature after 1958 is directed to determine the existence of an optimum capital structure of the companies depending on tax, bankruptcy and representation costs and differences in knowledge.

In this study 60 companies are selected on random sampling method and it is tried to determine the capital structures and the factors affecting the constitution of the capital structures of the companies subject to survey. Since 47 companies have replied the survey questions; important results with regards to the capital structures of SMEs in Sivas are achieved.

The acquired results are transferred to SPSS 15.0 media and the results are analyzed and interpreted under tables. When the results are considered in general, it is determined that most of the SMEs in Sivas that participated to the survey have formed a capital structure based on equity. Even some of them (especially marble industry) stated that they never used borrowings. It is another result that they prefer to use foreign resources in long term. 85 % of the enterprises, subject to the survey, are incorporated as partnerships with a number of partners between 1 to 5. Although the number of the enterprises, incorporated as partnerships, it is understood from the number of the partners (1-5) that most of them are family enterprises. Although most of the enterprises, subject to the survey, are in the first ten years of their business, the employment ratio is higher than the average in Turkey.

It is determined that the enterprises, subject to the survey, provide outside borrowings and funding needs from public banks. In case of capital increase, they prefer to borrow money rather to

bring in new partners. The result derived here is that it is dominant for the companies not to use the management with others and not distributing the risk by bringing in new partners. One of the most important problems of SMEs in Turkey is the provision of external resources. Namely it is indicated in many studies that the SMEs have hardship in finding resources. However, 60 % of the enterprises in Sivas stated that they would not experience hardship when they want to use borrowings. Those stating hardship in borrowings replied that they mostly suffer from high interest rates.

It is understood from the low rate of borrowings by the enterprises, subject to the survey that they use auto financing method when they need financing and that the percentage of auto financing is about 70%. There is no enterprise that plans to be listed in stock exchange in short term. About 38 % of the enterprises indicated that they might consider to be listed in the stock exchange in long term. The percentage of the enterprises, subject to the survey, in financing hardship is about 55 %. The reason for this percentage in being high can stem from the lower rate of using foreign resources. It is not always possible to meet the needs with equity; thus the possibility, even on temporary basis, of hardship in finding financing increases.

References

1. ACARAVCI, Songül Kakilli (2004), “Gelişmekte Olan Ülkelerde Sermaye Yapısını Etkileyen Faktörler: Türkiye’de Bir Uygulama”, Doktora Tezi, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Adana.
2. AKGÜÇ, Öztin (1998), Finansal Yönetim , 7. Baskı, Avcıol Basım Yayın, İstanbul.
3. ARAS, Güler (2001), “Kobi’lerin Sermaye Piyasası Yoluyla Fon Sağlama Olanakları : Tezgahestü Piyasalar Ve Risk Sermayesi Finansman Modeli”, 1. Orta Anadolu Kongresi, Nevşehir.
4. ATA, H. Ali ve UĞURLU, Mustafa (2007), “Sermaye Yapısının Kârlılık Üzerindeki Etkisi: Ampirik Bir Analiz”, 11. Finans Eğitim Sempozyum Kitabı, Zonguldak, Ekim 2007, ss.131-139.
5. AUKEN, E. Van (2001) “Financing Small Tecnology –Based Companies: The Relationship Between Familiarty With Capital and Ability to Price and Negotive İvestment”, Journal of Small Businnes Management, 39 (3), pp.240-258.
6. BERK, Niyazi (1998), Finansal Yönetim, Türkmen Kitabevi, İstanbul.
7. BOTH, Laurance, AIVAZIAN, Varauj, DEMİRGUC, Kunt Aslı, MAKSİMOVİC, Vojislav (2001), “Capital Structures in Developing Countries”, The Journal of Finance, Blackwell Publisher, USA, Vol. LVI (1), pp.87-128.
8. Brealy Richard, S. C. Myers, A.J. Marcus (1999), Fundamentals of Corporate Finance, 3rd Edition, McGraw Hill Publisher, USA.
9. BULMUŞ, İsmail; OKTAY, Ertan ; TÖRÜNER, Mete (1990), Küçük Sanayi İşletmelerimizin Konumu Önemi ve AT'ye Girerken Karşılaşılabilecek Sorunlar İle Çözüm Yolları, Milli Produktivite Merkezi Yayınları, Ankara.
10. CHEN, Jean j. (2004), “Determinant of Capital Structure of Chinese-listed Companies”, Journal of Businnes Research, Vol.57, pp.1341-1351.
11. DEMİRHAN, Dilek (2007), “Sermaye Yapısını Etkileyen Firmaya Özgü Faktörlerin Analizi: İMKB Hizmet Firmaları Üzerine Bir Uygulama”, 11. Finans Eğitim Sempozyumu, Zonguldak, Ekim 2007, ss.151-168.
12. ERKAN, Mehmet; TOPAL, Yusuf, (2001), “Kobilerin Sermaye Piyasası Yoluyla Finansmanı ve İMKB’deki Kobilerle İlgili Bir Ampirik Çalışma”, I. Orta Anadolu Kongresi, KOSGEB, Nevşehir.
13. FAMA, F.E ve FRENCH, K. (1998), “Taxes, Financing Decision and Firm Value”, Journal of Finance, Vol.53, pp.818-843.

14. GIBSON Brayn (1992) "Financial Information for Decision Making: An Alternative Small Firm Perspective", The Journal of Small Business Finance, Vol. 1 (3), pp.221-232.
15. GÖKÇESU, B.Mutlu (1993), "Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerde Rekabet Gücü Açısından Verimli Çalışma", 93. Sanayi Kongresi Bildiriler Kitabı, 1. Cilt, Ankara. ss.1-12.
16. GÖNENLİ, Atilla (1985), İşletmelerde Finansal Yönetim, 5. Baskı, İşletme İktisadi Enstitüsü 30. Yıl Yayınları, No.15, İstanbul.
17. GÜLOĞLU, Bülent ve BEKÇIOĞLU, Selim (2001), "İMKB'deki Gelişmelerin Sermaye Yapısına Etkileri: İmalat Sanayinde Faaliyet Gösteren Firmalarda Bir Uygulama", ODTÜ Uluslar arası İktisat Kongresi Bildiriler Kitabı, Ankara, ss.1-26.
18. KABAKÇI, Yurdagül (2008), "Sermaye Yapısı ile İşletme Performansı Arasındaki İlişki: Gıda Sektöründe Bir Uygulama", Ege Academic Review , 8(1), pp.167-182.
19. (KOBİFİNANS, 2009), http://www.kobifinans.com.tr/bilgi_merkezi, Access: 17.06.2009.
20. (KGF, 2009), <http://www.kgf.com.tr/3kefaletmaliyeti.htm>, Access: 12.06.2009.
21. KORKMAZ, Turhan; ALBAYRAK, Ali Sait ve KARATAŞ, Abdülmecit (2007), "Hisse senetleri İMKB'de işlem gören KOBİ'lerin Sermaye Yapısının İncelenmesi: 1997-2004 dönemi", İktisat İşletme ve Finans Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 253, ss.79-96.
22. MAYER, Colin ve SUSMAN, Oren, (2004), "A New Test of Capital Structure", University of Oxford - Business School; Centre for Economic Policy Research (CEPR); European Corporate Governance Institute (ECGI), Philadelphia Meetings, October 6, Jel: 32, pp.1-47.
23. TOSYALI SARIKAYA, Birgül (1995), KOBİ'lerin Türkiye Ekonomisindeki Yeri, İzmir Ticaret Odası, Yayın No:20, İzmir.
24. OKTAY, Ertan; GÜNEY, Alptekin, (2002), "Türkiye'de Kobi'lerin Finansman Sorunu ve Çözüm Önerileri", 21.Yüzyılda Kobi'ler: Sorunlar, Fırsatlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, 03-04 Ocak, Doğu Akdeniz Üniversitesi, K.K.T.C., pp.1-21.
25. ÖZGEN, Hüseyin ve Selen DOĞAN (1997), Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin Uluslararası Pazarlara Açılmada Karşılaştıkları Yönetim Sorunları ve Çözüm Önerileri, T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Yayınları, TÜBİTAK Matbaası, No: 97/3, Ankara.
26. İTO (1993), "İzmir'de KOBİ'ler Nerede? Sorunları Nasıl Çözülür?", İzmir Ticaret Odası Yayınları, İzmir.
27. İSO (2001), İstanbul Sanayi Odası Dergisi, İstanbul Sanayi Odası Yayınları, İstanbul.

THE IMPACT OF MONETARY POLICY TOWARD INDONESIAN STOCK MARKET UNDER INFLATION TARGETING REGIME

Maria PRAPTININGSIH*

Abstract

A high volatility in stock market movement can be influenced by current news both domestic and international economic shocks, including the ongoing global financial crisis that affect Indonesian economy in particular. Based on empirical studies and theories, that monetary policy can be an effective tool in order to stabilize the stock market volatility. Monetary policy can have a significant effect on the movement in stock market. Does it really happen on Indonesian macro economy? This paper investigates the relations between monetary policy by its instruments and stock market movement. Our empirical evidence is based on before and after the adoption of Inflation Targeting Framework, including the period of Asian Crisis (1997) and the Global Financial Crisis (2008). This paper uses a Vector Error Correction Model (VECM) in order to examine the dynamic movement and changes on Indonesian Stock Market as an impact of the changes in monetary policy in terms of Inflation Targeting regime. Utilizing an Impulse Response and Variance Decomposition approach, this paper analyzes the effectiveness of monetary policy toward the stock market performance in order to achieve the stability of stock market and to develop market expectations. These objectives are beneficial to strengthen the credibility of the Central Bank as the monetary authority in terms of the implementation of Inflation Targeting Framework. Furthermore, this paper attempt to assess and evaluate the monetary policy and induce the central bank to create an optimal policy in the future.

Keywords: *inflation targeting framework, monetary policy, stock market, vector error correction, variance decomposition*

Introduction

Stock market has become one of the main subjects in terms of macroeconomic stability. Since the monetary policy has, an objective to achieve the price stability in terms macro economy, therefore the stance of the Central Bank whereas the monetary authority is needed to influence the stock market particularly. Movements in the stock market can have a significant impact on the macro-economy.¹ Reversely, the change in macroeconomic variables can have a significant impact as well on the movements in the stock market. These relationships will have a significant result in order to provide comprehensive information to the policy makers to respond and create optimal policy in terms of macroeconomic stabilization.

Nevertheless, it is still difficult to identify the monetary policy response to the stock market. However, based on the theory that the monetary policy can influence the stock market by its instruments, such as the interest rates, therefore, we would like to emphasize on the stock market response to the change on macroeconomic variables. These variables will represent the stance of monetary policy in terms of inflation targeting framework. The adoption of inflation targeting framework based on the objectives of the Central Bank to achieve the price and macro-economy stabilities, through setting the range of inflation target.

* Department of Business Management, Faculty of Economics, Petra Christian University, Surabaya, Indonesia

(e-mail: maria_npa@yahoo.com)

¹ Study of Thorbecke (1997); Rigobon and Sack (2003); Ehrmann and Fratzscher (2004); Maysami, Howe, and Hamzah (2004)

According to the Bank Indonesia Yearly Report², stated that during the Asian Crisis on 1997 to 2000, the foreign investors tend to implement only hit and run trade strategies. It means that the investors attempt to boost their gain only on a very short time. Meanwhile, the similar situation had happened on money market. This condition pushed the investors more un-sensitive regarding the change of interest rates. In terms of high country risk, the difference between domestic and international interest rates might not be the only main reasons for investors to change their portfolios. In fact, there were several arguments that investors had change their portfolio from Indonesian capital market to other countries.³ First, there was a profit motive, regarding the high interest rate on other capital market particular on United States of America. Second, it was called flight to quality motive. The motive occurred in order to maintain their portfolio because of the downward performance on emerging market particularly. These two particular factors were indirectly became barrier to the portfolio investment and capital inflow to Indonesian financial market.

Increasingly, the central bank started to implement some policies in order to improve the performance of capital market, namely the regulation on stock pricing. However, this particular policy was un-sufficient to boost up the capital market performance. Moreover, the downturn performance of capital market remains until 2002. At the end of 2001, the Composite Index was 5.83% decreased from 416.3 to 392.0 levels. It was mainly affected by the depreciation on rupiah; the increase on Bank Indonesia rate to 17%; and the downgrade of investment rating in Indonesia, from “stable” to “negative” based on Moody’s on March 2001.⁴ Furthermore, these circumstances even worst when the government raised the tax policy particular on bond return to 0.003%. This policy was contra-productive in terms of improving the capital market performance as one of the financing institution.

In addition, we can analyze the stock market fluctuation in detail from the following figures.⁵ There are the movements of Jakarta Composite Index (from 1990 to 2009) as well as the LQ45 index (from 1994 to 2009), given as follows:

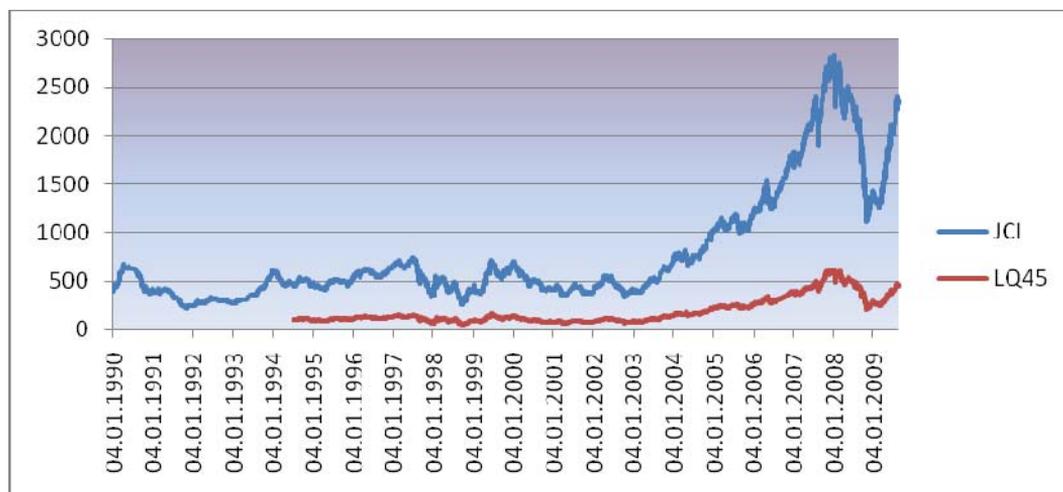
² Indonesian Economic Report 1997, p.64; 1998,p.70; 1999,p.72; 2000,p.75; Macroeconomic and Monetary Condition

³ Based on the survey of Bank Indonesia and Indonesian Capital Market and Financial Institution Supervisory Agency, 1999

⁴ Based on the Financial Market Report, Economic Report on Indonesia, Bank Indonesia, 2001

⁵ The main source of JCI and LQ45 taken from Bloomberg Databases, retrieved date: March 01, 2010

Figure 1
The Jakarta Composite Index (JCI) and LQ45 Index Movements



Source: Bloomberg, 2010

According to figure 1 above, we can see that the similar movement are happened on LQ45 Index as on Jakarta Composite Index (JCI). The LQ45 index is the index of forty-five stocks that most liquid and have the highest market capitalization. It means that investors also attempt to invest and re-arrange their financial portfolio on Jakarta Composite Index as well as LQ45 Index.

During 2003, there was an increase on price index, volume of trading in the stock market, bond market, and mutual funds. This was affected by the decline in the interest rate. Several factors had boosting the positive performance of Indonesian capital market.⁶ There were: (1) relatively low bank interest rate, which enable the investor to gain higher profit on capital market instead of bank deposits; (2) improved foreign investors' perception on Indonesian capital market as well as the country risk and a significant difference on interest rate that cause high capital inflows to gain short-term profits; (3) relatively stable on macroeconomic indicators. This was reflected by increased Jakarta Composite Index (JCI) in response to increased stock trading both by domestic and foreign investors. The JCI closed at level 691.9 and increased up by 266.9. This increased JCI gained a profit of 62.8% compared the position at end 2002. Positive performance also occurred upon LQ45 index, which increased 59.9 to 151.9 in 2003 compared to previous year. The improved JCI and LQ45 performance was related to several international stock exchanges positive performance and relatively low bank interest rate.

The stock market performance was remained bullish on 2004.⁷ The continuing trends as on 2003 pushed the composite index above the 1,000 level before year-end. The bullish domestic stock market resulted from continuously improving fundamentals, both in macro and micro contexts, as well as market optimism over the new government. The upward trend continued during 2005. However, the JCI index started to fluctuate, even still a positive gain. Internal factors were driving negative sentiment on the stock market included the upward trend in domestic interest rates in consequence to the tight bias monetary policy stance adopted to reduce inflation and depreciation on rupiah. The other factors that bearing down on the JCI were the surge in world

⁶ Based on Monetary Policy Transmission Evaluation of Bank Indonesia, Economic Report on Indonesia, 2003, p.67

⁷ Based on Stock Market Evaluation, Economic Report on Indonesia, 2004, p.68

oil prices to almost \$70 per barrel.⁸ The market had negative projections on the performance the stock markets. Moreover, it also induced by the raised on the domestic interest rates regarding the tight monetary policy stance. Eventually, the fluctuation on stock market continued until year-mid on 2008, when the global financial crisis had happened. The Composite Index closed at 1,355 at the end of 2008, a drop of 50.64% compared to the previous year. At the beginning of 2008, the index was relatively impressive. It was 2,830 level which was the highest level ever recorded since the beginning of Indonesia Stock Exchange.

Furthermore, Bank Indonesia attempted to minimize the negative impact of any economic shocks that can dropped financial markets performance as well as the macro stability. Therefore, the policies of Bank Indonesia, which is represent by the Indonesian Capital Market and Financial Institution Supervisory Agency and the Indonesian Stock Exchange Board are plays an important role in limiting a deeper financial markets decline, particular on Composite Index.

According to the consequence of monetary policy stance toward the financial markets performance through the financial systems mechanisms, then we provide a brief summary of several macroeconomic performances in terms of particular indicators, as follows:

Table 1.
Selected Macreconomic Indicators⁹

Description	Percent					
	2003	2004	2005	2006	2007	2008
GDP Growth	4.7	5.0	5.7	5.5	6.3	6.1
CPI Inflation	5.1	6.4	17.1	6.6	6.6	11.0
Core Inflation	6.9	6.7	9.8	6.0	6.3	8.3
Average Exchange Rate (Rp/\$)	8,572.0	8,940.0	9,713.0	9,167.0	9,140.0	9,241.0
SBI (1 month)/BI Rate since July 2005	8.3	7.4	12.8	9.8	8.0	8.6
Current Account/GDP	3.4	0.6	0.1	2.9	2.5	0.1

Sources: BPS-Statistic Indonesia; Bank Indonesia

In 2005, CPI inflation rose gradually to 17.1%, following the October hikes in fuel prices. The shocks in this index was primarily driven by fuel prices and other administered prices, in particular transportation tariffs. Higher inflation expectations and rupiah depreciation also raised core inflation while downward pressure from the output gap remained relatively insignificant. Against the backdrop, CPI inflation was above the determined target of 6%+/-1% for 2005. The core inflation rate was high in 2005, peaking at 9.7%, primarily attributable to high inflationary expectations and depreciating exchange rates. Higher inflationary expectations from the public were visible as Q1-2005 closely associated with the government's plan to adjust domestic fuel prices in line with global oil prices and weaker exchange rates.

The rise in the Bank Indonesia (BI) rate, that is, an anchor for the interest rate determination in Indonesia, and deposit rate was followed by a limited increase in lending rate, whereas the volume of credit allocation remained relatively high. The lending rate began to increase during October 2005 to 15.18% from 13.41% at the end of 2004. This verified that the role of banks in

⁸ Based on International Economic Evaluation, Economic Report on Indonesia, 2004, p.70

⁹ The basic references on setting Inflation Target under Inflation Targeting Framework, taken from Indonesian Bureau of Statistic, 2009

financing the economy remains imperative. In brief, the rise in the BI Rate has not negatively affected bank intermediation. In order to reduce inflation and restore monetary stability, Bank Indonesia tightened further its monetary policy, primarily through the implementation of a new Inflation Targeting Framework (ITF) supplemented by exchange rate stabilization packages.¹⁰

Eventually therefore, this study will emphasize on two basic research questions, which is based on the background that discussed earlier. The first is to examine whether the monetary policy can have a significant effect in order to achieve its objectives in terms of the inflation-targeting framework. The purpose of this particular problem is to measure the credibility of Bank Indonesia regarding the basic requirements of the inflation-targeting implementation, namely credibility, transparency, and accountability. The second is to investigate whether the monetary policy can have a significant effect on financial markets, particular on stock market. The result will be beneficial to the market players in terms of their decision-making regarding the market perception and expectation. In conclusion, the study will provide a valuable knowledge and experience based on the empirical studies and current research in terms of monetary policy and financial systems.

1. Review of related literature and studies

2.1. The Definitions and Concepts of Inflation Targeting

There are many definitions and concepts within the inflation targeting, which need to be verified before proceeding to the next section. These definitions and concepts arise from the way of conducting inflation targeting policies. Green (1996) define inflation targeting is a framework for conducting monetary policy in which decisions are guided by expectations of future inflation relative to the announced target. In inflation –targeting setup, the authorities announce a target or, more typically, a target range for future inflation. The change in the policy reaction is represent of the change in the projected inflation over one to two-year time horizon in terms of decreasing from the announced band of inflation target. Therefore, later the expected future inflation called an intermediate target as the monetary authorities used it into the monetary policy indicators. Meanwhile, Romer (2006) define that inflation targeting does not mean a single-minded focus on controlling inflation. Instead, there are three basic indicators that inflation targeting working on. First, which is becomes the main part that there is an explicit target for inflation. The target is typically quite low and usually specified as a range or in interval of a few percentage points. Second, central banks in inflation-targeting countries (inflation targeters) appear to have more weight than other central banks on conducting the inflation. Lastly, there is greater emphasis on making the central bank's policies transparent and central bankers accountable for the policies.

There are two main concepts that are use as a basic reference for this study, which are implicit vs. explicit inflation targeting and strict vs. flexible inflation targeting. The first concept is implicit vs. explicit inflation targeting. Hammour (2005) define an implicit inflation targeting implies that the monetary authority does not have to pre-announce and report publicly its inflation target. As an example on this type is the current monetary policy in the United States. The Central bank of United States (The Fed) controlling and maintain the inflation rate and other macroeconomic indicators, and then reacts at the first sign of inflation or excess demand by changing its instrument such as the interest rate upward. In other condition, explicit inflation targeting requires pre-announcement of inflation targets and reporting periodically to the public the developments in the monetary policy and the success or the failure to achieve the targets. Therefore, explicit inflation targeting implies full accountability and transparency of monetary policy. According to this differentiation, the inflation-targeting concept used in this study is meant to be the explicit type.

¹⁰ Monetary Policy Evaluation, Economic Report on Indonesia, 2005

The second concept that we describe is what Svensson refers to, in many papers (1997a, 1997b, and 1998) and in Rudebusch and Svensson (1998), as strict versus flexible inflation targeting. Ball (1997) describes those two types as narrow versus broad definitions respectively. First, strict inflation targeting is a single-target policy where the central bank's objective function contains only inflation. In other point of view, the flexible inflation targeting is a multi-target regime where the monetary authority includes more than inflation in its objective function, such as the real output and interest rate. The first type implies that the central bank has to set its instruments in such a way that the target is met every period. This type of policy would lead to more variability and fluctuations in the output and interest rate. Therefore, the adjustment under flexible inflation targeting is slower or gradual as compared to the strict type.

Furthermore, Romer (2006) stated that there are two main views of inflation targeting. The first is that it is merely "conservative window-dressing". In this view, the important changes in monetary policy are that the central bank has decided to aim for lower inflation than in earlier decades and to put greater emphasis on the behavior of inflation. The other features of inflation targeting, such as the formal targets, inflation reports, and so on, are of little importance. The other view is that inflation targeting matters. This view focuses on credibility, transparency, and accountability. Discussions of credibility argue that the emphasis on hitting the inflation target can affect expected inflation. This can be important in two situations. The first is when inflation targeting is adopted. Typically, this is done when inflation is well above the newly adopted target. Thus, inflation targeting may reduce expected inflation, and hence lower the output costs of the disinflation needed to get inflation down to the target. This idea is appealing and plausible. The second situation is where the disturbances move inflation away from the target. By anchoring expectations at the target level, inflation targeting can reduce the disturbance's impact on expected inflation. Indeed, there is some evidence that shocks to the price level have little influence on expected inflation under inflation targeting. Since disturbances are both positive and negative, this is not likely to have a large effect on average output. Nevertheless, it can make the economy more stable.

In many literatures, we found that inflation targeting has both several advantages and disadvantages during a certain period of research. Based on these findings, it will provide a reference as a basic argument in order to examine the effectiveness of inflation-targeting framework. Accordingly, this study will describe both advantages and disadvantages of inflation targeting taken from particular research.

The first is the advantages of inflation targeting which as a medium-term strategy for monetary policy (Mishkin, 2001). In contrast to an exchange rate peg, inflation targeting enables monetary policy to focus on domestic considerations and to respond to shocks to the domestic economy. In contrast to monetary targeting, another possible monetary policy strategy, inflation targeting has the advantage that a stable relationship between money and inflation is not critical to its success: the strategy does not depend on such a relationship, but instead uses all available information to determine the best settings for the instruments of monetary policy. Inflation targeting also has the key advantage that it is easily understood by the public and thus highly transparent.

Nevertheless, Mishkin (1999) and Bernanke (1999) discussed about the critics of inflation targeting, which have noted seven major disadvantages. First, that inflation targeting is too rigid. Second, that it allows too much discretion. Third, that it has the potential to increase output instability. Forth, that it will lower economic growth. Fifth, that inflation targeting can only produce weak central bank accountability because inflation is hard to control and because there are long lags from the monetary policy instruments to the inflation outcome, is an especially serious one for emerging market countries. Sixth, that inflation targeting cannot prevent fiscal dominance. Lastly, that the exchange rate flexibility required by inflation targeting might cause financial instability, are also very relevant in the emerging market country context.

There are many studies discussed inflation targeting. Study of Green (1996) and Smith (2005) focused on the theory of inflation targeting and core inflation as well, and the policy implication to the economy. Green's findings are inflation targeting can be classified either as a rule or as discretionary. The literature identifies an inherent bias that on average causes inflation to exceed the socially preferred level. This bias is sometimes offered as an explanation for higher than desirable inflation rates. However, in setting the low-inflation target, an apparent inconsistency is introduced: average and expected inflation will exceed the announced inflation target. Meanwhile, Smith (2005) found that both the level of accommodation of the central bank and the inflation expectations of agents affect, which measure is core inflation. From the conditional results, there are no changes in the public's beliefs about the regimes. Hence, all regimes would be ranked equivalently. Moreover, the gain from inflation targeting lies in the fact that it makes central banks less accommodative but not in making, the public believe that the central bank is less accommodative.

Therefore, in order to deliver the outcomes of inflation targeting, such as control the inflation rate, raise output growth, lower unemployment, and increase external competitiveness, there must exist a strong institutional commitment to make price stability as the primary goal of the central bank.

2.2. The Role of the Central Bank on Inflation Targeting Framework

The Central Bank has a main role to conduct the Inflation Targeting Framework. Mishkin (2001) stated that inflation targeting is a recent monetary policy strategy that encompasses five main elements: (1) the public announcement of medium-term numerical targets for inflation; (2) an institutional commitment to price stability as the primary goal of monetary policy, to which other goals are subordinated; (3) an information inclusive strategy in which many variables, and not just monetary aggregates or the exchange rate, are used for deciding the setting of policy instruments; (4) increased transparency of the monetary policy strategy through communication with the public and the markets about the plans, objectives, and decisions of the monetary authorities; and (5) increased accountability and credibility of the central bank for attaining its inflation objectives. Nevertheless, the crucial point about inflation targeting is much more than a public announcement of numerical targets for inflation for the year ahead. There are at least three major challenges that the monetary authorities, here the central bank and government, faces: (1) building credibility; (2) reducing the level of inflation; and (3) dealing with the fiscal, financial, and external dominance (Fraga, 2003).

The adoption of inflation targeting represents an effort to enhance the credibility of the monetary authority as committed to price stability. The fact is that building credibility takes time. The central bank's policies not only have to be consistent with the inflation-targeting framework, but they also have to take into account that private agents do not fully trust that the central bank will act accordingly. Moreover, private agents have concerns about the commitment of the central bank to the target itself and to its reaction to shocks.

Another key feature of inflation targeting regimes is that the transparency of policy associated with inflation targeting has tended to make the central bank highly accountable to the public. Sustained success in the conduct of monetary policy as measured against a pre-announced and well-defined inflation target can be instrumental in building support for an independent central bank, even in the absence of a rigidly defined and legalistic standard of performance evaluation and punishment (Mishkin, 2001).

As illustrated in Mishkin and Posen (1997), and in Bernanke (1999), inflation-targeting central banks have frequent communications with the government, and their officials take every opportunity to make public speeches on their monetary policy strategy. Inflation-targeting central banks have taken public outreach a step further that is an Inflation Report-type document to clearly present their views about the past and future performance of inflation and monetary policy.

Therefore, each central bank and government in such a country that adopts inflation targeting should maintain and cooperate in effective and efficient policies.

Recent empirical studies provide evidence that independent central banks foster lower and less volatile inflation rates but do not appear to produce lower or more volatile output. Based on this evidence, some authors have concluded that central bank independence is a “free lunch” that delivers price stability without apparent real output costs. This approach is questionable given that many countries did not establish independent central banks. Some explanation rests on the existence of a credibility versus flexibility trade-off associated with the setting up of an independent central bank. Study of Lohman (1992) and Cukierman (1994) were developed models where the central bank independence originates a trade-off between the credibility gains associated with central bank independence and the flexibility costs arising from a suboptimal stabilization policy.

In terms of case study research, there are Kannan (1999); Chowdury & Siregar (2004); Fraga, Goldfajn, & Minella (2003); and Johnson (2003) that focused on the implementation of inflation targeting on many countries. Kannan (1999) describe the inflation targeting implementation in India. This study found that in India, stipulated annual variation in broad money is considered as an intermediate target under the monetary targeting framework and its act as a domestic anchor for monetary policy with feedback. In the April 1998, monetary policy a move towards indicators approach was announced, where the RBI takes into account the developments in a host of macroeconomic indicators such as money, credit, prices, etc, in the conduct of its monetary policy.

Study of Chowdury & Siregar (2004) focuses on Indonesia’s monetary dilemma, which is the constraint of inflation targeting. The result stated that the essence of inflation targeting is embedded in the so-called social welfare function that includes both inflation and economic growth. When the relationship is found to be positive in the short run or at the moderate rate of inflation, the society has to weigh the cost of low inflation vis-à-vis cost of lost output. In the context of Indonesian transition, one has to evaluate the risk of a prolonged recession for democratic consolidation and social conflict. It is affected by the danger of higher inflation and its likely negative effect on output.

In addition, study of Fraga, Goldfajn, & Minella (2003) found that inflation targeting in emerging market economies has been relatively successful but has proven to be challenging. The volatility of output, inflation, the interest rate, and the exchange rate has been higher than in developed countries. The process of building credibility, the necessity of reducing inflation levels, the dominance issues, and the larger shocks have all played an important role. Meanwhile, Johnson (2003) stated it is a challenging task to analyze the conditional effect of inflation targets on the level of expected inflation. Using the 12-month period after inflation target were announced and 12-month period post-target period for forecasting, in four of five countries, there is evidence that inflation targets coincide with a reduction in expected inflation not explained by information known when forecasts were made. In New Zealand and Sweden, the reduction in expected inflation is immediate. In Australia and Canada, the effect is smaller and slower to develop. In the United Kingdom, inflation targets appear to have little impact.

2.3. Monetary Policy Implication from Inflation Targeting

The single objective of Indonesian monetary policy is to maintain the stability in the rupiah. It means that Bank Indonesia should control the inflation rate, whereas the representation of the value of rupiah in terms of goods and services in consumption activities. The other implication is to maintain the stability in the foreign exchange in terms of rupiah. Therefore, in order to influencing economic activity, Bank Indonesia sets a policy rate known as the Bank Indonesia (BI) Rate, as the primary monetary instrument. However, the transmission of BI Rate decisions to achievement of the inflation target operates through highly complex channels and is subject to

time lag. It is called as the monetary policy transmission mechanism. In terms of the framework, it will discuss specifically on third chapter (research framework). This mechanism reflects the actions taken by Bank Indonesia through adjustments in monetary instruments and operational target with effect on a range of economic and financial variables before ultimately influencing inflation as the final objective. This mechanism operates through interaction between the central bank, the banking system and financial sector and the real sector. Changes in the BI Rate influence inflation through various channels, among others the interest rate channel, credit channel, exchange rate channel, asset price channel and expectations channel. Each of these channels will discuss further on third chapter (the research framework).

The monetary policy transmission mechanism works with a time lag. The time lag may vary, depending on the specific channel. The exchange rate channel normally operates faster, given that changes in interest rates have rapid effect on the exchange rate. Conditions in the financial and banking sector are also heavily influenced by the speed of monetary policy transmission. If banks see that the economy faces considerable risk, the bank response to downward movement in the BI Rate will usually be very slow. Furthermore, if banks are undergoing consolidation to improve their capital position, reductions in lending rates and more vigorous credit demand will not necessarily engender an increased lending response. On the demand side, the public may not necessarily respond to lower bank lending rates with increased credit demand if the economic outlook is bleak. In conclusion, the condition of the financial sector, the banking system and the real sector plays a crucial role in the effectiveness or otherwise of the monetary policy transmission process.

2.4. The Role of Financial Markets in the Economy

• The Theory of Efficient Capital Markets

John Muth developed an alternative theory of expectation, called rational expectations, which can be stated as follows: Expectations will be identical to optimal forecasts (the best guess of the future) using all available information (Mishkin & Eakins, 2000). Rational expectations theory makes sense because it is costly for people not to have the best forecast of the future. The theory has two important implications: (a) If there is a change in the way a variable moves, there will be a change in the way a variable are formed, too, and (b) the forecast errors of expectations are unpredictable.

While monetary economists were developing the theory of rational expectations, financial economists were developing a parallel theory of expectation formation in financial markets. Efficient market theory is the application of rational expectations to the pricing of securities in financial markets. Current security prices will fully reflect all available information because in an efficient market, all unexploited profit opportunities are eliminated. However, the evidence on efficient markets theory such as market overreaction, excessive volatility on stock prices, and mean reversion condition suggests that the theory may not always be entirely correct. The evidence seems to suggest that efficient markets theory may be a reasonable starting point for evaluating behavior in financial markets but may not be generalizable to all behavior in financial markets. Capital Market plays an important role in the economy of a country because it serves two functions all at once. First, Capital Market serves as an alternative for a company's capital resources. The capital gained from the public offering can be used for the company's business development, expansion, and so on. Second, Capital Market serves as an alternative for public investment. People could invest their money according to their preferred returns and risk characteristics of each instrument (Indonesian Stock Exchange Report, 2009). Furthermore, this study will optimize the efficient market theory and its rationale in order to analyze the Indonesian Stock Market performance as an impact of the changes on monetary policy.

Some empirical studies focus on the relations between monetary policy and financial markets particular on stock market. Lee (1992) investigates causal relations and dynamic interactions

among assets returns, real activity, and inflation in the postwar United States. Major findings are (1) stock returns appear Granger-causally prior and help explain real activity; (2) stock returns explain little variation in inflation, although interest rates explain a substantial fraction of the variation in inflation; and (3) inflation explains little variation in real activity. All variables were estimated using VAR approach. Based on these findings, many researchers were develop and construct new research and studies in terms of financial markets. Particular on monetary policy effect toward the financial market, there are Thorbecke (1997), Rigobon and Sack (2003), and Gupta (2006). Thorbecke (1997) examining on how stock return data respond to monetary policy shocks. The evidence states that monetary policy exerts large effects on ex-ante and ex-post stock returns. Furthermore, positive monetary shocks increase stock returns indicates that expansionary monetary policy exerts real effects by increasing future cash flows are capitalized. Similarly, Rigobon and Sack (2003) investigates the relations between monetary policy and financial market. In addition, they believe that movements in the stock market can have a significant impact on the macro-economy and are therefore likely to be an important factor in the determination of monetary policy. The results suggest that stock market movements have a significant impact on short-terms interest rates, driving them in the same direction as the change in stock prices. Their findings are consistent with some rough calculation, hypotheses, and empirical studies. Meanwhile, Gupta (2006) found that once the threshold level of financial sector has been achieved, a tight monetary policy is likely to be growth enhancing at moderate levels of financial sector development and growth under the inflation-targeting framework.

Granger (1986) and Johansen and Juselius (1990) proposed to determine the existence of long-term equilibrium among selected variables through co integration analysis, a preferred approach to examining the economic variables-stock market relationship. A set of time-series variables are co integrated if they are have same order and a linear combination is stationary. This linear combination shows that they have a long-term relationship between the variables. The main advantage of co integration analysis is that through an error correction model (ECM), the dynamic co-movement among variables and the adjustment process toward long-term equilibrium can be examined (Maysami, 2004).

Mukherjee and Naka (1995) applied VECM to analyze the relationship between Japanese Stock Market and exchange rate, inflation, money supply, real economic activity, long-term government bond rate, and call money rate. They concluded that a co integrating relation existed and that stock prices contributed to this relation. Maysami and Koh (2000) applied similar relationship in Singapore. Meanwhile, Maysami and Sims (2002, 2001a, 2001b) employed the Error-Correction Modelling technique to examine the relationship between macroeconomic variables and stock returns in Hong Kong and Singapore (Maysami and Sim, 2002b), Malaysia and Thailand (Maysami and Sim, 2001a), and Japan and Korea (Maysami and Sim, 2001b). Similarly, Omran (2003) utilized VECM on examining the impact of real interest rates as a key factor in the performance of the Egyptian stock market. Vuyyuri (2005) used similar methodology to investigate the co integrating relationship and causality between the financial and the real sectors of the Indian economy using monthly observation from 1992 to 2002. Therefore, this study will extend the literatures through utilizing Johansen's (1988) VECM to examine the long-run equilibrium relationship between monetary variables and stock market indices particularly.

Furthermore, we would like to emphasize on the research framework including the theoretical and conceptual framework. Based on the framework, then the study will develop a research hypotheses which as the basic tools in order to examine the research objectives.

3. Research hypotheses

The research model and hypotheses that are use in this paper are based on the study of Rigobon and Sack (2003). The first objective is to examine the effect of monetary policy in order to achieve the monetary goals. Hence, the proxies are the Bank Indonesia (BI) Rate and Money

Market Rate, where as the representation of monetary policy. Meanwhile, the monetary goals represent by Inflation Rate, Output Growth, and Exchange Rate. We hypothesize that there is a significant effect of monetary instruments toward the monetary goals. The main reason is that the credibility and the effectiveness of these particular monetary instruments are mainly determined through the achievement of monetary objectives, namely price stability and economic growth. Therefore, we expect that the monetary instruments can be effectively achieving its objectives.

Accordingly, the second objective is to analyze the impact of monetary policy toward Indonesian Stock Market. The proxies for monetary policy are similar to the first research question. There are Bank Indonesia (BI) Rate and Money Market Rate. On stock market side, the paper utilizes the Jakarta Composite Index (JCI). We hypothesize that there is a significant effect of monetary instruments toward the financial market performance particular on stock market. The main reason is that the effectiveness of these particular monetary instruments toward the macroeconomic stabilization, which are price stability and economic growth, also determined through the financial systems channels. Based on the monetary policy transmission mechanisms, then the study expect that the monetary instruments can be effectively enhancing the financial stability through the stock market performance.

In order to simplify the models, we do not explicitly write down the four lags that are used in these particular models. According to empirical studies, Rigobon and Sack (2003) utilize five lags in terms of daily databases, Torbecke (1997) and Christiano (1994) used six lags in terms of monthly databases. Based on the Bank Indonesia decision process making, the inflation targeting board are revising new policy in quarterly. Nevertheless, in order to maintain the flexibility, the board will construct new policies depends on the significant changes on markets. Therefore, at the first hypothesis, this study will optimize four lags in terms of examining and evaluating the time lags of any policy adjustment. However, the results will provide the time lags suggestion for every research model in this study. The following are the research models as we stated on above.

$$JCI_t = \alpha BI_t + \beta ER_t + \gamma INFL_t + \delta MM_t + \theta Q_t + \epsilon_{1t} \quad (1)$$

$$BI_t = \vartheta JCI_t + \mu ER_t + \pi INFL_t + \phi MM_t + \rho Q_t + \epsilon_{2t} \quad (2)$$

Where, $INFL_t$ is the Inflation Rate on time t ; Q_t is the Output Growth at time t ; ER_t is the Exchange Rate at time t ; BI_t is the Bank Indonesia Rate at time t ; MM_t is the Money Market Rate at time t ; JCI_t is the Jakarta Composite Index at time t ; and ϵ_{1t} is the error term.

4. Research methodology

This paper utilize database in quarterly, which is from Q1:1990 to Q3:2009. The data mainly as a secondary data and collected from International Financial Statistic (IFS)-IMF, CEIC Database and Bank Indonesia as well. The variables that are used in this paper are Gross Domestic Product (GDP) Growth, Bank Indonesia (BI) Rate, Exchange Rate, Inflation Rate, Money Market Rate, and Jakarta Composite Index (JCI). Nevertheless, in order to get additional data to sharpen the analysis, this paper also optimizes the Central Bank Annual Reports, The IMF Reports, World Economic Outlook Database by IMF, and other sources of data.

• Vector Autoregression (VAR) Approach

Stock & Watson (2001) define a univariate autoregression is a single equation, single variable linear model in which the current value of a variable is explained by its own lagged values. This is just a multiple time-series generalization of the Autoregressive (AR) model. The VAR model can be estimate by using the Ordinary Least Square method (Maddala, 2000). The uses of Vector Autoregressive Model are forecasting, causality analysis, impulse response analysis, forecast error variance decomposition and policy analysis (Lutkepohl, 2003).

• Impulse Response Analysis

Impulse responses trace out the response of current and future values of each of the variables to a one-unit increase in the current value of one of the VAR errors, assuming that this error returns to zero in subsequent periods and that all others errors are equal to zero. The implied thought experiment of changing one error while holding others constant makes most sense when the errors are uncorrelated across equations, so impulse responses are typically calculated for recursive and structural VARs (Stock & Watson, 2001).

• **Variance Decomposition**

In practice, forecast error variance decompositions are also popular tools for interpreting VAR models. Stock & Watson (2001) define forecast error decomposition is the percentage of the variance of the error made in forecasting a variable due to a specific shock at a given horizon. Thus, the forecast error decomposition is like a partial R² for the forecast error, by forecast horizon. According to Enders (2004), the forecast error variance decomposition tells us the proportion of the movements in a sequence due to its “own” shocks versus shocks to the other variable. The impulse analysis and variance decompositions can be useful tools to examine the relationships among economic variables. Therefore, we would like to apply this approach to sharpen our analysis. Recently, study of Lutkepohl also confirmed that VAR model is useful to do the forecasting, causality analysis, impulse response analysis, and policy analysis.

5.Results and analysis

According to the Unit Root test using the Augmented Dickey-Fuller (ADF) test, the result are some variables are stationary at first difference or I(1). Therefore, we adopt the Vector Error Correction (VEC) Model instead of VAR model. The following are brief summary of unit root test by using ADF test, given as follows:

Table 2
Unit Root Test Summary

	LEVEL	FIRST DIFFERENCE
Ln BI	-1.326869 (5) [0.6130]	-6.048195 (4) [0.0000]
Ln ER	-1.247110 (3) [0.6499]	-5.658898 (2) [0.0000]
Ln INFL	-6.028556 (3) [0.0000]	-3.387394 (3) [0.0148]
LN JCI	-0.399059 (0) [0.9034]	-8.469266 (0) [0.0000]
Ln MM	-1.703046 (0) [-0.4258]	-7.394779 (0) [0.0000]
Ln Q	-9.217619 (0) [0.0000]	-4.754084 (10) [0.0004]

The number without the parenthesis is the test statistic to be compared with McKinnon one sided p-values following by the optimal lag(s) of the data at first difference level chosen by SIC criterion which is written on the same line. The value in the parenthesis on the second line is the probability. The result in the table 1 shows that most of the variables are stationary at the first difference as the null hypotheses have been rejected except inflation and output growth that already stationary at level. The non-stationary requires the co integration to be the method.

In order to run the co integration method, we should take the appropriate lags in our model based on the Schwarz criterion, which is the lowest is the better result for lags. It will automatically result from Eviews program when we tests the ADF unit root test. Furthermore, in

vector error correction model, we can examine the long run relationship between variables. If there is a long run relations, it will be shows the co integrating relations.

According to table 1 (Appendix), we can see that from the co integration summary result, there is one model that most appropriate in terms of constructing the VEC model, which is assumption four (the stars). The linier with intercept and trend will be our basic model. Then, we run again the Johansen Co integration by choosing the forth assumption and the result are given through Table 2 in Appendix. As in the theory, in order to know if a VEC is appropriate, a cointegration test has to be conducted. VEC model is appropriate in our estimation if there is at least one co integrating equation in the model. From the result on Table 2, Trace and Maximum Eigenvalues confirm the presence of the cointegration by having the rank equal to one and the SIC value is lowest at the type linier with intercept and trend. The result also confirms not rejecting the null hypothesis of the presence of the cointegration as the Trace and Maximum Eigenvalue are lower than the 0.05 critical values. There are three cointegrating equation in the model. It means that the VEC is significantly appropriate in terms of our estimation model.

Furthermore, the result of Pairwise Granger Causality Test, we can determine that some variables are have a causally relations to other variables. The following are the results under the 95% confidence level. There are the exchange rate significantly affecting the BI rate; the causally relations between inflation and BI rate; causally relation between money market rate and BI rate; the BI rate significantly affecting JCI; causally relations between money market rate and exchange rate as well as the output growth and money market rate; also the JCI significantly affecting the exchange rate. Under the 90% confidence level, the output growth has a causally relations to BI rate as well as the money market rate and inflation; inflation significantly affecting JCI; also the exchange rate affecting money market rate. The exchange rate is significantly affecting JCI under 99% confidence levels.

The result confirms that monetary policy in terms BI rate as well as the money market rate are significantly affecting the JCI through the financial system transmission mechanisms. In terms of inflation targeting regime, the central bank plays a role of controlling the inflation target, since it has a significant impact as well to the stock market.

According to the Impulse Responses results (Figure 2) and Table 4 (Appendix), we can examine that most of the macroeconomic variables that are used in this paper are have the common direction or responses to the change on each variables. The BI rate, the exchange rate, JCI and money market rate have a similar direction (positive) to response in terms of the change in economy (the economic shocks) at most condition. Meanwhile, the output growth and inflation have a negative direction to response because of the economic change/shocks.

Figure 2
Impulse Responses

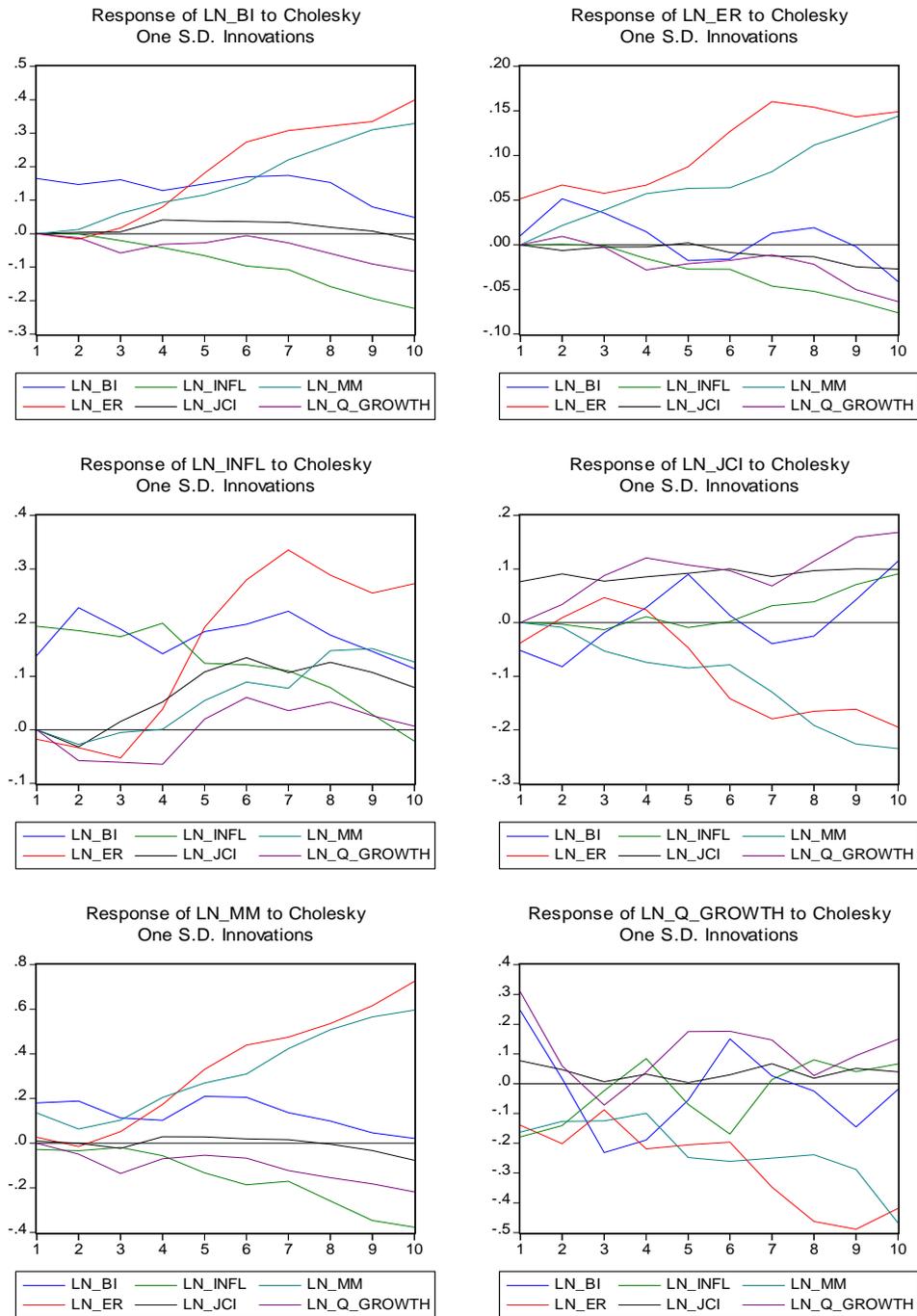
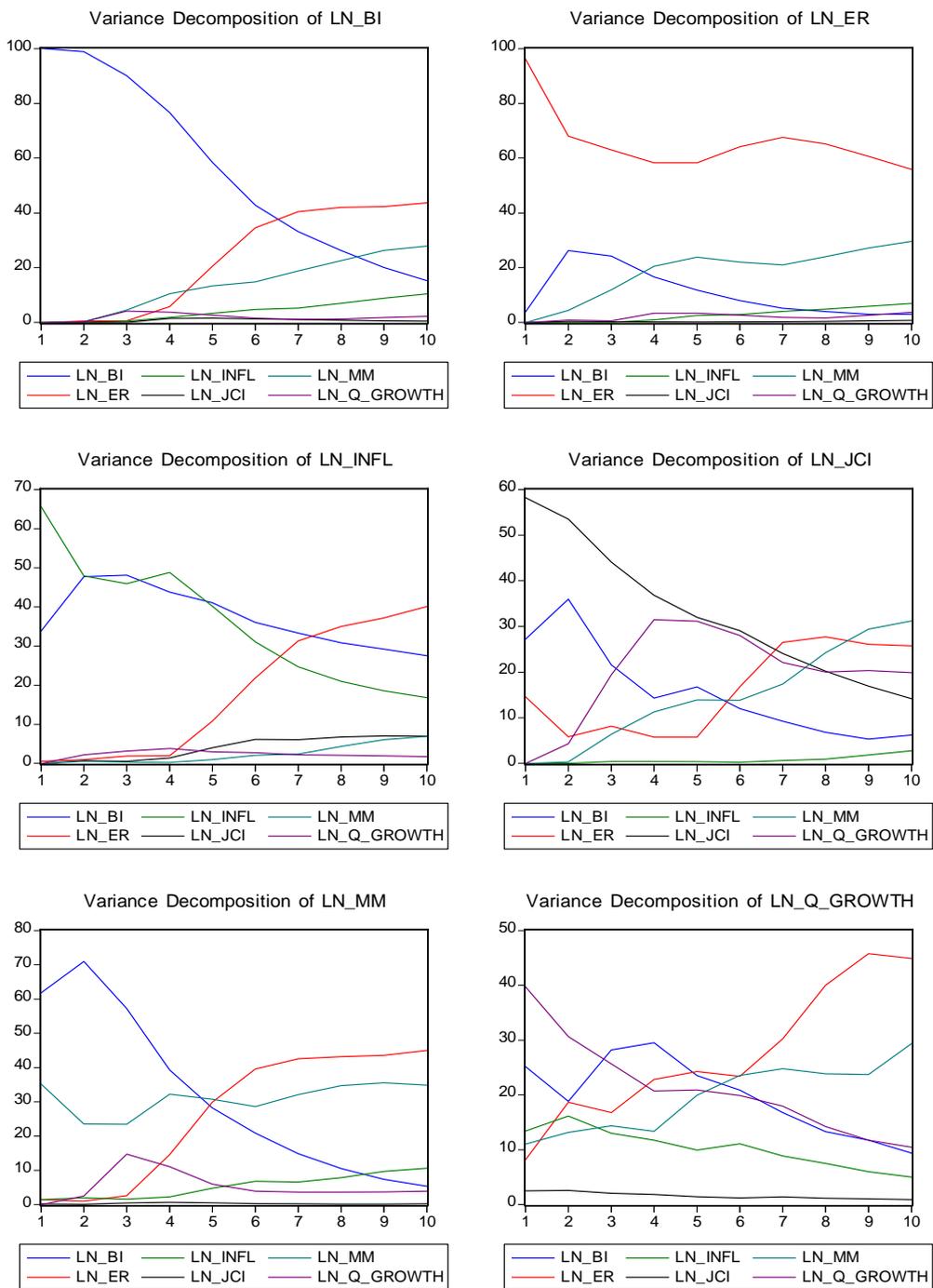


Figure 3
Variance Decomposition



Increasingly, from the variance decomposition results (Figure 3) and Table 5 (Appendix), we can investigate that BI rate has most significant influence to the stock market in particular. BI rate has 60% to almost 100% impact on affecting the stock market as well as the other macroeconomic indicators. The exchange rate has 50% to 80 % influence to the stock market performance. The remains are the inflation rate, which has 40% to 70% impact to the stock market. Based on these results, we can determine that the monetary policy has significant effect on the stock market particularly, as well as the macroeconomic stability. In conclusion, the monetary policy is significantly effective to achieve its goals that are the price stability as well as the financial system stability through the stability performance of stock market.

Conclusions and recommendations

Based on the research findings, we conclude that under the inflation-targeting regime, Bank Indonesia significantly has high influence to the macroeconomic stability. Through the monetary policy transmission mechanisms, Bank Indonesia effectively utilizes all the monetary instruments in order to achieve their objectives that are price stability and economic growth. The stance of monetary policy also has a significant impact to the financial system stability. This paper found that the Indonesian stock market are significantly affecting by the monetary policy stance through its instruments such as the Bank Indonesia rate as the single instrument in terms of inflation-targeting framework as well as the money market rate.

Therefore, this paper would like to recommend to Bank Indonesia as the monetary authority to improve the efficiency and effectiveness of the monetary policy particular on the financial system. The expected result from the policy is to control and boost up the foreign investment through stock market as well as the price stability and economic growth achievement.

APPENDIX

Table 1
Co-integration Summary

Series: LN_BI LN_ER LN_INFL LN_JCI LN_MM LN_Q_GROWTH

Lags interval: 1 to 4

Selected (0.05 level*) Number of Cointegrating Relations by Model

Data Trend:	None	None	Linear	Linear	Quadratic
Test Type	No Intercept	Intercept	Intercept	Intercept	Intercept
	No Trend	No Trend	No Trend	Trend	Trend
Trace	3	2	2	3	3
Max-Eig	3	2	2	3	3

*Critical values based on MacKinnon-Haug-Michelis (1999)

Information Criteria by Rank and Model

Data Trend:	None	None	Linear	Linear	Quadratic
Rank or	No Intercept	Intercept	Intercept	Intercept	Intercept
No. of CEs	No Trend	No Trend	No Trend	Trend	Trend

Log Likelihood by Rank (rows) and Model (columns)

0	242.3670	242.3670	251.0767	251.0767	252.5785
---	----------	----------	----------	----------	----------

1	275.5736	278.6556	287.3106	292.1720	292.9193
2	300.8015	304.2956	311.4135	316.8723	317.6191
3	314.3332	318.1024	323.1296	336.3877	337.1010
4	320.2289	325.7383	329.2583	347.6872	348.3918
5	321.0073	329.5027	329.7961	353.6467	353.7617
6	321.0090	329.8138	329.8138	354.1598	354.1598

Akaike Information Criteria by Rank (rows) and Model (columns)

0	-4.098624	-4.098624	-4.211529	-4.211529	-4.024102
1	-4.982232	-5.068983	-5.221276	-5.382167	-5.204969
2	-5.533397	-5.595649	-5.725561	-5.869677	-5.734131
3	-5.597218	-5.629265	-5.713734	-6.141155*	-6.045875
4	-5.342870	-5.405761	-5.469094	-6.070299	-6.016326
5	-4.875303	-5.020945	-4.991504	-5.776945	-5.740069
6	-4.375375	-4.492240	-4.492240	-5.256657	-5.256657

Schwarz Criteria by Rank (rows) and Model (columns)

0	1.514979	1.514979	1.635974	1.635974	2.057301
1	1.099171	1.051403	1.094028	0.972120*	1.344234
2	1.015806	1.031521	1.057543	0.991393	1.282873
3	1.419786	1.504689	1.537170	1.226698	1.438929
4	2.141934	2.234977	2.249610	1.804338	1.936278
5	3.077302	3.126576	3.195000	2.604476	2.680335
6	4.045029	4.162065	4.162065	3.631548	3.631548

Table 2
Co-integration Test

Trend assumption: Linear deterministic trend (restricted)

Series: LN_BI LN_ER LN_INFL LN_JCI LN_MM LN_Q_GROWTH

Lags interval (in first differences): 1 to 4

Unrestricted Cointegration Rank Test (Trace)

Hypothesized	Eigenvalue	Trace Statistic	0.05 Critical Value	Prob.**
None *	0.819551	206.1661	117.7082	0.0000
At most 1 *	0.642699	123.9755	88.80380	0.0000
At most 2 *	0.556539	74.57501	63.87610	0.0049

Trace test indicates 3 cointegrating eqn(s) at the 0.05 level

* denotes rejection of the hypothesis at the 0.05 level

**MacKinnon-Haug-Michelis (1999) p-values

Unrestricted Cointegration Rank Test (Maximum Eigenvalue)

Hypothesized		Max-Eigen	0.05	
No. of CE(s)	Eigenvalue	Statistic	Critical Value	Prob.**
None *	0.819551	82.19062	44.49720	0.0000
At most 1 *	0.642699	49.40050	38.33101	0.0019
At most 2 *	0.556539	39.03096	32.11832	0.0061

Max-eigenvalue test indicates 3 cointegrating eqn(s) at the 0.05 level

* denotes rejection of the hypothesis at the 0.05 level

**MacKinnon-Haug-Michelis (1999) p-values

Unrestricted Cointegrating Coefficients (normalized by b*S11*b=I):

LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH	@TREND(2)
10.35325	-9.049707	3.149989	-9.093080	-8.622210	4.829329	0.440746
-22.66537	5.961232	10.05386	3.726592	12.55172	-0.194099	-0.307688
45.52114	-20.84330	-3.821325	-9.786950	-33.35832	-9.164140	0.932197
13.70967	6.218039	-2.876248	2.305123	-12.74163	-2.540873	-0.249530
-4.158835	-3.010891	-4.367122	-2.363666	-0.087369	-2.359213	0.139923
21.56337	-1.997966	-1.211270	0.187089	-17.28400	3.087290	-0.047369

Unrestricted Adjustment Coefficients (alpha):

D(LN_BI)	-0.034588	0.004683	-0.031182	0.003658	0.045395	0.002209
D(LN_ER)	0.013699	-0.013940	0.005190	-0.012637	0.008347	1.88E-05
D(LN_INFL)	-0.053215	-0.075391	-0.046212	0.049580	0.033444	-0.002540
D(LN_JCI)	0.052760	0.017789	0.011061	0.026492	-0.013210	0.002262
D(LN_MM)	-0.092324	-0.016737	-0.011116	-0.011810	0.046285	0.014693
D(LN_Q_GROWTH)	-0.178801	0.145686	0.092336	0.046959	0.092830	-0.010421

1 Cointegrating Equation(s): Log likelihood 292.1720

Normalized cointegrating coefficients (standard error in parentheses)

LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH	@TREND(2)
1.000000	-0.874093	0.304251	-0.878283	-0.832802	0.466455	0.042571
	(0.14779)	(0.10058)	(0.10143)	(0.06077)	(0.09594)	(0.00710)

Adjustment coefficients (standard error in parentheses)

D(LN_BI)	-0.358098 (0.23858)
D(LN_ER)	0.141827 (0.07434)
D(LN_INFL)	-0.550943 (0.35070)
D(LN_JCI)	0.546236 (0.14355)
D(LN_MM)	-0.955851 (0.33371)
D(LN_Q_GROWTH)	-1.851169 (0.71723)

2 Cointegrating Equation(s): Log likelihood 316.8723

Normalized cointegrating coefficients (standard error in parentheses)

LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH	@TREND(2)
1.000000	0.000000	-0.765444 (0.11016)	0.142830 (0.05293)	-0.433694 (0.06751)	-0.188513 (0.10631)	0.001096 (0.00156)
0.000000	1.000000	-1.223777 (0.19819)	1.168197 (0.09523)	0.456597 (0.12146)	-0.749312 (0.19127)	-0.047450 (0.00281)

Adjustment coefficients (standard error in parentheses)

D(LN_BI)	-0.464237 (0.57367)	0.340926 (0.24949)
D(LN_ER)	0.457791 (0.16288)	-0.207072 (0.07083)
D(LN_INFL)	1.157822 (0.74297)	0.032152 (0.32311)
D(LN_JCI)	0.143041 (0.33233)	-0.371417 (0.14453)
D(LN_MM)	-0.576502 (0.79822)	0.735730 (0.34714)
D(LN_Q_GROWTH)	-5.153206 (1.54298)	2.486565 (0.67103)

3 Cointegrating Equation(s): Log likelihood 336.3877

Normalized cointegrating coefficients (standard error in parentheses)

LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH	@TREND(2)
1.000000	0.000000	0.000000	1.261547 (0.19710)	-1.002617 (0.24524)	-2.437087 (0.38641)	-0.013710 (0.00553)
0.000000	1.000000	0.000000	2.956778 (0.35327)	-0.452985 (0.43957)	-4.344287 (0.69258)	-0.071121 (0.00992)
0.000000	0.000000	1.000000	1.461525 (0.28159)	-0.743258 (0.35038)	-2.937605 (0.55207)	-0.019343 (0.00791)

Adjustment coefficients (standard error in parentheses)

D(LN_BI)	-1.883659 (1.14385)	0.990854 (0.51781)	0.057284 (0.24703)
D(LN_ER)	0.694057 (0.33431)	-0.315254 (0.15134)	-0.116837 (0.07220)
D(LN_INFL)	-0.945793 (1.46041)	0.995360 (0.66111)	-0.749006 (0.31539)
D(LN_JCI)	0.646547 (0.68121)	-0.601963 (0.30837)	0.302774 (0.14712)
D(LN_MM)	-1.082534 (1.65784)	0.967433 (0.75048)	-0.416610 (0.35803)
D(LN_Q_GROWTH)	-0.949979 (3.04674)	0.561984 (1.37921)	0.548646 (0.65798)

4 Cointegrating Equation(s): Log likelihood 347.6872

Normalized cointegrating coefficients (standard error in parentheses)

LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH	@TREND(2)
1.000000	0.000000	0.000000	0.000000	-0.929843 (0.07690)	-0.299282 (0.10646)	0.000346 (0.00146)
0.000000	1.000000	0.000000	0.000000	-0.282421 (0.18641)	0.666241 (0.25805)	-0.038177 (0.00354)
0.000000	0.000000	1.000000	0.000000	-0.658949 (0.15275)	-0.460918 (0.21145)	-0.003059 (0.00290)
0.000000	0.000000	0.000000	1.000000	-0.057686 (0.18329)	-1.694590 (0.25372)	-0.011142 (0.00348)

Adjustment coefficients (standard error in parentheses)

D(LN_BI)	-1.833505 (1.18236)	1.013602 (0.53530)	0.046762 (0.25488)	0.645568 (0.30970)
D(LN_ER)	0.520804 (0.31409)	-0.393833 (0.14220)	-0.080489 (0.06771)	-0.256442 (0.08227)
D(LN_INFL)	-0.266070	1.303649	-0.891609	0.769493

	(1.39991)	(0.63380)	(0.30177)	(0.36669)
D(LN_JCI)	1.009740	-0.437237	0.226578	-0.460644
	(0.63603)	(0.28796)	(0.13711)	(0.16660)
D(LN_MM)	-1.244442	0.894000	-0.382643	0.858708
	(1.70938)	(0.77391)	(0.36848)	(0.44775)
D(LN_Q_GROWTH)	-0.306186	0.853978	0.413580	1.373326
	(3.10511)	(1.40581)	(0.66936)	(0.81334)

5 Cointegrating Equation(s):

Log likelihood 353.6467

Normalized cointegrating coefficients (standard error in parentheses)

LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH	@TREND(2)
1.000000	0.000000	0.000000	0.000000	0.000000	0.606467	0.001925
					(0.39345)	(0.00545)
0.000000	1.000000	0.000000	0.000000	0.000000	0.941344	-0.037697
					(0.24672)	(0.00342)
0.000000	0.000000	1.000000	0.000000	0.000000	0.180956	-0.001940
					(0.27872)	(0.00386)
0.000000	0.000000	0.000000	1.000000	0.000000	-1.638399	-0.011044
					(0.24023)	(0.00333)
0.000000	0.000000	0.000000	0.000000	1.000000	0.974088	0.001698
					(0.46098)	(0.00638)

Adjustment coefficients (standard error in parentheses)

D(LN_BI)	-2.022295	0.876922	-0.151483	0.538269	1.346590
	(1.06531)	(0.48454)	(0.24472)	(0.28211)	(0.76818)
D(LN_ER)	0.486089	-0.418966	-0.116942	-0.276172	-0.305937
	(0.30011)	(0.13650)	(0.06894)	(0.07947)	(0.21640)
D(LN_INFL)	-0.405158	1.202953	-1.037663	0.690443	0.419439
	(1.35061)	(0.61431)	(0.31026)	(0.35767)	(0.97391)
D(LN_JCI)	1.064679	-0.397462	0.284269	-0.429419	-0.936991
	(0.61965)	(0.28184)	(0.14235)	(0.16409)	(0.44682)
D(LN_MM)	-1.436935	0.754639	-0.584776	0.749305	1.103214
	(1.63012)	(0.74144)	(0.37447)	(0.43169)	(1.17545)
D(LN_Q_GROWTH)	-0.692251	0.574476	0.008178	1.153906	-0.316336
	(2.92648)	(1.33108)	(0.67227)	(0.77499)	(2.11024)

Table 3
Vector Error Correction Estimates

Standard errors in () & t-statistics in []

Cointegrating Eq:	CointEq1					
LN_BI(-1)	1.000000					
LN_ER(-1)	-0.058036 (0.03421) [-1.69654]					
LN_INFL(-1)	-0.609794 (0.11748) [-5.19058]					
LN_JCI(-1)	0.400955 (0.04936) [8.12346]					
LN_MM(-1)	-0.550995 (0.07049) [-7.81609]					
LN_Q_GROWTH(-1)	-0.759274 (0.11077) [-6.85466]					
C	-0.899675					
Error Correction:	D(LN_BI)	D(LN_ER)	D(LN_INFL)	D(LN_JCI)	D(LN_MM)	D(LN_Q_GROWTH)
CointEq1	0.203848 (0.23643) [0.86219]	-0.071771 (0.07548) [-0.95085]	0.445518 (0.34197) [1.30278]	-0.490872 (0.14323) [-3.42707]	0.846696 (0.32896) [2.57387]	1.669149 (0.70039) [2.38316]
D(LN_BI(-1))	-0.217087 (0.44053) [-0.49279]	-0.045523 (0.14064) [-0.32369]	1.062270 (0.63718) [1.66713]	-0.058680 (0.26688) [-0.21987]	0.558853 (0.61293) [0.91177]	-0.213556 (1.30501) [-0.16364]
D(LN_BI(-2))	0.169527 (0.58926) [0.28769]	-0.446875 (0.18812) [-2.37543]	0.509030 (0.85231) [0.59723]	0.275451 (0.35699) [0.77160]	0.943802 (0.81987) [1.15116]	0.889719 (1.74561) [0.50969]
D(LN_BI(-3))	-0.629868 (0.70025) [-0.89948]	-0.184949 (0.22356) [-0.82730]	-0.141119 (1.01285) [-0.13933]	0.551764 (0.42423) [1.30064]	-0.676257 (0.97430) [-0.69409]	-0.117267 (2.07441) [-0.05653]
D(LN_BI(-4))	-0.428723 (0.66943) [-0.64043]	-0.111132 (0.21372) [-0.51999]	-0.318009 (0.96827) [-0.32843]	0.901665 (0.40555) [2.22330]	-0.289989 (0.93142) [-0.31134]	0.217971 (1.98310) [0.10991]
D(LN_ER(-1))	-0.377615 (0.77335) [-0.48829]	0.193274 (0.24689) [0.78282]	-0.782097 (1.11858) [-0.69919]	1.229093 (0.46851) [2.62342]	-0.815656 (1.07600) [-0.75804]	-2.751251 (2.29094) [-1.20093]
D(LN_ER(-2))	0.046336 (0.77678) [0.05965]	0.109086 (0.24799) [0.43988]	-0.166916 (1.12354) [-0.14856]	0.909954 (0.47059) [1.93365]	-0.196198 (1.08078) [-0.18153]	-1.505673 (2.30111) [-0.65432]
D(LN_ER(-3))	0.908273 (0.63452) [1.43142]	0.020862 (0.20257) [0.10298]	1.127799 (0.91778) [1.22883]	0.616039 (0.38441) [1.60257]	1.184458 (0.88285) [1.34163]	-5.287009 (1.87970) [-2.81269]
D(LN_ER(-4))	0.716682 (0.85369) [0.83951]	0.036895 (0.27254) [0.13537]	0.544772 (1.23478) [0.44119]	0.376378 (0.51718) [0.72775]	1.114965 (1.18779) [0.93869]	-1.988526 (2.52894) [-0.78631]
D(LN_INFL(-1))	0.089072 (0.17601) [0.50606]	0.017535 (0.05619) [0.31205]	-0.005523 (0.25458) [-0.02169]	-0.206134 (0.10663) [-1.93317]	0.235876 (0.24489) [0.96318]	0.369709 (0.52141) [0.70906]

D(LN_INFL(-2))	-0.096401 (0.16459) [-0.58570]	0.010390 (0.05255) [0.19773]	0.028715 (0.23806) [0.12062]	-0.193093 (0.09971) [-1.93651]	0.031686 (0.22900) [0.13837]	0.435568 (0.48758) [0.89333]
D(LN_INFL(-3))	0.021071 (0.16684) [0.12630]	-0.089107 (0.05326) [-1.67296]	0.372959 (0.24131) [1.54554]	-0.082716 (0.10107) [-0.81838]	0.233447 (0.23213) [1.00568]	0.982513 (0.49423) [1.98797]
D(LN_INFL(-4))	0.019095 (0.13474) [0.14171]	-0.077601 (0.04302) [-1.80395]	0.108241 (0.19489) [0.55539]	-0.293269 (0.08163) [-3.59268]	0.112970 (0.18747) [0.60259]	0.383801 (0.39916) [0.96153]
D(LN_JCI(-1))	0.003921 (0.27341) [0.01434]	-0.109297 (0.08729) [-1.25216]	-0.357742 (0.39546) [-0.90462]	0.270189 (0.16564) [1.63122]	-0.218059 (0.38041) [-0.57322]	-0.162965 (0.80994) [-0.20121]
D(LN_JCI(-2))	0.016509 (0.28488) [0.05795]	0.130165 (0.09095) [1.43118]	0.306474 (0.41205) [0.74377]	0.025535 (0.17259) [0.14796]	-0.475988 (0.39637) [-1.20086]	-0.889240 (0.84392) [-1.05370]
D(LN_JCI(-3))	0.331261 (0.29202) [1.13438]	0.043106 (0.09323) [0.46237]	0.185364 (0.42238) [0.43886]	0.236534 (0.17691) [1.33702]	0.154038 (0.40630) [0.37912]	0.036980 (0.86507) [0.04275]
D(LN_JCI(-4))	0.091177 (0.30528) [0.29867]	0.023480 (0.09746) [0.24092]	0.510628 (0.44156) [1.15641]	0.201375 (0.18494) [1.08883]	-0.229698 (0.42475) [-0.54078]	-1.330182 (0.90435) [-1.47086]
D(LN_MM(-1))	0.154560 (0.21429) [0.72127]	0.156012 (0.06841) [2.28048]	-0.178061 (0.30995) [-0.57449]	-0.206450 (0.12982) [-1.59029]	-0.252737 (0.29815) [-0.84768]	0.224512 (0.63480) [0.35367]
D(LN_MM(-2))	0.350604 (0.27117) [1.29294]	0.203732 (0.08657) [2.35334]	-0.048246 (0.39222) [-0.12301]	-0.450216 (0.16428) [-2.74056]	-0.225502 (0.37729) [-0.59769]	-0.450342 (0.80330) [-0.56062]
D(LN_MM(-3))	0.411640 (0.30370) [1.35543]	0.215642 (0.09696) [2.22411]	-0.491806 (0.43927) [-1.11960]	-0.339943 (0.18399) [-1.84766]	0.152559 (0.42255) [0.36104]	-0.634931 (0.89966) [-0.70574]
D(LN_MM(-4))	0.115518 (0.27487) [0.42027]	0.156656 (0.08775) [1.78521]	-0.045306 (0.39757) [-0.11396]	-0.257249 (0.16652) [-1.54486]	-0.044214 (0.38244) [-0.11561]	-0.857652 (0.81425) [-1.05330]
D(LN_Q_GROWTH(-1))	0.114801 (0.15865) [0.72361]	-0.023565 (0.05065) [-0.46526]	0.151721 (0.22947) [0.66117]	-0.262948 (0.09611) [-2.73581]	0.483506 (0.22074) [2.19039]	0.463191 (0.46998) [0.98555]
D(LN_Q_GROWTH(-2))	-0.021928 (0.11168) [-0.19635]	-0.022376 (0.03565) [-0.62759]	0.163168 (0.16153) [1.01013]	-0.150686 (0.06766) [-2.22723]	0.135826 (0.15538) [0.87414]	0.051249 (0.33083) [0.15491]
D(LN_Q_GROWTH(-3))	0.058310 (0.08697) [0.67043]	-0.013297 (0.02777) [-0.47888]	0.103199 (0.12580) [0.82035]	-0.091926 (0.05269) [-1.74464]	0.219655 (0.12101) [1.81515]	-0.039201 (0.25765) [-0.15215]
D(LN_Q_GROWTH(-4))	0.022898 (0.06542) [0.35002]	0.002262 (0.02089) [0.10832]	0.131100 (0.09462) [1.38550]	-0.012603 (0.03963) [-0.31801]	0.034756 (0.09102) [0.38185]	0.013126 (0.19380) [0.06773]
C	-0.039791 (0.04280) [-0.92969]	-0.003547 (0.01366) [-0.25958]	-0.049745 (0.06191) [-0.80355]	0.004253 (0.02593) [0.16404]	0.048435 (0.05955) [0.81333]	0.166002 (0.12679) [1.30927]
R-squared	0.436263	0.761059	0.610966	0.760291	0.594376	0.703522
Adj. R-squared	-0.204348	0.489534	0.168882	0.487895	0.133439	0.366615
Sum sq. resids	0.597986	0.060948	1.251045	0.219470	1.157625	5.247696
S.E. equation	0.164867	0.052634	0.238465	0.099880	0.229389	0.488397
F-statistic	0.681011	2.802911	1.382013	2.791124	1.289496	2.088179
Log likelihood	37.14028	91.94522	19.42427	61.19668	21.28689	-14.98716
Akaike AIC	-0.464178	-2.747717	0.273989	-1.466528	0.196380	1.707799
Schwarz SC	0.549389	-1.734150	1.287556	-0.452961	1.209947	2.721366

Mean dependent	-0.001585	0.010661	-0.025929	0.029948	0.020428	-0.006505
S.D. dependent	0.150231	0.073669	0.261574	0.139572	0.246418	0.613676
Determinant resid covariance (dof adj.)	2.75E-11					
Determinant resid covariance	2.55E-13					
Log likelihood	287.3106					
Akaike information criterion	-5.221276					
Schwarz criterion	1.094028					

Table 4
Impulse Responses

Response of LN_BI:						
Period	LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH
1	0.160163	0.000000	0.000000	0.000000	0.000000	0.000000
2	0.123804	-0.016768	0.020267	0.037941	0.022762	0.019864
3	0.123967	0.018916	-0.013024	0.053093	0.062017	-0.002489
4	0.173807	0.058788	-0.055310	0.085627	0.111886	0.017661
5	0.157874	0.123222	-0.107998	0.083227	0.136434	-0.000461
6	0.190274	0.240699	-0.170636	0.056240	0.180352	-0.028965
7	0.199104	0.312398	-0.220140	0.023307	0.231603	-0.053257
8	0.220436	0.386458	-0.288653	-0.026367	0.256176	-0.096816
9	0.186744	0.414139	-0.326946	-0.043502	0.299888	-0.124654
10	0.123304	0.426557	-0.348443	-0.056702	0.328307	-0.163535
Response of LN_ER:						
Period	LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH
1	0.019968	0.042338	0.000000	0.000000	0.000000	0.000000
2	0.064733	0.056764	-0.020267	-0.018167	0.018694	0.001263
3	0.046693	0.045655	-0.030700	-0.005392	0.036424	-0.007162
4	0.006543	0.056394	-0.047260	0.002768	0.046695	-0.022022
5	0.002458	0.079381	-0.063371	-0.002078	0.051211	-0.019844
6	0.012104	0.105050	-0.072313	-0.019536	0.047091	-0.022032
7	0.029744	0.138637	-0.095734	-0.031114	0.063731	-0.033621
8	0.022944	0.142269	-0.104315	-0.036924	0.085274	-0.042926
9	0.005700	0.138636	-0.109832	-0.046556	0.087030	-0.062171
10	-0.024987	0.134141	-0.115820	-0.041742	0.093178	-0.063660
Response of LN_INFL:						
Period	LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH
1	0.127061	-0.069481	0.144372	0.000000	0.000000	0.000000
2	0.167320	-0.077746	0.091747	-0.000219	-0.030467	-0.012021
3	0.093281	-0.118230	0.081069	0.080795	-0.012836	0.048318
4	0.146653	-0.078772	0.071352	0.122831	0.001112	0.053046
5	0.186895	0.008518	-0.052775	0.164248	0.085802	0.088147
6	0.133853	0.127259	-0.099598	0.132291	0.114310	0.059437
7	0.236380	0.298459	-0.144178	0.015543	0.088525	-0.018553
8	0.213304	0.317802	-0.177028	-0.040336	0.142662	-0.022684
9	0.220682	0.318442	-0.205903	-0.108085	0.138269	-0.083415
10	0.174427	0.244138	-0.193878	-0.090381	0.150786	-0.105948
Response of LN_JCI:						
Period	LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH
1	-0.042905	-0.054819	0.002166	0.065172	0.000000	0.000000
2	-0.045060	-0.019375	0.004421	0.053210	-0.012505	0.009509
3	0.048759	0.019091	0.000115	0.002633	-0.054515	0.022840
4	0.064905	-0.004182	0.046393	-0.005143	-0.077056	0.041434
5	0.122103	-0.032890	0.054320	-0.016034	-0.105251	0.037571
6	0.082589	-0.125740	0.108977	0.010299	-0.101354	0.059660
7	0.007729	-0.208414	0.168610	0.028578	-0.157086	0.052693
8	0.015286	-0.246870	0.200378	0.057003	-0.204499	0.092296
9	0.045871	-0.283844	0.248743	0.072750	-0.244156	0.144364
10	0.127514	-0.287951	0.273483	0.072979	-0.269999	0.155745
Response of LN_MM:						
Period	LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH

1	0.178481	0.027657	-0.045545	0.017857	0.137374	0.000000
2	0.158627	-0.001995	-0.029521	0.043802	0.070984	-0.012834
3	0.062317	0.057843	-0.025813	0.063724	0.101253	-0.060189
4	0.148087	0.142287	-0.117637	0.087493	0.216258	-0.004891
5	0.258130	0.261090	-0.252824	0.076226	0.284278	-0.033655
6	0.226810	0.389745	-0.323992	0.068896	0.330830	-0.086843
7	0.128272	0.480536	-0.365707	0.029488	0.416767	-0.151647
8	0.212581	0.629481	-0.501686	-0.061752	0.465544	-0.190790
9	0.209515	0.703583	-0.585560	-0.101712	0.515091	-0.227272
10	0.122427	0.742035	-0.604901	-0.123719	0.559468	-0.306113

Response of LN_Q_GROWTH:

Period	LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH
1	0.269433	-0.090345	-0.045216	-0.015000	-0.130273	0.286350
2	0.029384	-0.121644	0.089419	0.068289	-0.098346	0.049432
3	-0.220397	-0.024190	0.174669	0.047969	-0.090307	-0.080380
4	-0.207018	-0.153659	0.135761	-0.050585	-0.088495	-0.030960
5	0.091220	-0.120786	0.069306	-0.088434	-0.221259	0.108420
6	0.146313	-0.184542	0.121115	0.042328	-0.205293	0.118089
7	-0.000431	-0.310345	0.300650	0.104861	-0.188320	0.108897
8	-0.003893	-0.361005	0.281343	0.059687	-0.219787	0.093899
9	-0.034961	-0.342972	0.278592	0.094196	-0.254940	0.185338
10	0.134413	-0.301514	0.328174	0.064006	-0.385533	0.173311

Cholesky Ordering: LN_BI LN_ER LN_INFL LN_JCI LN_MM LN_Q_GROWTH

Table 5
Variance Decomposition

Variance Decomposition of LN_BI:							
Period	S.E.	LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH
1	0.160163	100.0000	0.000000	0.000000	0.000000	0.000000	0.000000
2	0.209819	93.08524	0.638696	0.933036	3.269874	1.176876	0.896274
3	0.258051	84.61828	0.959612	0.871563	6.394957	6.553740	0.601846
4	0.351393	70.09944	3.316418	2.947535	9.386713	13.67270	0.577191
5	0.448096	55.52116	9.601448	7.621460	9.222182	17.67869	0.355053
6	0.600479	40.95820	21.41429	12.31915	6.012643	18.86534	0.430384
7	0.776718	31.05094	28.97558	15.39579	3.683681	20.16665	0.727367
8	0.979923	24.56862	33.75758	18.34964	2.386730	19.50431	1.433122
9	1.175113	19.61003	35.89479	20.50097	1.796736	20.07564	2.121821
10	1.355434	15.56698	36.88321	22.01764	1.525476	20.95620	3.050498

Variance Decomposition of LN_ER:							
Period	S.E.	LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH
1	0.046811	18.19597	81.80403	0.000000	0.000000	0.000000	0.000000
2	0.103419	42.90589	46.88533	3.840476	3.085861	3.267526	0.014909
3	0.131566	39.10677	41.01186	7.817698	2.074679	9.683438	0.305553
4	0.159497	26.77768	40.40708	14.09917	1.441780	15.16002	2.114280
5	0.196935	17.58000	42.75206	19.60280	0.956850	16.70607	2.402218
6	0.241411	11.95046	47.38607	22.01780	1.291642	14.92253	2.431495
7	0.306120	8.376253	49.98065	23.47348	1.836358	13.61479	2.718465
8	0.368558	6.166097	49.38097	24.20466	2.270571	14.74580	3.231909
9	0.425156	4.651653	47.74166	24.86284	2.905388	15.27142	4.567040
10	0.476726	3.974416	45.88894	25.67717	3.077489	15.96641	5.415576

Variance Decomposition of LN_INFL:							
Period	S.E.	LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH
1	0.204488	38.60885	11.54519	49.84596	0.000000	0.000000	0.000000
2	0.292140	51.71938	12.73881	34.28482	5.61E-05	1.087617	0.169316
3	0.351603	42.74359	20.10138	28.98512	5.280445	0.884133	2.005333
4	0.417529	42.64820	17.81404	23.47484	12.39907	0.627684	3.036164
5	0.504210	42.98454	12.24412	17.19292	19.11392	3.326218	5.138283

6	0.576506	38.27038	14.23840	16.13581	19.88626	6.475836	4.993312
7	0.711704	36.14265	26.92882	14.69159	13.09625	5.796333	3.344363
8	0.840745	32.33623	33.58533	14.96144	9.614794	7.032874	2.469330
9	0.968046	29.58768	36.15400	15.80935	8.498953	7.344934	2.605080
10	1.052074	27.79889	35.99435	16.78083	7.933577	8.272657	3.219696

Variance Decomposition of LN_JCI:

Period	S.E.	LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH
1	0.095384	20.23299	33.03065	0.051561	46.68481	0.000000	0.000000
2	0.120837	26.51229	23.15190	0.165959	48.47977	1.070898	0.619195
3	0.144374	29.97811	17.96686	0.116321	33.99412	15.00801	2.936582
4	0.186835	29.96889	10.77851	6.235276	20.37440	25.97135	6.671572
5	0.258060	38.09646	7.274178	7.699051	11.06573	30.24791	5.616670
6	0.339176	27.98260	17.95427	14.78014	6.497971	26.43962	6.345394
7	0.463935	14.98410	29.77723	21.10830	3.852543	25.59628	4.681545
8	0.608402	8.776040	33.77959	23.12118	3.117995	26.18163	5.023567
9	0.774883	5.760562	34.24198	24.55801	2.803568	26.06810	6.567785
10	0.936426	5.798750	32.90243	25.34514	2.527074	26.16321	7.263390

Variance Decomposition of LN_MM:

Period	S.E.	LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH
1	0.232132	59.11700	1.419522	3.849643	0.591756	35.02208	0.000000
2	0.295035	65.50365	0.883323	3.384324	2.570529	27.46894	0.189230
3	0.335971	53.95391	3.645345	3.200138	5.579805	30.26548	3.355324
4	0.472585	37.08797	10.90749	7.813576	6.247631	36.23681	1.706524
5	0.714012	29.31704	18.14948	15.96086	3.876652	31.72620	0.969761
6	0.969466	21.37595	26.00692	19.82640	2.607859	28.85442	1.328452
7	1.232289	14.31371	31.30283	21.07838	1.671340	29.29713	2.336616
8	1.571180	10.63552	35.30700	23.16171	1.182580	26.80129	2.911897
9	1.917741	8.332469	37.15933	24.87003	1.075080	25.20406	3.359022
10	2.243046	6.388744	38.10651	25.45205	1.090085	24.64478	4.317832

Variance Decomposition of LN_Q_GROWTH:

Period	S.E.	LN_BI	LN_ER	LN_INFL	LN_JCI	LN_MM	LN_Q_GROWTH
1	0.426606	39.88847	4.484913	1.123386	0.123627	9.325053	45.05455
2	0.471623	33.02531	10.32220	4.513950	2.197742	11.97817	37.96263
3	0.564814	38.25291	7.380436	12.71084	2.253629	10.90800	28.49419
4	0.644408	39.70717	11.35565	14.20321	2.347503	10.26568	22.12078
5	0.715197	33.86269	12.07120	12.46981	3.434720	17.90496	20.25662
6	0.799700	30.43176	14.98011	12.26744	3.027341	20.91098	18.38237
7	0.940502	22.00202	21.71911	19.08814	3.431850	19.12789	14.63099
8	1.074581	16.85535	27.92355	21.47673	2.937393	18.83575	11.97123
9	1.208059	13.42018	30.15403	22.31113	2.932128	19.35684	11.82569
10	1.363397	11.50828	28.56497	23.31054	2.522442	23.19340	10.90037

Cholesky Ordering: LN_BI LN_ER LN_INFL LN_JCI LN_MM LN_Q_GROWTH

References

- Arttachariya, P., 2008, *Writing a Doctoral Dissertation*, ABAC School of Management, Assumption University
- Baltagi, B.H., 2003, *A Companion to Theoretical Econometrics*, Blackwell Publishing
- Baltagi, B.H., 2008, *Econometric Analysis of Panel Data*, Third Edition, John Wiley & Sons Ltd.
- Bank Indonesia, 2008, *Indonesian Economic Report*, Bank Indonesia
- Bernanke, B.S., 1986, "Alternative Explorations of the Money-Income Correlation", *Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy*, 25, pp. 49-99.

- Bernanke, B.S., 2008, *Macroeconomics*, Sixth Edition, Pearson Addison-Wesley
- Blanchard, O.J., 2004, "Fiscal Dominance and Inflation Targeting: Lessons from Brazil, *NBER Working Paper No. W10389*
- Chowdhury, A., & Siregar, H., 2004, "Indonesia's Monetary Policy Dilemma: Constraints of Inflation Targeting", *The Journal of Developing Areas, Vo. 37, No. 2, pp 137-153*, College of Business, Tennessee State University
- Coombes, P and Watson, M., 2001, "Corporate Reform in the Developing World", *The McKinsey Quarterly*, No. 4, Emerging Markets
- Dornbush, R., 2004, *Macroeconomics* Ninth Edition, McGraw-Hill
- Eiteman, D.K., Stonehill, A.I., Moffett, M.H., 2007, *Multinational Business Finance*, Eleventh Edition, Pearson Addison-Wesley
- Enders, W., 2004, *Applied Econometric Time Series*, Second Edition, Wiley
- Engle, R.F. & Granger, C.W.J. 1987, "Cointegration and Error Correction Representation, Estimation, and Testing", *Econometrica* 55:251-276
- Fraga, A., Goldfajn, I., Minella, A., 2003, "Inflation Targeting in Emerging Market Economies", *NBER Macroeconomics Annual, Vol. 18, pp 365-400*, The University of Chicago Press
- Froyen, R.T., & Low, L., 2001, *Macroeconomics, An Asian Perspective*, Prentice Hall.
- Glenn D. Rudebusch & Lars E. O. Svensson, 1998. "Policy rules for inflation targeting," *Proceedings, Federal Reserve Bank of San Francisco*
- Green, J.H., 1996, "Inflation Targeting: Theory and Policy Implications", *Staff Papers-International Monetary Fund, Vo. 43, No. 4, pp. 779-795*, Palgrave Macmillan Journals
- Greene, W.H., 2003. *Econometric Analysis*, Fifth Edition, Prentice Hall
- Griffiths, W.E., Hill, R.C., Lim, G.C., 2008, *Using Views for Principles of Econometrics*, Third Edition, Blackwell Publishing
- Gupta, R., 2006, "Growth-Effects of Inflation Targeting: The Role of Financial Sector Development", Working Paper: 2006-10, University of Pretoria, *Department of Economics Working Paper Series*
- Hammour, A.M.A., 2005. "Empirical Analysis of Inflation Targeting in an Open Economy: An Application to Canada". PhD diss., Fordham University.
- Harker, P.T., & Zenios, S.A., 2003, *Performance of Financial Institutions, Efficiency, Innovation, Regulation*, Cambridge University Press.
- Heffernan, S., 1996, *Modern Banking in Theory and Practice*, Wiley Publishing
- Helliwell, J.F., 1993, "Macroeconometrics in a Global Economy", *The American Economic Review, Vol.83, No.2*, pp 294-299
- Hermawan, D., & Munro, A., 2008, "Monetary-Fiscal Interaction in Indonesia", *Journal on Bank for International Settlements*.
- Hubbard, R.G., 2000, *Money, The Financial System, and The Economy*, Third Edition, Addison-Wesley Publishing
- Indonesia Stock Exchange Website: www.idx.co.id
- International Monetary Fund Website: www.imf.org
- Johansen, S. & Juselius, K. 1990, "Maximum Likelihood Estimation and Inference on Cointegration with Application to the Demand for Money". *Oxford Bulletin of Economics and Statistics* 52:169-210
- Kennedy, P., 2008, *A Guide to Econometrics*, Sixth Edition, Blackwell Publishing
- Lee, B.S., 1992, "Causal Relations Among Stock Returns, Interest Rates, Real Activity, and Inflation, *The Journal of Finance*, Vo.47, No.4, pp. 1591-1603
- Lutkepohl, H., 2003, *Vector Autoregressions*, Blackwell Publishing
- Maddala, G.S., 2000, *Introduction to Econometrics*, Second Edition, Macmillan Publishing Company

- Madura, J., 2001, *Financial Market and Institutions*, Fifth Edition, South Western College-Thompson Learning
- Matthews, K., & Thompson, J., 2005, *The Economics of Banking*, John Wiley & Sons.
- Maysami, R.C., & Sim, H.H., 2001a, "An Empirical Investigation of the Dynamic Relation between Macroeconomics Variable and the Stock Market of Malaysia and Thailand", *Jurnal Pengurusan* 20:1-20
- Maysami, R.C., & Sim, H.H., 2001b, "Macroeconomic Forces and Stock Returns: A General to Specific ECM Analysis of the Japanese and South Korean Markets". *International Quarterly Journal of Finance* 1(1): 83-99
- Maysami, R.C., & Sim, H.H., 2002, "Macroeconomics Variables and Their Relationship with Stock Returns: Error Correction Evidence from Hong Kong and Singapore", *The Asian Economic Review* 44(1): 69-85
- Maysami, R.C., Loo, S.W., & Koh, T.K. 2004, "Co-movement Among Sectoral Stock Market Indices and Cointegration Among Dually Listed Companies", *Jurnal Pengurusan* 23:33-52
- Mount, T.D., 1989, "Policy Analysis with Time-Series Econometric Models: Discussion", *American Journal of Agricultural Economics*, Vol.71, No.2, pp. 507-508
- Mukherjee, T.K., & Naka, A. 1995, "Dynamic Relation between Macroeconomic Variables and the Japanese Stock Market: An Application of a Vector Error Correction Model". *The Journal of Financial Research* 18(2); 223-237
- Omran, M.M., 2003, "Time Series Analysis of the Impact of Real Interest Rates on Stock Market Activity and Liquidity in Egypt: Cointegration and Error Correction Model Approach". *International Journal of Business* 8(3)
- Pesaran, M.H., Wickens, M., 1995, *Handbook of Applied Econometrics, Macroeconomics*, Blackwell Publishing.
- Plessis, S., & S. Ben., 2008, "The Cyclicity of Monetary and Fiscal Policy in South Africa since 1994", *CID Working Paper No 163, May 2008*, Center for International Development at Harvard University
- Portugal, M., 2007, "Perspectives and Lessons from Countries Experiences with Inflation Targeting", *Press Release of IMF Report*
- Rasche, R.H., & Thornton, D.L., 2006, "Greenspan's Unconventional View of the Long-Run Inflation/Output Trade-Off", *Monetary Trends, Federal Reserve Bank of St. Louis Bulletin*
- Rigobon, R., & Sack, B. 2003, "Measuring the Reaction of Monetary Policy to the Stock Market", *The Quarterly Journal of Economics*, Vol 118, No.2, pp. 639-669
- Romer, D., 2006, *Advanced Macroeconomics*, Third Edition, McGraw-Hill
- Sims, C. A., 1986, "Are Forecasting Models Usable for Policy Analysis?" *Federal Reserve Bank of Minneapolis Quarterly Review*. Winter, pp. 2-16.
- Sims, C. A., 1982, "Policy Analysis with Econometric Models." *Brookings Paper on Economic Activity*. pp. 107-152.
- Smith, J.K., 2005, "Inflation Targeting and Core Inflation", *The Canadian Journal of Economics*, Vol. 38, No. 3, pp. 1018-1036, Blackwell Publishing
- Stock, J.H., & Watson, M.W., 2001, "Vector Autoregressions", *Journal of Business and Economic Statistics*, pp. 1-28.
- Taylor, J.B., 1993, "The Use of the New Macroeconometrics for Policy Formulation", *The American Economic Review*, Vol.83, No.2, pp. 300-305
- Thorbecke, W., 1997, "On Stock Market Returns and Monetary Policy", *The Journal of Finance*, Vol.52, No.2, pp. 635-654
- Vogelpang, B., 2005, *Econometrics, Theory and Application with Eviews*, Prentice Hall
- Vuyyuri, S. 2005, "Relationship between Real and Financial Variables in India: A Cointegration Analysis. Available at <http://ssrn.com/abstract=711541>.

- Wallis, K.F., 1995, “Large-Scale Macroeconometric Modeling”, *Handbook of Applied Econometrics, Macroeconomics*, Blackwell Publishing.
- Walsh, C.E., 2003, “Accountability, Transparency, and Inflation Targeting”, *Journal of Money, Credit, and Banking*, Vol.35, No. 5, pp. 829-849, Blackwell Publishing
- Weimer, D.L., & Vining, A.R., 1992, *Policy Analysis, Concepts, and Practice*, Second Edition, Prentice Hall
- Wooldridge, J.M., 2000, *Introductory Econometrics*, South Western College

COULD A NEW PARADIGM HELP US TO CONQUER THE FINANCIAL CRISIS?

Mitea NELUȚA *

Abstract

We have been living nowadays the most serious financial crisis since 1930. The current crisis marks the end of an unlimited credits époque dominated by the American dollar. In the same time, this crisis represents the end of a huge economic élan which lasted more than 25 years. The financial crisis started on the US subprime mortgages market in 2007 when Central Banks like European Central Bank, US Federal Reserve and Japan Bank had to interfere in order to furnish liquidities to the entire financial system which was destroyed by the rapidly spreading all over the world of that phenomenon. The giants of the financial global market have suffered serious losses which had a negative influence in the decline of other markets such as housing market or auto market, some economic segments which use to employ new created and structured instruments. Unlimited risks exposure and the lack in the capital base of the major financial institutions do have participated to the collapse of the global financial stability. In such circumstances, we are assisting at strong debates among bankers, politicians, insurers, accountants and this paper aims to prove that a new paradigm is necessary in order to understand the impacts of financial market. During the study, I try to explain that the global financial system has been built on some false premises. I made from this paper a true challenge in order to demonstrate how this paradigm doesn't limit at the financial market analyze but will foresee the importance of the real financial reporting.

Keywords: *financial crisis, financial system, financial stability, paradigm, financial reporting*

Introduction

The current world economy has been living the most serious economic and financial crisis since 1930. This crisis approached with slow steps, but it could be anticipated many years before. Therefore, we should not overlook the beginning of the collapse dating from 1997, when in Asia we assisted at an acute lack of quality and of transparency in financial reporting. Later on, it was *the crush of Internet*¹ at the end of 2000, while in 2001 that of the giant Enron. The highlight of the crisis is the year 2007 when we all attended the loss of investors' confidence in the financial instruments value based on U.S. mortgages, which led to a liquidity crisis. At that moment, central banks had to interfere in order to provide liquidities to the entire financial system which had been destroyed because of the rapid diffusion of this phenomenon all over the world. The giants of global financial market have suffered impressive losses that had a negative influence on the decline of other markets as domestic market and auto market, these being just some of the markets' segments that used new and inexperienced economic instruments. The unlimited risk exposure and the lack of capital for some important financial institutions do have participated to the collapse of global *financial stability*.

The current crisis marks the end of an era of credit expansion, a period dominated by U.S. dollar. Cheap currency gave rise to a boom in the U.S. mortgage market. Tenfold increase of the prices for houses has encouraged speculation and, therefore, I believe that the current economic and financial crisis depends on a *speculative capitalism*, when the emphasis is on *speculation* and when the entrepreneurship was not encouraged at all.

* Associate Professor, Ph. D., "Andrei Șaguna" University, Constanța (e-mail: nelutamitea@yahoo.com)

¹ Soros, George. 2008. *Noua paradigmă a piețelor financiare. Criza creditelor din 2008 și implicațiile ei*. București. Ed. Litera Internațional. p. 12

More than that, during this period, investment banks have developed new techniques, without a sufficient experimentation, which were used to transfer credit risk to other investors such as pension and mutual funds, which led to a chain collapse of the actors who were playing their role in the economy. We could not overlook the fact that the financial authorities and the rest of the market participants do have different opinions and interests regarding the viable functioning of the financial system. Also, the role of politics proved to be a deeply negative one, primarily by pursuing their own interests concerning an excessive taxation in spite of the targets for an economic growth and for the motivation of entities' business. At last but not at least, I could remember that politics use to "stick their tail" even in the accounting standardization, leading to the loss of the accounting profession integrity, with consequences on its evolution within the global economy.

In such circumstances, we are assisting nowadays at terrible debates between bankers, politicians, insurers and professional accountants, and this paper aims to point that probably, a *new paradigm* would be necessary to help us to overcome this crisis and to find again the way to recovery and to the economic growth. I consider this paper about a new paradigm as a general concept, a paradigm regarding a new financial system and also a new culture of the accounting profession, as one particularly important, because I notice that a number of misconceptions are characterizing at that moment not only financial markets but also the economy in general.

During this study, I tried to explain that the global financial system was built on some false assumptions. I consider this paper a challenge in order to demonstrate that the paradigm in discussion doesn't limit to the financial market analysis, but it especially provides the importance of a real *financial reporting*, it shows the necessity to know the "*true and fair view*", but even that to respond to present and future needs of global market players.

In this sense, I realized a documentary analysis, which allowed me to assess, to understand and to compare a wide range of studies published in journals, magazines and prestigious books from the international professional literature. I also looked for the so-called events and I searched the roots of the crisis in order to show how the period of a financial stability based in particular on U.S. leadership and on U.S. dollar as the main currency, has finished. I made all this effort centered towards a better understanding of what is happening in the world economy, arguing that the theory of equilibrium and that of the perfect knowledge proved unable to explain the current situation. I personally hope that, after a period of a political and financial instability, a new world order would be instituted. Therefore, I wish that *the new paradigm* and *the new culture* of the accounting profession, would give the occasion of profound debates among specialists.

The economic crisis in the current global context

In the years preceding the crisis, high consumption rate associated to low savings level contributed to a massive entry of foreign capital flows in the U.S., especially from Asian countries and from oil-exporting countries and oil producers. This capital flow facilitated the credit extension which generated growth-decline processes like "*bubbles*" that initially enjoyed self-sustaining, but after a while, they arrived to destroy each other. Recently, all types of credits from the mortgages, loans for cars and simple consumer credit, have been available to anyone. Thus, worldwide investors were allowed to invest in U.S. real estate market. But when housing prices fell down dramatically, investors were obliged to report significant losses. In this time, we have also been assisting to the inability of many entities to survive in the market. Also, the entire financial system is found on the eve of disaster. We notice that the *laissez-faire policy* according to which markets are supposed to act independently, failed, especially because financial markets together with the authorities and regulators didn't recognized that the real economy has been affected. We all witnessed that the crisis had spread from a particular segment to the others, especially to those which had used newly developed tools and mechanisms (such as *mortgage backed securities*, *swap on credit risk*), and from an U.S. crisis it became a global one.

According to a report on the financial crisis dating from 2009 and published by *the Association of Chartered Certified Accountants / ACCA* (Association of Professional Accountants), the main root of credit crisis is the failure of *corporate governance* at banks that encouraged excessive short-term thinking and that were blind to the risk. Other roots of the crisis are also: the vulnerability of the financial system, the acceptance of a very high level of debt, the deficient monetary policy of the United States, the lack of market supervision by the financial authorities, the progressive abolition of healthy financial regulation and, not at least, the delegation of the responsibilities to those who ought to find solutions to improve the financial situation. However, we should not neglect the negative impact that had the accounting profession, by distorting the financial information submitted to the interested auditory by purchasing the great powers interest, by increasing the opacity of financial reporting and by hiding the existing and projected risks.

As we all know, the crisis has evolved very rapidly, extending at a global level and having as consequences: the collapse of big banks, the decline of stock market indices, the market value reduction of shares and commodities², and also the decrease of GDP in developed countries, the exports reduction, a significant decrease of international trade, the worldwide real estate markets degradation, the increase of deflation risk, the increase of unemployment rate, the impossibility to grant and support third world countries. Thus we could suspect that this crisis will have more severe consequences than past crises and that it will take longer to restart global growth. Of course we shouldn't ignore the fact that even in this period, there are powerful forces in other parts of the world, particularly in China, India and some oil producing countries which probably would intervene in the process of changing the global hierarchy. These booming economies could become equilibrium points intended to counter balance U.S. recession and also the slow growth in Europe and Japan. A number of voices claim the problems that didn't work in the existing mechanisms of the financial system and also the need "to cut the evil by the root" in order to overcome the crisis. For example, Professor Joseph Stiglitz of Columbia University, Nobel laureate for economics, said about the current economic and financial crisis that it began in the U.S. and has developed very rapidly throughout the world. For this fact, he feels the necessity to get a global answer from an institution able to prove a political legitimacy. He also noted that any response would be based on solidarity principles and justice passing through national barriers. In addition, Mr. Joseph Stiglitz showed the role of financial markets in the whole economy and he emphasized that this role should be evaluated according to the manner it complies with the general interest of shareholders, of the ordinary people, but also of poor people when its objective is the economic growth. During his study, Joseph Stiglitz stated that the financial system which had contributed to the crisis outbreak, worked to the disadvantage of developing countries, following the major powers interests³.

In order to overcome the present situation, we would require an international cooperation during the creation process of a new macroeconomic policy and also of a financial regulation commission whose purpose would be that of improving the overall financial system stability and equity. Therefore, we could all see the urgent need to change this system for restoring macroeconomic policy.

Another perspective on this subject, is that of Professor Prabaht Patnaik from the Center for Economic Studies and Planning in India, who said that the cause of the crisis was located in the fundamental defect of the free market system regarding its capacity to distinguish between "enterprise" and "speculation", and hence in its tendency to become dominated by speculators with

² Dobroțeanu L., Dobroțeanu C., Ciolpan D. și Manea D. 2010. Crizele economice generează modificarea percepțiilor privind rolul auditului? *Audit financiar*. Anul VIII, nr. 1

³ Weller, Christian, E. 2008. This is a Financial Crisis like any other – Treat it like one. October 11 <http://www.un.org/ga/president/63/interactive/gfc.shtml>

a short-term appreciation. Mr. Prabaht Patnaik also showed that, during the globalization process, the independent role of a nation becomes negligible. As a direct result, tax assistance as a means of economic growth, has been replaced by a global financial system and a policy of no regulatory power took the place of financial stability⁴.

As a solution to the problem treated in this paper, namely the possibility that a *new paradigm* would help us to overcome the financial crisis, talks Mr Calestous Juma too. He is a Professor of Practice in International Development from Belfer Center for Science and International Affairs within the Harvard Kennedy School of Government. He argued that the United Nations could play a major role in creating a new regime of financial diplomacy which might be able to bring together the entire global economic community in order to identify and share the best practices in managing the relations between finance, innovation and development.

As noted, the experts' opinions are different; some of them consider the crisis as the end of an era dominated by the United States, a domination permitted by the very process of globalization. According to it, we could have had a tool for managing universal values and global economic processes, a tool of resources' utilization, of the democracy, security and prosperity generalization. Instead, we find out that *"the international financial system is under the control of a financial institutions consortium representing developed countries. By the way the system works, the role of the United States, which enjoys a veto power in the Bretton Woods institutions – IMF (International Monetary Fund) and World Bank - is «more equal» than the others"*⁵.

In this case the U.S. dollar has come to serve as an international currency, being accepted by banks worldwide. Moreover, the time has increased the appetite for holding this currency, which contributed to the widening of the disparity between the U.S. and the rest of the world. Therefore, the United States succeeded in pursuing counter-cyclical policies, while developing countries and even some developed countries were forced to live by their own means. Another consequence of strengthening the American position is the fact that the American consumer has become the engine of world economy. We note that the United States are used to consume more than they produce, comparatively to China or to some other Asian exporting countries which produce more than they consume. In such circumstances, the United States have come to accumulate external debt and more savings rate fell below zero, while China has accumulated cash reserves. From here until the *housing bubble* was merely a step, which was aggravated by the lack of security and *financial stability*. In this sense, we could consider the decline as a typical sequence of growth-decline model, but this fact has acquired great dimensions because it has begun to avoid dollar as an international change currency and because euro is struggling impetuously for market supremacy.

After a lot of studies and after a long practice and a professional experience in the field, I came to agree with George Soros' idea concerning a *new paradigm* which is needed in order to explain the current state of affairs better than the current *dominant paradigm*, according to which *"markets tend towards equilibrium. This belief is directly responsible for the current mess; it urged regulators to give up their responsibility and to rely on market mechanisms to correct their own excesses"*⁶.

Lately everyone has proposed a series of measures to get us out of crisis and, therefore, I could invoke here the Summit during September 2009 organized in Pittsburgh, on whose agenda also figured *the plan of a financial reform* according to which banks are forced to reduce risks exposure, to maintain a higher level of capital and a wider range of assets that could be easily traded. It was also the occasion to discuss the plan for rebalancing the global economy by increasing savings in the United States, by investing more in Europe and by raising the domestic

⁴ Idem 4

⁵ Soros, George. 2008. *Noua paradigmă a piețelor financiare. Criza creditelor din 2008 și implicațiile ei*. București. Ed. Litera Internațional. p. 91

⁶ Soros, George. 2008. *Noua paradigmă a piețelor financiare. Criza creditelor din 2008 și implicațiile ei*. București. Ed. Litera Internațional. p. 96

demand in China⁷.

In order to better understand the regulators' concern regarding the financial and economic failure, I could point the issues suggested by Ms Christine Lagarde, as French Minister of Economy, Industry and Labor. She thinks that the Summit in Pittsburgh has aimed "to strengthen supervision and to implement standards of prudence in order to prevent and to cover excessive risk assumed by financial operators"⁸.

The severity of this economic and financial crisis and its implications on all areas of life, should be able to "lighten the minds" of all involved in this economic "game" and to push the "intelligent" participants to "throw" the life-belt to the whole economy, leaving aside the interests of several powers. Now, when the markets are living in disorder, it would be indicated for us to forget the past and even the present, in order to think about where we intend to arrive in the future. And therefore, I believe that we need the cooperation of all specialists from the political institutions, from governments, from financial, legal, accounting and auditing entities in order to create a *new paradigm* and a new economic culture concerning the development as a whole.

Is the accounting profession guilty of the economic crisis?

Up to now, I presented the possible roots of the current economic and financial crisis, but it would be devoid of ethics to overlook the negative role that the accounting profession itself recorded in the period before the crisis.

The report published by ACCA in 2009 specifies that the credit bubble in the U.S. has five major reasons: the lack of corporate governance, remuneration and incentive as principles of short-term vision, the inadequate and even weak regulation, the identification and risk management, the erroneous financial reporting. The text of this report serves as testimony to the negative implication of the accounting profession during the global crisis.

As noted above, one of the factors that generated the current event was the improper use of some complex and inexperienced financial instruments, which proved incomprehensible even to their creators. But the consequences of using these tools poured into the *financial reporting* that has become opaque and has hidden the existing risks, culminating with the distortion of financial information submitted to the public. Thus, we could understand why financial reporting is guilty of emphasizing the situation created by the lack of transparency, comparability and credibility. By the means of the financial reporting, accounting professionals could have the opportunity to provide a clearer image of the risk involved in using such sophisticated tools⁹.

Although it is well known that the role of the accounting doesn't consist in ensuring the *financial stability*, but only in offering useful information to the auditory, however it contributed to the general collapse. Guilt refers in particular to the accounting rules related to *fair value*, a principle born of the harmonization of international accounting standards (IAS, IFRS) and according to which the fair value of an asset would be exactly the market value. The registration of financial instruments at the fair value, led listed companies and financial institutions to recognize "potential" losses. But during the crisis, this loss has only a "virtual" character: assets could remain safely, but the depreciated value represents only a moment value and it doesn't reflect the fundamental value of those assets. For this, the "potential" loss will have been passed directly to the account of results or it will have been taken to reduce equity. According to this equity' value, we could determine the indebtedness threshold accepted by financial institutions and also the level of the credit which could be granted. The problem that arose shows that the appreciation at the fair

⁷ <http://www.wall-street.ro/articol/International/71944/Ce-inseamna-pentru-banci-summitul-G20-de-la-Pittsburgh.html>

⁸ Lagarde, Christine. 2009. Financial Reform: No time to Pull Back. *Business Week*. October 5. Business Views. The Mc Grow-Hill Companies Edition. p 79

⁹ Huian, M., C. 2009. Standardele contabile și raportările financiare, vinovate de criza actuală? *Contabilitatea, expertiza și auditul afacerilor*. Nr. 11, Noiembrie

value proves just a short-term vision, not one corresponding to a long-term investment. This idea witnesses the lack of credibility regarding the appreciation at the fair value¹⁰.

From the studies realized by specialists in the field in order to assess banking bankruptcies and also profit significant reductions, I found that the main assets and debts measured at fair value were those held for trading, which means *speculation* whose purpose was short-term profits. But for them, there is no regulated market able to furnish clear and transparent information, and as consequence it was created a deep confusion which led to the lack of credibility of financial information. In addition, investors believe that fair value reduced market value of business and financial reporting showed assets without considering their real economic value. We could notice that it was created a conflict of interest and in its center it was placed the accounting profession, responsible for establishing financial reporting.

The shortcomings of these reports have continued, although the standards tried to bring them some improvements. These efforts didn't assure the attended results also for the fact that in some fields, banks and requesting agencies like the Financial Stability Forum, the Basel Committee, the International Federation of Bankers and the International Stock Exchanges offered only some few explanations about what they were actually expecting. Thus, it appeared a very charged volume of financial information, whose quality has declined significantly in relation to their transparency. This information has become difficult to understand and, in particular, to compare, arriving to ignore risks by the fact that it wasn't able to support the users in making their decisions. At this point we could understand why financial reporting standards that ought to optimize the transparency of information submitted on the market, seem not to have achieved their objective.

Among these problems, the international professional community seems to respond by reiterating the need for convergence of standards and financial reporting practices, by adjusting the rules, especially those relating to the evaluation at fair value¹¹.

Another accounting concept that proved to have been violated in the current crisis refers to that of *true and fair view*. It is a concept of a British origin which regards the respect of the accounting standards and of law. Theoretically, *the true and fair view* is defined in terms of authentic / true and correct image. Hence, we sincerely appreciate that *the true and fair view* means *sincerity + regularity*. Normally, the account activity should be in the "search of legitimacy", of truth concerning the facts and economic phenomena, which requires accuracy and precision in the information submitted to the user¹².

Although, from the first use of this concept in accounting knowledge passed over half a century, at present the accounting profession has come to "embellish" this true and fair view in order to "please" some market participants. Thus I might talk about *the myth of true and fair view*, in the context in which political, economic or social issues interfere with the accounting. As we all know, accountants have the role of players on a market where supply and demand are facing, and it is natural for them to know how "to sell" an information. Thanks to their creativity, they manage to provide a snapshot of performance for the countries where investors show a strong pressure (like the United States), an image of stability for the countries where dominant position is taken by the bankers (like Germany), a fiscal picture for countries where the state plays a significant role in accounting (like France, Romania). So we could explain the burst of the impressive financial scandals that have caused the break-down in the business world. And just at this level should act professional accounting ethics and morality which shouldn't accept these compromises any more, in order to regain the credibility in financial reporting. Once conquered this struggle, probably the

¹⁰ Les Echos12fev09.pdf

<http://www.leclubdesjuristes.com/publications/articles/que-faire-de-la-juste-valeur>

¹¹ Ricol, René. Report on the Financial Crisis. October 2008. <http://www.ifac.org/financial-crisis/>

¹² Horomnea, E. și Rusu, G.-A. 2009. Imaginea fidelă – criteriu de performanță al contabilității. *Contabilitatea, expertiza și auditul afacerilor*. Nr. 10, Octombrie

accounting professionals would be able to reduce even the risks taken by the entrepreneurs, by the investors or by the state and by its institutions.

I could conclude that, indeed, the guilt of the accounting profession lies in the fact that it tried too hard to respond to the pressures carried in order to satisfy the interests of some target groups, without taking into account the projected risks and without showing the true reality by the means of a complete, real and relevant information concerning an entity at the time of analysis. We could find out that, at present, the interpretation of *true and fair view* concept remains the main obstacle in the harmonization of international accounting structures.

Conclusions - A new paradigm and a new accounting culture

Like a **conclusion**, I could suggest that, from the global situation we are facing today, we could all understand that both financial system and the international accounting system are really at cross-roads. It is not difficult for us to notice that a whole series of strategic orientations have failed, having a negative impact as that of the snowball. Therefore, I consider that a *new paradigm* and a *new culture* in the accounting profession are necessary in order to save the world economy and also to lead us back to the economic growth.

There are some voices in the world who claim that, economically, "*all that is happening is normal, as shows the growth-decline theory, and that financial system reform could wait, but just such an attitude couldn't be tolerated*"¹³. It is probably deliberately ignored that public authorities around the world do not expect only capital injections, instead of being mainly preoccupied with the economic recovery, by analyzing the depth roots of the crisis, which could lead to reform the entire financial system, the main culprit of the current collapse.

As the development years confess to us, we couldn't ignore that the economic boom often lead to financial crises which, at their turn, lead to financial market regulation. The financial system evolved in this sense, through periodic crises leading certainly to regulatory reforms. But, in my opinion, regulators should take into consideration the particularities of each market, but also the interests of all parties involved. Personally, I think that legislation might be relevant only in proportion as it would be able to produce real improvements in business field and not only occasional results. The assumption of regulators' responsibilities would have to dominate their belief that market and its mechanisms tend towards equilibrium, according to the current dominant paradigm. In addition to that, a strict and excessive regulation would damage powerfully the economic development, because credit availability would stimulate not only productivity but also flexibility and innovation. Therefore, I believe that regulators are facing now a very delicate situation, being tempted to introduce rapid regulations, without having deeply evaluated the roots and the impact of the current crisis whose seriousness couldn't be questioned. This fact could have undesired consequences and could cause damage rather than protect the financial system.

Besides the financial system which should be changed it is also registered the accounting profession, as I have already shown during this paper, a profession that has an international vocation, in terms of normalization, harmonization and standards convergence. A *new accounting culture* could foresee the increase of transparency and credibility in financial reporting, a more detailed risks analysis and even the creation of the "truly" *fair view* of the economic reality, without accepting to be under the pressure of interest groups any more. Setting standards based on principles and on professional reasoning play a vital role and should not make difficult the world economic recovery. For this we need a relevant image of the accounts, consequent situations and even the confidence that international standards are applied correctly. As Mr. Ian Cooper said at the first Congress of the Chamber of Auditors in Romania, which took place on 26-27 October 2006, we could notice that "*in the current position, at a global level, harmonization is not*

¹³ Lagarde, Christine. 2009. Financial Reform: No time to Pull Back. *Business Week*. October 5. Business Views. The Mc Grow-Hill Companies Edition. p 78

complete yet. We see substantial differences between the rules, the processes and the regulations from the European Union and those applied in the United States. So it's important to say that we have a long way up to globalization"¹⁴.

The new culture in the accounting profession should instill discipline, financial rigor, better corporate governance and the reduction of fraud risk. The current economic and financial crisis should give us the opportunity of an accounting revolution, considering that this profession should be involved in the real management of business. We could notice at this point the need for a cultural change which exceeds the area of the accounting, having a direct impact on the financial system and communication, IT, but also on the skills of market participants. Adam Smith himself showed in "*The Wealth of Nations*" that we need only *moderation* and *regulation* in order to assure the long term markets' functioning. A rigorous accounting would be essential for both effective capital employment and for the credibility on which should be built any business.

Considering the participants' implications in the economic life, changing the accounting culture is not a simple process at all. We all are able to imagine that because, as we notice the changes that affect the regulatory and functioning mechanisms, the adoption of new rules requires effort from all actors in the market, both in terms of creation and especially of implementation. Studying the problem that is the subject of this paper, I could conclude that a *new accounting culture* concerns, in fact, the change of mentalities, both for regulators and accounting professionals, and also for the users of the accounting information. At the same time, a *new paradigm* refers to a change in the perception of markets' role and in the participants' reaction in front of uncertainty and financial disaster.

Personally, I consider a *new paradigm* that which would put up resistance to the classic economic theory that assumes a perfect knowledge, bringing as argument the fact that neither market participants, nor tax or monetary authorities could base their decisions only on knowledge. The current crisis proved us that wrong judgments as well as the reality misinterpretation, do affect the course of the entire economy and society. The drama we are living today affects all levels and involves a lot of risks. Therefore, I believe that when the international financial system is in danger, authorities should give up and not to follow only the interests of some great financial powers. Whether they like it or not, it is time for those responsible to intervene, being supported by the professional reasoning, by their experience and by the common desire concerning stability and economic growth.

In any case this paper would not require to have brought solutions, because our common future will depend on the measures to be adopted worldwide after the current crisis. But I would like to conclude with a call to all those interested to make efforts in order to better understand the causes and consequences of the crisis, to cooperate in the fight to overcome this scourge and also to regain the integrity of the accounting profession.

What would be the effective paradigm, but the adequate accounting culture? How could we reform the international financial system? How would financial markets be regulated? How could the accounting professionals resist to the pressures exercised by the great powers which aim to satisfy only their own economic, political and social interests? These are just some of the questions in whose response it would be possible for us to find the life-belt in order to overcome the current crisis. I also hope that these issues would give the opportunity for interesting debates among professionals in the field.

¹⁴ Cooper, Ian. 2006. *Globalizarea afacerilor obligă la o consecvență a practicilor de audit*. Lucrare prezentată în cadrul Primului Congres al Camerei Auditorilor Financiari din Romania, Octombrie 26-27, în București, Romania

References

1. Soros, George. 2008. *Noua paradigmă a piețelor financiare. Criza creditelor din 2008 și implicațiile ei*. București. Ed. Litera Internațional.
2. Ricol, René. Report on the Financial Crisis. October 2008. <http://www.ifac.org/financial-crisis/>
3. Weller, Christian, E. 2008. This is a Financial Crisis like any other – Treat it like one. October 11
4. <http://www.un.org/ga/president/63/interactive/gfc.shtml>
5. Dobroțeanu L., Dobroțeanu C., Ciolpan D. și Manea D. 2010. Crizele economice generează modificarea percepțiilor privind rolul auditului? *Audit financiar*. Anul VIII, nr. 1
6. Horomnea, E. și Rusu, G.-A. 2009. Imaginea fidelă – criteriu de performanță al contabilității. *Contabilitatea, expertiza și auditul afacerilor*. Nr. 10, Octombrie
7. Huian, M., C. 2009. Standardele contabile și raportările financiare, vinovate de criza actuală ? *Contabilitatea, expertiza și auditul afacerilor*. Nr. 11, Noiembrie
8. Lagarde, Christine. 2009. Financial Reform: No time to Pull Back. *Business Week*. October 5. Business Views. The Mc Grow-Hill Companies Edition.
9. Cooper, Ian. 2006. *Globalizarea afacerilor obligă la o consecvență a practicilor de audit*. Lucrare prezentată în cadrul Primului Congres al Camerei Auditorilor Financiar din România, Octombrie 26-27, în București, Romania
10. Les Echos12fev09.pdf
<http://www.leclubdesjuristes.com/publications/articles/que-faire-de-la-juste-valeur>
11. <http://www.wall-street.ro/articol/International/71944/Ce-inseamna-pentru-banci-summitul-G20-de-la-Pittsburgh.html>

AR PUTEA OARE O NOUĂ PARADIGMĂ SĂ NE AJUTE SĂ INVINGEM CRIZA FINANCIARĂ?

Neluța MITEA*

Abstract

Trăim astăzi cea mai serioasă criză financiară din 1930 încoace. Actuala perioadă marchează sfârșitul unei epoci în care creditele erau acordate nelimitat, epocă dominată de dolarul american. În același timp, această criză reprezintă sfârșitul unui avânt economic uriaș care a durat mai bine de 25 de ani.

Cu toții știm că punctul de plecare al acestei crize l-a constituit piața ipotecară subprime din S.U.A. în anul 2007 când Băncile Centrale precum Banca Centrală Europeană, Rezerva Federală și Banca Japoniei au trebuit să intervină pentru a furniza lichidități întregului sistem financiar care fusese distrus din cauza răspândirii extrem de rapide a acestui fenomen în întreaga lume. Giganții de pe piața financiară mondială au suferit pierderi impresionante, care au avut o influență negativă asupra declinului și altor piețe așa cum este piața domestică sau piața auto, acestea fiind doar câteva dintre segmentele care obișnuiau să utilizeze instrumente economice nou create. Expunerea nelimitată la riscuri precum și lipsa de capital a unor instituții financiare de prim rang, au participat într-adevăr la colapsul stabilității financiare globale.

În astfel de circumstanțe, asistăm în prezent la dezbatere crâncene între bancheri, politicieni, asiguratori și profesioniști contabili, iar această lucrare are scopul de a aduce în discuție faptul că probabil o nouă paradigmă ar fi necesară pentru a înțelege mai bine impactul asupra pieței financiare. Pe parcursul acestui studiu, am încercat să explic că sistemul financiar global a fost construit pe câteva premise false. Consider această lucrare o adevărată provocare pentru a demonstra totodată că paradigma despre care vorbesc, nu se limitează numai la analiza pieței financiare, ci prevede îndeosebi importanța unei raportări financiare reale.

Cuvinte cheie: *criza financiară, sistem financiar, stabilitate financiară, paradigmă, raportare financiară.*

Introducere

Economia mondială traversează astăzi cea mai serioasă criză economică și financiară din 1930 încoace. Criza s-a apropiat cu pași înceteți, dar ea putea fi anticipată încă cu mulți ani înainte. De aceea, nu ar trebui să pierdem din vedere începuturile perioadei de colaps ce datează din anul 1997, când în Asia s-a resimțit acut lipsa transparenței raportărilor financiare precum și lipsa calității acestora. Ulterior însă, s-a produs „spargerea balonului Internet¹” după cum numește George Soros căderea erei Internetului la sfârșitul anului 2000, pentru ca în 2001 să se prăbușească gigantul Enron. Punctul culminant al crizei îl reprezintă însă anul 2007, când am asistat cu toții la pierderea încrederii investitorilor în valoarea instrumentelor financiare bazate pe ipotecă din SUA, fapt ce a condus la o criză de lichidități. În acest sens, Băncile Centrale au trebuit să intervină pentru a furniza lichidități întregului sistem financiar care fusese distrus din cauza răspândirii extrem de rapide a acestui fenomen în întreaga lume. Giganții de pe piața financiară mondială au suferit pierderi impresionante care au avut o influență negativă asupra declinului și altor piețe așa cum este piața domestică sau piața auto, acestea fiind doar câteva dintre segmentele care obișnuiau să utilizeze instrumente economice nou create. Expunerea nelimitată la riscuri precum și lipsa de capital a unor instituții financiare de prim rang, au participat la colapsul stabilității financiare globale.

Criza curentă marchează sfârșitul unei ere a extinderii creditelor, perioadă dominată de dolarul american. Moneda ieftină a dat naștere unui boom pe piața ipotecară în SUA. Creșterea

* Conf.univ.dr., Universitatea “Andrei Șaguna” Constanța, catedra de Științe Economice (e-mail : nelutamitea@yahoo.com)

¹ Soros, George. 2008. *Noua paradigmă a piețelor financiare. Criza creditelor din 2008 și implicațiile ei.* București. Ed. Litera Internațional. p. 12

înzecită a prețurilor la case a favorizat speculațiile și, de aceea, consider că actuala criză economică și financiară ține de un *capitalism speculativ*, când accentul cade pe speculații și când, antreprenoriatul nu a fost încurajat în nici un fel.

Mai mult de atât, în această perioadă, băncile de investiții au dezvoltat tehnici noi, neexperimentate suficient, care aveau în vedere transferul riscului de creditare către alți investitori, precum fondurile de pensii și cele mutuale, fapt ce a condus la o prăbușire în lanț a actorilor din economie. Nu am putea trece cu vederea faptul că, atât autoritățile financiare, cât și restul participanților la piață au atât opinii cât și interese diferite în ceea ce privește funcționarea viabilă a sistemului financiar. De asemenea, rolul politicului s-a dovedit a fi unul profund negativ, prin urmărirea cu precădere a propriilor interese privind fiscalitatea exagerată înaintea urmării unor obiective de creștere economică și de stimulare a activității entităților. Nu în ultimul rând, aș putea aminti și faptul că politicul obișnuiește să „își bage coada” chiar și în faza de standardizare a contabilității, ceea ce a condus la pierderea integrității profesiei contabile, cu consecințe asupra evoluției acesteia în cadrul economiei globale.

În astfel de circumstanțe, asistăm în prezent la dezbateri crâncene între bancheri, politicieni, asiguratori și profesioniști contabili, iar această lucrare are scopul de a aduce în discuție faptul că probabil o nouă paradigmă ar fi necesară pentru a ne ajuta să depășim criza și să ne înscriem din nou pe drumul către creșterea economică. Consider această lucrare despre o nouă paradigmă ca și concept general ce privește un nou sistem financiar, dar și despre o nouă cultură a profesiei contabile, ca fiind unul deosebit de important, întrucât observ că o serie de concepții greșite caracterizează în prezent nu numai piața financiară, ci și economia în general.

Pe parcursul acestui studiu, am încercat să explic că sistemul financiar global a fost construit pe câteva premise false. Consider această lucrare o adevărată provocare pentru a demonstra totodată că paradigma despre care vorbesc, nu se limitează numai la analiza pieței financiare, ci prevede îndeosebi importanța unei *raportări financiare* reale, necesitatea de a cunoaște adevărata „*image fidelă*”, dar și aceea de a răspunde nevoilor prezente și viitoare ale actorilor de pe piața globală.

În acest sens am procedat la o analiză documentară, fapt ce mi-a permis evaluarea, înțelegerea și compararea unei game largi de studii publicate în jurnale, reviste și cărți de prestigiu din circuitul internațional. De asemenea am căutat printre așa-zisele evenimente și am cercetat între rădăcinile crizei, pentru a arăta cum, perioada de stabilitate financiară bazată în special pe dominația Statelor Unite și pe dolar ca principală valută, a luat sfârșit. Am depus acest efort îndreptat în direcția unei mai bune înțelegeri a ceea ce se întâmplă pe frontispiciul economiei mondiale, pe motiv că teoria echilibrului și a cunoașterii perfecte s-au dovedit incapabile să explice situația curentă. Ceea ce pot afirma este faptul că sper, ca după o perioadă de instabilitate politică și financiară, să se instaureze o nouă ordine mondială. De aceea, *paradigma și noua cultură a profesiei contabile* pe care le invoc, doresc să lase drum liber unor dezbateri profunde.

Criza în contextul global actual

În anii premergători crizei, rata de consum ridicată asociată cu nivelul scăzut al economisirii au contribuit la intrarea unor fluxuri masive de capital străin în S.U.A., în special dinspre țările asiatice și țările producătoare de petrol. Acest flux de capital a facilitat extinderea creditelor, generând procese de dezvoltare-declin de tip „balon”, care inițial se autosustin, urmând ca ulterior să se distrugă. În ultimii ani, creditele de diferite tipuri, pornind de la cele ipotecare, creditele pentru autoturisme și banalele credite pentru consum, au ajuns să fie la îndemâna oricui. În virtutea acestui fapt, s-a permis investitorilor din lumea întreagă să investească în piața imobiliară americană. Dar atunci când prețul la imobile a scăzut drastic, investitorii ajung să raporteze pierderi semnificative. Tot în această perioadă asistăm și la incapacitatea multor entități de a supraviețui pe piață. De asemenea, întregul sistem financiar se regăsește în pragul dezastrului. Observăm astfel cum politica *laissez-faire* conform căreia piețele ar trebui să aibă mână liberă, a

eșuat, mai ales pentru faptul că piețele financiare împreună cu autoritățile și reglementatorii nu au recunoscut că economia reală este influențabilă. Astfel cu toții am asistat de la propagarea crizei dintr-un anume segment al pieței către toate celelalte, în special către cele care au utilizat instrumente și mecanisme nou create (ca de exemplu *mortgage backed securities*, *swapuri pe risc de credit*), și dintr-o criză a S.U.A. către o criză mondială.

După cum arăta un raport asupra crizei financiare din 2009 publicat de *the Association of Chartered Certified Accountants/A.C.C.A.* (Asociația Contabililor Profesioniști), principala cauză a crizei creditelor o reprezintă eșecul *governanței corporatiste* la bănci care au încurajat excesiv gândirea pe termen scurt și care au fost oarbe la risc. Printre celelalte cauze se înscriu și: vulnerabilitatea sistemului financiar, acceptarea unui grad de îndatorare extrem de ridicat, politica monetară deficitară a Statelor Unite, lipsa de supraveghere a piețelor de către autoritățile financiare, înlăturarea progresivă a reglementărilor financiare sănătoase și, nu în ultimul rând, delegarea responsabilităților celor care ar fi trebuit să își asume găsirea soluțiilor în vederea ameliorării situației financiare. În altă ordine de idei însă, nu trebuie neglijat rolul negativ pe care l-a avut profesia contabilă, prin distorsionarea informațiilor financiare transmise către publicul interesat în interesul marilor puteri, prin sporirea opacității raportărilor financiare, ascunzând atât riscurile existente cât mai cu seamă cele previzionate.

După cum bine știm, criza a evoluat extrem de rapid, extinzându-se la nivel global și înregistrând drept consecințe: prăbușirea unor mari bănci, declinul indicilor bursieri, reducerea valorii de piață a acțiunilor și a mărfurilor², precum și scăderea P.I.B.-ului în țările dezvoltate, reducerea exporturilor, scăderea semnificativă a comerțului internațional, degradarea piețelor imobiliare la nivel mondial, sporirea riscului de deflație, creșterea ratei șomajului, imposibilitatea de a mai acorda ajutoare țărilor din lumea a treia. Se poate bănui astfel că această criză va avea consecințe mult mai aspre decât crizele din trecut și că va fi nevoie de mai mult timp pentru reînceperea creșterii la nivel global. Bineînțeles că nu trebuie ignorat faptul că și în această perioadă, există forțe puternice în alte părți ale lumii, în special în China, în India și în câteva țări producătoare de petrol care, probabil, vor avea un cuvânt de spus în momentul schimbării ierarhiei mondiale. Aceste economii în plină expansiune ar putea deveni puncte de echilibru menite să contrabalanseze recesiunea din Statele Unite și creșterea economică lentă din Europa și Japonia.

O serie de voci atrag atenția însă asupra a ceea ce nu a funcționat din actualele mecanisme ale sistemului financiar și asupra necesității de „a tăia răul de la rădăcină” pentru depășirea crizei. Spre exemplu, Profesorul Joseph Stiglitz de la Columbia University, laureat al Premiului Nobel pentru economie, spune despre actuala criză economică și financiară care a început în SUA și s-a dezvoltat extrem de rapid în întreaga lume, că a devenit globală și că, de aceea, are nevoie de un răspuns global din partea unei instituții abilitate să aibă legitimitate politică. Tot el a mai arătat faptul că orice răspuns ar trebui să se bazeze pe principii de solidaritate și dreptate care să depășească barierele naționale. De asemenea, Dl. profesor a mai arătat rolul piețelor financiare la nivelul întregii economii și a pus accentul pe faptul că acest rol ar trebui evaluat în funcție de cum se respectă interesul general al acționarilor, al oamenilor de rând, dar și al populației sărace atunci când se urmărește creșterea economică. Pe parcursul studiului său, Joseph Stiglitz a mai indicat că sistemul financiar care a contribuit la declanșarea crizei, a lucrat în dezavantajul țărilor în curs de dezvoltare, urmărind interesele marilor puteri³. Pentru a ieși cu bine din situația în care ne aflăm, ar fi nevoie și de o cooperare la nivelul organismelor internaționale în procesul de creare a noilor politici macroeconomice, precum și instituirea unei comisii financiare de reglementare în vederea ameliorării stabilității și echității sistemului financiar global. De aceea, putem observa cu toții nevoia urgentă ca acest sistem să se schimbe, în ideea restaurării ordinii la nivel macroeconomic.

² Dobroțeanu L., Dobroțeanu C., Ciolpan D. și Manea D. 2010. Crizele economice generează modificarea percepțiilor privind rolul auditului? *Audit financiar*. Anul VIII, nr. 1

³ Weller, Christian, E. 2008. This is a Financial Crisis like any other – Treat it like one. October 11 <http://www.un.org/ga/president/63/interactive/gfc.shtml>

Un alt punct de vedere cu privire la acest subiect, îl reprezintă cel al Profesorului Prabaht Patnaik de la Centrul pentru Studii Economice și Planificare din India care spune despre cauza crizei că ar consta tocmai în defectul fundamental de care dă dovadă economia de piață liberă, vizând incapacitatea de a face distincția între « întreprindere » și « speculație », economia de piață tinzând să fie dominată de speculanți cu o viziune pe termen scurt. Totodată, arăta Dl Prabaht Patnaik, în procesul globalizării, rolul independent al națiunii, devine negliabil. Ca rezultat direct, intervenția fiscală ca mijloc de susținere a creșterii economice, a fost înlocuită de un sistem financiar global, iar o politică lipsită de putere de reglementare a luat locul stabilității financiare⁴.

Cât despre o soluție la problematica tratată în cadrul acestei lucrări, și anume posibilitatea ca o *nouă paradigmă* să ne ajute să învingem criza financiară, vorbește și Calestous Juma, Profesor de Practică în Dezvoltare Internațională de la Centrul Belfer pentru Știință și Afaceri Internaționale din cadrul the Harvard Kennedy School of Government. Domnia Sa susține că Națiunile Unite ar putea juca rolul major în crearea unui nou regim de diplomatie financiară care ar fi capabil să aducă la un loc întreaga comunitate economică globală în scopul de a identifica și a împărtăși cele mai bune practici în gestionarea relațiilor dintre finanțe, inovație și dezvoltare.

După cum observăm, părerile la nivelul specialiștilor sunt diferite, în sensul că unii dintre ei consideră această criză drept sfârșitul unei ere dominate de SUA, dominație permisă prin însuși procesul de globalizare. În virtutea acestui proces, am fi putut avea un instrument pentru gestionarea valorilor universale și a proceselor economice globale, un instrument de folosire a resurselor, de generalizare a democrației, securității și prosperității. În schimb, constatăm că „sistemul financiar internațional se află sub controlul unui consorțiu de autorități financiare reprezentând țările dezvoltate. Prin modul în care funcționează sistemul, rolul Statelor Unite, care se bucură de drept de veto în instituțiile Bretton Woods – Fondul Monetar Internațional și Banca Mondială – este « mai egal » decât al altora”⁵. În această situație dolarul american a ajuns să servească drept monedă de schimb internațională, fiind acceptată de băncile din întreaga lume. Ba mai mult, cu timpul a sporit apetitul pentru deținerea acestei monede, fapt ce a contribuit la adâncirea disparității între SUA și restul lumii. Prin urmare, Statele Unite au reușit să urmărească politici contraciclice, în vreme ce țările în curs de dezvoltare și chiar unele țări dezvoltate au fost obligate să trăiască prin mijloace proprii. O altă consecință a întăririi poziției americane, o reprezintă faptul că, consumatorul american a devenit motorul economiei mondiale. Constatăm astfel că Statele Unite obișnuiau să consume mai mult decât produceau, spre deosebire de China sau de alte câteva țări exportatoare asiatice care produceau mai mult decât consumau. În astfel de împrejurări, Statele Unite au ajuns să acumuleze datoriile externe și, mai mult, rata economiilor a scăzut sub zero, în timp ce China a acumulat rezerve monetare. De aici și până la *balonul imobiliar* nu a fost decât un pas, fapt agravat și de lipsa securității și stabilității financiare. În acest sens, am putea privi declinul drept o secvență tipică a modelului creștere-declin, dar acest aspect capătă amploare prin faptul că începe fenomenul de evitare a dolarului, iar moneda euro se luptă aprig pentru supremația pe piață.

Din studiile efectuate precum și dintr-o practică și experiență profesională în domeniu, am ajuns să agreez ideea lui George Soros potrivit căruia este nevoie de o *nouă paradigmă* care să fie capabilă să explice actuala stare a lucrurilor mai bine decât *paradigma dominantă* din prezent, conform căreia „piețele tind spre echilibru. Această convingere este direct răspunzătoare de actuala dezordine; ea a încurajat reglementatorii să renunțe la propria responsabilitate și să se bazeze pe mecanismele pieței pentru a-și corecta propriile excese”⁶.

⁴ Idem 4

⁵ Soros, George. 2008. *Noua paradigmă a piețelor financiare. Criza creditelor din 2008 și implicațiile ei*. București. Ed. Litera Internațional. p. 91

⁶ Soros, George. 2008. *Noua paradigmă a piețelor financiare. Criza creditelor din 2008 și implicațiile ei*. București. Ed. Litera Internațional. p. 96

În ultima vreme se tot propun o serie de măsuri care să ne scoată din criză și, de aceea, aș putea invoca aici Summitul din septembrie 2009 de la Pittsburgh, pe a cărui ordine de zi a figurat un *plan de reformă financiară* prin care băncile sunt forțate să-și reducă expunerea față de riscuri, să păstreze un nivel mai mare de capital și o gamă mai largă de active care să poată fi ușor tranzacționate. De asemenea, tot cu această ocazie s-a discutat planul privind reechilibrarea economiei mondiale, prin creșterea economisirii în SUA, prin investiții mai mari în Europa și prin majorarea cererii interne în China⁷.

Ca să înțelegem mai bine preocuparea reglementatorilor cu privire la cauza eșecului financiar și economic, aș putea aduce în discuție aspectele sugerate de către

Dna Christine Lagarde, în calitatea sa de Ministru francez al Economiei, Industriei și al Muncii care spunea despre Summitul de la Pittsburgh că vizează „*îmbunătățirea supravegherii precum și implementarea unor standarde ale prudenței în scopul prevenirii și acoperirii riscului excesiv asumat de către operatorii financiari*”⁸.

Severitatea crizei economice și financiare, precum și implicațiile ei asupra tuturor domeniilor vieții, ar trebui să „lumineze mințile” tuturor celor implicați în acest „joc” economic și să dea posibilitatea participanților „inteligenți” la evenimente să „arunce” colacul de salvare economiei globale, lăsând deoparte interesele câtorva puteri. Acum, când piețele sunt în dezordine, ar fi indicat să uităm atât trecutul, cât și prezentul, pentru a ne gândi unde vrem să ajungem în viitor. Și de aceea, consider că este nevoie de cooperarea tuturor specialiștilor din instituții politice, guvernamentale, financiare, juridice, contabile și de audit în sensul creării unei *noi paradigme și culturi economice* care să privească dezvoltarea în ansamblul ei.

Profesia contabilă – vinovată și ea de criza economică?

Până acum am prezentat posibile rădăcini ale actualei crizei economice și financiare, dar ar fi lipsit de deontologie să pierdem din vedere rolul negativ pe care însăși profesia contabilă l-a înregistrat în perioada premergătoare crizei.

În cadrul Raportului pe 2009 publicat de ACCA se specifică faptul că la baza crizei creditelor din SUA stau, de fapt, cinci cauze majore: lipsa guvernantei corporatiste, remunerarea și stimularea ca și principii ale gândirii pe termen scurt, reglementarea insuficientă și chiar subredă, identificarea și gestionarea riscului, raportarea financiară eronată. Textul acestui raport servește și el drept mărturie a implicației negative a profesiei contabile în contextul crizei globale.

Așa cum am arătat anterior, unul din factorii care au generat evenimentele actuale l-a reprezentat folosirea inadecvată a unor instrumente financiare complexe, puțin experimentate care au ajuns să devină de neînțeles chiar și pentru creatorii lor. Însă consecințele utilizării acestor instrumente s-au revărsat bineînțeles asupra raportărilor financiare care au devenit opace și care au ascuns riscurile existente, culminând cu distorsionarea informațiilor financiare transmise către public. Astfel, am putea înțelege de ce raportările financiare se fac vinovate de accentuarea situației create, prin lipsa de transparentă, comparabilitate și credibilitate. Principalul argument în susținerea acestei idei ar putea fi faptul că, prin raportările financiare, profesioniștii contabili ar fi avut ocazia să ofere o imagine mai clară și mai oportună a riscurilor implicate de utilizarea unor astfel de instrumente sofisticate⁹.

Deși este bine știut faptul că rolul contabilității nu constă în asigurarea stabilității financiare, ci doar în acela de oferire către utilizatori a informațiilor utile, ea a contribuit totuși la adâncirea colapsului general. Vina se referă, în special, la regulile contabile legate de *valoarea justă*,

⁷ <http://www.wall-street.ro/articol/International/71944/Ce-inseamna-pentru-banci-summitul-G20-de-la-Pittsburgh.html>

⁸ Lagarde, Christine. 2009. Financial Reform: No time to Pull Back. *Business Week*. October 5. Business Views. The Mc Grow-Hill Companies Edition. p 79

⁹ Huian, M., C. 2009. Standardele contabile și raportările financiare, vinovate de criza actuală? *Contabilitatea, expertiza și auditul afacerilor*. Nr. 11, Noiembrie

principiu născut din armonizarea normelor contabile internaționale (IAS, IFRS) și în virtutea căruia valoarea justă a unui activ ar reprezenta întocmai valoarea sa de piață. Contabilizarea instrumentelor financiare la respectiva *valoare justă*, a condus societățile cotate și instituțiile financiare la recunoașterea unei pierderi „potențiale”. În perioada de criză însă, această pierdere nu are decât un caracter „virtual”: activele pot rămâne tefere, însă valoarea depreciată nu este decât o valoare de moment și nu reflectă valoarea fundamentală a respectivelor active. Pentru acest fapt, pierderea „potențială” se va fi repercutat direct asupra contului de rezultat sau va fi condus la diminuarea capitalurilor proprii. Tocmai în funcție de valoarea acestor capitaluri se determină pragul de îndatorare admisibil de către instituțiile financiare, ca și nivelul creditului ce ar putea fi acordat. Problematika ce s-a ridicat a fost aceea că aprecierea la valoarea justă nu demonstrează decât o viziune pe termen scurt, nicidecum una care să corespundă unei investiții pe termen lung. De aici și lipsa credibilității vis-a-vis de aprecierea la *valoarea justă*¹⁰.

Din studiile efectuate de specialiști pentru a evalua falimentele bancare precum și reducerile semnificative de profituri, am aflat că principalele active respectiv datorii evaluate la valoarea justă au fost cele deținute pentru tranzacționare, înțelegând prin aceasta din urmă speculație în scopul realizării de profituri pe termen scurt. Pentru acestea însă nu există o piață reglementată de pe care să se ia informații certe și transparente, de unde s-a ajuns la confuzia „voită” precum și la lipsa de credibilitate pentru utilizatorii informațiilor. În plus, investitorii sunt de părere că *valoarea justă* reduce valoarea de piață a afacerilor, iar raportările financiare prezintă activele fără a ține seama de valoarea lor economică reală. Observăm astfel ca s-a creat un conflict de interese, în centrul căruia este vizată profesia contabilă, responsabilă cu întocmirea raportărilor financiare.

Neajunsurile acestor raportări au continuat, deși standardele au încercat să le aducă unele îmbunătățiri. Eforturile de ameliorare nu au dat rezultatele scontate și pentru faptul că, în unele domenii, băncile și organismele solicitante precum Forumul Stabilității Financiare, Comitetul de la Basel, Federația Internațională a Bancherilor, Organizația Internațională a Burselor de Valori au oferit prea puține lămuriri în legătură cu ceea ce așteptau de fapt. Astfel, s-a ajuns la un volum extrem de încărcat de informații financiare, a căror calitate a scăzut considerabil proporțional cu transparența lor. Aceste informații au devenit greu de înțeles și, mai cu seamă, de comparat, ajungând să ignore riscurile, prin faptul că nu ofereau nici un suport pentru a ajuta utilizatorii în luarea deciziilor. Putem astfel înțelege de ce standardele de raportare financiară care ar fi trebuit să optimizeze transparența informațiilor transmise pe piață, par să nu-și fi atins deloc obiectivul.

Pe fondul acestor probleme, comunitatea profesională internațională pare să reacționeze prin reiterarea nevoii de convergență a standardelor și a practicilor de raportare financiară, prin ajustarea normelor, în special cele referitoare la evaluarea la valoarea justă¹¹.

Un alt concept contabil care s-a dovedit a fi fost încălcat în contextul crizei actuale, îl reprezintă acela al *imaginii fidele*. Este vorba despre un concept de origine britanică care are în vedere respectarea standardelor contabile și a legii. În plan teoretic, *imaginea fidelă* este definită prin prisma termenului de imagine veridică/reală și corectă. De aici, putem aprecia că *imaginea fidelă* înseamnă *sinceritate + regularitate*. În mod normal, activitatea contabilă ar trebui să fie în „căutarea legitimității”, a adevărului faptelor și fenomenelor economice, ceea ce presupune acuratețe și exactitate în informarea utilizatorului¹².

Deși de la utilizarea pentru prima oară a acestui concept în planul cunoașterii contabile a trecut peste jumătate de secol, în prezent profesia contabilă a ajuns să „cosmetizeze” această imagine fidelă cu scopul de a „face pe plac” unora dintre participanții la piață. Astfel așa putea aduce în discuție *mitul imaginii fidele*, în contextul în care aspectele de ordin politic, economic sau

¹⁰ Les Echos12fev09.pdf

<http://www.leclubdesjuristes.com/publications/articles/que-faire-de-la-juste-valeur>.

¹¹ Ricol, René. Report on the Financial Crisis. October 2008. <http://www.ifac.org/financial-crisis/>

¹² Horomnea, E. și Rusu, G.-A. 2009. Imaginea fidelă – criteriu de performanță al contabilității. *Contabilitatea, expertiza și auditul afacerilor*. Nr. 10, Octombrie

social interferează cu cele contabile. După cum bine știm, contabilii au rolul de actori pe piața unde se confruntă cererea și oferta și, este firesc ca ei să știe să își „vândă” informația contabilă. Grație creativității lor, ei reușesc să ofere o imagine a performanței pentru țările în care investitorii manifestă o presiune puternică (Statele Unite), o imagine a stabilității pentru țările în care banchierii dețin poziția dominantă (Germania), o imagine fiscală pentru țările în care statul joacă un rol semnificativ în contabilitate (Franța, România). Așa am putea explica producerea marilor scandaluri financiare ce au generat prăbușirea în lumea afacerilor. Și tocmai la acest nivel ar putea să intervină deontologia și moralitatea profesionistului contabil care nu mai trebuie să accepte aceste compromisuri, pentru a recâștiga credibilitatea raportărilor financiare. O dată învinsă această luptă, probabil că profesioniștii contabili vor reuși să diminueze și riscurile asumate de întreprinzători, de investitori sau de stat și instituțiile sale.

Aș putea concluziona că, întradevăr, vina profesiei contabile rezidă în aceea că ea a încercat mult prea mult să răspundă presiunilor exercitate pentru satisfacerea intereselor unor grupuri-țintă, fără a ține cont de riscurile previzionate și fără a evidenția, de fapt, adevărata realitate prin intermediul unei informații complete, reale și relevante a unei entități la momentul analizat. Deducem astfel că în prezent, interpretarea conceptului de *imagine fidelă* rămâne principalul obstacol în armonizarea structurilor contabile în plan internațional.

Noua paradigmă și noua cultură contabilă

Concluzii

Ca și **concluzie** aș putea susține că, din situația globală cu care ne confruntăm la ora actuală, înțelegem cu toții că atât sistemul financiar cât și cel contabil internațional se află întradevăr la o răscruce de drumuri. Nu este greu să observăm faptul că, în prezent, o serie întreagă de orientări strategice au eșuat, având un impact negativ în lanț, asemenea bulgărelui de zăpadă. De aceea, consider că o *nouă paradigmă* și o *nouă cultură* în profesia contabilă sunt necesare pentru a salva economia mondială și pentru a ne conduce din nou spre creșterea economică.

Sunt voci în lume care susțin faptul că, din punct de vedere economic, „*tot ceea ce se întâmplă este normal, conform teoriei creștere-declin, că reforma sistemului financiar mai poate aștepta, dar tocmai o astfel de atitudine nu poate fi tolerată*”¹³. Se ignoră în mod deliberat, probabil, faptul că autoritățile publice din întreaga lume nu așteaptă decât injecții de capital, în loc să fie preocupate de redresarea economiei în principal prin analizarea în profunzime a rădăcinilor crizei, fapt ce ar putea conduce la reformarea în întregime a sistemului financiar, principalul vinovat de colapsul actual.

Așa cum anii de dezvoltare ne stau mărturie, nu putem ignora că boomurile duc adesea la crize financiare care, la rândul lor, duc la reglementarea piețelor financiare. În acest sens a evoluat sistemul financiar, prin crize periodice care conduc cu siguranță spre reforme de reglementare. Însă, în opinia mea, reglementatorii ar trebui să țină cont de particularitățile fiecărei piețe, dar și de interesele tuturor părților implicate. Personal, consider ca reglementarea poate fi relevantă numai în măsura în care se va dovedi capabilă să producă îmbunătățiri reale în mediul de afaceri și nu doar rezultate ocazionale. Asumarea responsabilităților din partea reglementatorilor ar trebui să domine convingerea acestora că mecanismele și piața tind spre echilibru, conform paradigmei dominante la ora actuală. În plus de atât, o reglementare strictă și excesivă ar dăuna puternic dezvoltării economice, întrucât o disponibilitate a creditelor va stimula nu numai productivitatea, ci și flexibilitatea și inovația. De aceea consider că reglementatorii se confruntă acum cu o problemă extrem de delicată, fiind tentați să introducă reglementări rapide, fără să fi evaluat în profunzime rădăcinile și impactul actualei crize a cărei seriozitate nu poate fi pusă în discuție. Acest fapt ar putea avea consecințe nedorite și ar putea cauza pagube în loc să protejeze sistemul financiar.

¹³Lagarde, Christine. 2009. Financial Reform: No time to Pull Back. *Business Week*. October 5. Business Views. The Mc Grow-Hill Companies Edition. p 78

Alături de acest sistem financiar ce ar trebui schimbat se înscrie și profesia contabilă, așa cum am arătat pe parcursul lucrării de față, contabilitatea însăși având o vocație internațională, în ceea ce privește normalizarea, armonizarea și convergența standardelor. O nouă cultură contabilă ar putea avea în vedere sporirea transparenței și credibilității raportărilor financiare, o analiză mai detaliată a riscurilor, precum și construirea „adevăratei” imagini fidele a realității economice, fără ca activitatea contabilă să mai accepte să fie supusă presiunii unor grupuri de interese. Stabilirea de standarde bazate pe principii și pe raționamentul profesional joacă un rol vital și nu ar trebui să îngreuneze revenirea economică mondială. Pentru aceasta avem nevoie de o imagine clară a conturilor, de situații consecvente, de încredere în faptul că standardele internaționale sunt aplicate corect. Așa cum afirma Dl. Ian Cooper cu ocazia Primului Congres al Camerei Auditorilor Financiară din România, desfășurat în perioada 26-27 octombrie 2006, observăm că „în poziția în care ne aflăm acum, la nivel global, armonizarea nu e completă. Vedem diferențe substanțiale între regulile, procesele și reglementările din Uniunea Europeană și cele aplicate în Statele Unite. Așa că e important să spunem că mai avem drum de parcurs până la globalizare”¹⁴.

Noua cultură în profesia contabilă ar trebui să însuflească disciplină, rigoare financiară, o mai bună guvernare corporativă și minimizarea riscului de fraudă. Criza economică și financiară pe care o trăim astăzi ar trebui să dea ocazia unei revoluții contabile, în sensul că această profesie ar trebui să se implice în adevăratul sens în pilotarea întregii afaceri. Întrevedem în acest moment nevoia unei schimbări culturale care depășește însăși aria contabilității, având impact direct asupra sistemului financiar, informatic, asupra comunicării financiare, dar și asupra competențelor participanților la piață. Așa cum arăta Adam Smith în „*The Wealth of Nations*”, nimic altceva decât *moderația și reglementarea* ar fi necesare pentru ca piețele să funcționeze pe termen lung. O contabilitate riguroasă ar fi esențială pentru angajarea eficientă atât a capitalului, cât și pentru credibilitatea pe care trebuie clădită orice afacere.

Din punctul de vedere al tuturor participanților la viața economică, schimbarea culturii contabile nu reprezintă un proces simplu deloc. Acest aspect ni-l putem imagina cu toții pentru că, așa cum este cazul oricărei schimbări ce afectează mecanismele de reglementare și funcționare, adoptarea de noi norme presupune un efort din partea tuturor actorilor de pe piață, atât în ceea ce privește conceperea lor cât, mai ales, implementarea. Studiind problema ce face subiectul prezentei lucrări, am ajuns la concluzia că o nouă cultură contabilă reprezintă, de fapt, schimbarea mentalităților, atât a reglementatorilor și profesioniștilor contabili, cât și a utilizatorilor de informație contabilă. În același timp, o nouă paradigmă are în vedere schimbarea percepției rolului piețelor și a reacției participanților în fața incertitudinii și dezastrului financiar. Personal, înțeleg printr-o nouă paradigmă, aceea care s-ar opune teoriei economice clasice care presupune o cunoaștere perfectă, aducând ca argument în acest sens faptul că nici participanții la piață, nici autoritățile fiscale sau monetare nu își pot baza deciziile doar pe cunoaștere. Criza actuală ne-a dovedit tuturor că niște raționamente greșite precum și interpretarea eronată a realității, afectează mersul întregii economii și al societății. Drama pe care o trăim în prezent afectează toate planurile și implică o mulțime de riscuri. De aceea, consider că atunci când sistemul financiar internațional este în pericol, autoritățile ar trebui să cedeze și să nu mai urmărească doar interesele câtorva dintre marile puteri. Fie că le place sau nu, este momentul ca cei responsabili să intervină, având la îndemână raționamentul profesional, experiența și dezideratul comun care privește stabilitatea și creșterea economică.

În nici un caz lucrarea de față nu pretinde ca ar da soluții, căci viitorul nostru comun va depinde de măsurile ce vor fi adoptate la nivel mondial în urma crizei actuale. Dar aș dori să închei cu un apel către toți cei interesați de a depune eforturile necesare pentru a înțelege mai bine

¹⁴ Cooper, Ian. 2006. *Globalizarea afacerilor obligă la o consecvență a practicilor de audit*. Lucrare prezentată în cadrul Primului Congres al Camerei Auditorilor Financiară din România, Octombrie 26-27, în București, România

cauzele și consecințele crizei, de a se solidariza în lupta pentru învingerea acestui flagel și totodată de a recâștiga integritatea profesiei contabile.

Care ar fi paradigma eficientă, dar cultura contabilă potrivită? Cum am putea reforma sistemul financiar internațional? Cum ar trebui reglementate piețele financiare? Cum ar putea profesioniștii contabili să reziste presiunilor exercitate de marile puteri care urmăresc satisfacerea propriilor interese economice, politice, sociale? Acestea sunt doar câteva dintre întrebările în al căror răspuns este posibil să găsim colacul de salvare pentru a învinge criza actuală și sper, totodată, ca ele să dea ocazia unor dezbateri între profesioniștii în domeniu.

Referințe bibliografice

1. Soros, George. 2008. *Noua paradigmă a piețelor financiare. Criza creditelor din 2008 și implicațiile ei*. București. Ed. Litera Internațional.
2. Ricol, René. Report on the Financial Crisis. October 2008. <http://www.ifac.org/financial-crisis/>
3. Weller, Christian, E. 2008. This is a Financial Crisis like any other – Treat it like one. October 11
4. <http://www.un.org/ga/president/63/interactive/gfc.shtml>
5. Dobroțeanu L., Dobroțeanu C., Ciolpan D. și Manea D. 2010. Crizele economice generează modificarea percepțiilor privind rolul auditului? *Audit financiar*. Anul VIII, nr. 1
6. Horomnea, E. și Rusu, G.-A. 2009. Imaginea fidelă – criteriu de performanță al contabilității. *Contabilitatea, expertiza și auditul afacerilor*. Nr. 10, Octombrie
7. Huian, M., C. 2009. Standardele contabile și raportările financiare, vinovate de criza actuală? *Contabilitatea, expertiza și auditul afacerilor*. Nr. 11, Noiembrie
8. Lagarde, Christine. 2009. Financial Reform: No time to Pull Back. *Business Week*. October 5. Business Views. The Mc Grow-Hill Companies Edition.
9. Cooper, Ian. 2006. *Globalizarea afacerilor obligă la o consecvență a practicilor de audit*. Lucrare prezentată în cadrul Primului Congres al Camerei Auditorilor Financiar din România, Octombrie 26-27, în București, România
10. Les Echos, 12fev09.pdf
11. <http://www.leclubdesjuristes.com/publications/articles/que-faire-de-la-juste-valeur>
12. <http://www.wall-street.ro/articol/Internațional/71944/Ce-înseamnă-pentru-bănci-summitul-G20-de-la-Pittsburgh.html>

THE AUDIT ACTIVITY – A VECTOR OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Mitea NELUȚA *

Abstract

The researches on the importance of external audit and of sustainable development like general concepts represent nowadays the accountants' concerns in order to change the development strategies according to the limited resources of the environment. A lot of voices claim the problems that the humanity must face today: the damage of the eco-system, the collapse of the social indicators, the large abyss between the rich people and the poor people, the irrational consumption of natural resources, the lack of the economic behavior sustainability. In such circumstances we have understood the global importance of the audit activity which could become a strong vector of sustainable development in spite of its negative role during the financial crisis. In this study we focus on a new consolidated audit position due to the possible regain of the financial reporting credibility. We also announce some necessary measures which could help the auditors in their profession in order to contribute to a sustainable development.

The implementation of the strategic objectives concerning sustainability at an international level has to motivate the auditors and the accountants all over the world. The achievement of the purposes presented during the study would assure, on medium and long term, an economical growth and also a fair and equitable condition of the evolution for the future generations.

Keywords: *external audit, sustainable development, financial reporting credibility, measure, limited resources.*

Introduction

The researches on the importance of external *audit* and of *sustainable development* like general concepts represent nowadays the concerns of the specialists who have understood that economic development couldn't be stopped. Actually, what we have to do, as citizens and professionals in the same time, would be to change the development strategies in order to match them with the available resources and the ecological limits of the environment. Lately, a lot of voices claim the problems that the humanity must face today: the damage of the eco-system where we all are living, the collapse of social indicators specific to different categories of countries in the world, the large abyss between the rich and the poor people, the irrational consumption of natural and human resources, the lack of the economic behavior sustainability. All this reflect today's reality, a reality that we have a moral obligation to change according to a *sustainable development*, not only in certain areas, but at a global level, by the means of the harmonization of scientific and economic progress with the ecology, the sociology, and the eradication of hunger and poverty.

How else than general waste could be called the contemporary economic behavior that rewards accelerated consumption of natural resources and the only measurable criterion for the financial efficiency being financial profit? I consider this rhetorical question as a starting point of this study.

In order to support this struggle concerning the change of the vision in relation to what is happening in our society, we should empower more and more the external auditors who shouldn't have financial and economic limits, but who would acquire multidimensional abilities. Therefore I consider the subject studied as one particularly important. In this regard, it may start from the definition of **audit** given by Prof. Dr. Al. Rusovici: *"The audit is another form of mutual*

* Associate Professor, Ph. D., "Andrei Saguna" University, Constanța (e-mail : nelutamitea@yahoo.com)

knowledge, in which are held general understanding to particular one, from whole to detail, that makes more accessible the deep meaning of causality, the understanding of integrality and objectivity, the credibility growth of process and phenomena which are examined”¹.

Moreover, as specialists, we should understand that *the audit function* must evolve from the idea of control and supervision, to that of aid and of a competent and independent support for achieving global objectives. The concept also shows “*a professional information review in order to express a responsible and independent opinion by reference to a quality criterion*”². Audit reports should represent true visit cards of the entities controlled, which would be analyzed and evaluated by the representatives of the Accounts Courts, those of international financial organizations, of the European Commission and other interested audiences.

Thus we could appreciate that the external audit function is again in the spotlight, as shown by the existing professional literature, but this time we are expecting at a quality change in its pursuit, namely, from the criticized issues that concern audit as a negative factor during the economic crisis, to its opportunity regarding the role of external audit to the sustainable development of the entire society.

The research methodology that I used in order to achieve the objectives of the study reflects the aspects of a qualitative research. I tried a documentary analysis, which allowed me to evaluate, to understand and to compare a wide range of studies published in journals, magazines and books from international circuit. I also tried not to confine me in understanding the documents analyzed, nor to draw radical conclusions, but I dare to keep my optimistic view, in accordance with the principle that everyone has to think and to participate actively in the processes of evolution and of development.

The role of audit during the current economic crisis

The role of audit during the current economic crisis proved negative because of its impact on the distortion of the financial information sent to different audiences for the benefit of ones of them, but it also increased the opacity of *financial reporting*, hiding the existing risks. From the professional studies concerning the causes of the financial crisis, we learn that it is closely related to the failure of financial market and banking system supervision in most of the advanced countries, a supervision that should be in charge of audit activity. This fact is also recognized during the Summit held in October 2008 in Washington whose subject concerned the Financial Market and the World Economy.

At this time, whether if the subject is about the need for more caution in financial and banking system, or about the struggle against tax havens, we should notice the development of G20 meetings. At this point, Ms. Christine Lagarde, as French Minister of Economy, Industry and Labor, said that the Summit in Washington was the Summit of principles, the London Summit, that of decisions while the Summit in Pittsburgh could have given the opportunity of a major change in the system, a change in everyone’s interest. She also thought that transparency, responsibility and supervision should become the priorities of any state in order to avoid another financial crisis which would force global economy to collapse again³.

Therefore we could say that we’ve attend today an *economic and financial crisis* that seems to last forever, a crisis that proves dangerous in relation to the health of some obsolete financial and economic systems, surpassed by the size of global collapse. Nowadays we are going through a period of an economic, financial, political and social agitation, but also a period of searches, critics and charges designed to put in a dark corner the role of *external audit* with its usefulness in the

¹ Rusovici Al., Cojoc F. si Rusu Gh. 2003. *Audit financiar la societățile comerciale*. București: Ed. Regia Autonomă Monitorul Oficial. p. 24

² Toma, Marin. 2005. *Inițiere în auditul situațiilor financiare ale unei entități*. București: Ed. CECCAR. p. 14

³ Lagarde, Christine. 2009. Financial Reform: No time to Pull Back. *Business Week*. October 5. Business Views. The Mc Grow-Hill Companies Edition.

context of managing a more acute crisis.

In order to help the situation created, I consider that the specialists should front the idea of strengthening the position of auditing, by showing the risks that entities are running and, in particular, by earning *the financial reporting credibility*. It seems to increase more and more the acute need to establish standards based on principles designed to emphasize the transparency and fairness in financial reporting, without to forget the major objective of the accounting profession, that of an accurate reflection of the economic reality proved by the entities under examination. By the means of financial reporting, this profession should serve as an important tool of relevant and objective information for the users concerning the financial position and the entities' performance⁴.

For the resolution of all these problems, the international professional community seems to have understood the need of changing the strategy concerning the action in terms of the standards and the financial reporting practices convergence and even an adjustment to the rules regarding the fair value⁵.

If the mechanisms to be implemented by auditors will succeed or not to regain the auditory confidence, this would be the struggle for the next years, a crucial battle in order to restore the status of a profession whose overall economic performance in the world is becoming a more vital necessity.

Sustainable development and the accounting profession

The concept concerning sustainable development includes *all forms and methods of socio-economic development, whose main objective is that of furnishing and maintaining the balance insight the social and economic systems in conjunction with the elements of the natural capital*⁶. However, this concept has evolved by extending over the life quality in all its complexity, both economic and social.

Given the highly turbulent period that everyone is living today, a period affected by a strong global economic and financial crisis, we couldn't overlook the deep roots of this crisis, namely, the ecological crisis caused by the intense industrial exploitation of natural resources and by the continuing environmental degradation. We could easily say that the Planet is found today in a deep crisis, with roots in an unlimited utilization of these natural resources, a period during which the efficiency evaluation and that of resources productivity has been overtaken by the pursuit of other indicators like: the winning of a strong position in the market for any purpose or the increasing of purchase efficiency. During this period we assisted to an artificially assets over-evaluation in order to provide an unreal image of the economic entities, all these culminating in a general collapse with extreme consequences on the economic activity and on global survival.

Because of this out of control global situation, we found out the necessity to create some institutions designated to fight against this scourge concerning the unlimited and uncontrolled use of natural resources, with a direct and obvious negative impact on the health and on the entities' viability. Among these we should remind in particular *the World Commission on Environment and Development (WCED)*, an institution that, by the means of the report entitled "*Our Common Future*", succeeds in giving a precise definition of *sustainable development*: "**Sustainable development** is the development that aims the present needs without compromising the ability of future generations to meet their own needs".

The Commission also said in the report that the strategies should be reviewed and adapted to the present conditions, but also to that related to the ecological limits provided by the environment

⁴ Dobroțeanu L., Dobroțeanu C., Ciolpan D. și Manea D. 2010. Crizele economice generează modificarea percepțiilor privind rolul auditului? *Audit financiar*. Anul VIII, nr. 1

⁵ Ricol, René. Report on the Financial Crisis. October 2008. <http://www.ifac.org/financial-crisis/>

⁶ Wikipedia Enciclopedia liberă. Conceptul de dezvoltare durabilă. Iunie 2007. http://www.wikipedia.org/wiki/Dezvoltare_durabilă

with the intent not to harm the interests of future generations⁷.

Thus it should be noted that in 1992, at the Earth Summit held in Rio de Janeiro, was founded the *environmental accounting*, a system designed to ensure the organization, the management and the providing of the information related to natural resources, both in physical and monetary units. Meanwhile, *the environmental accounting* provides data on the state and the variations of natural patrimony, also on the interaction between the economy and the environment being, in fact, an extension of the national accounting profession.

We could appreciate that the accounting profession is an indispensable tool for sustainable development; a tool that should be applied at all levels of governance, whether national or regional, while presenting itself like a complex system of information and control which could be the basis for major policy decisions. We shouldn't overlook the fact that, currently, the traditional tools of economic analysis do not allow policy makers to evaluate in a reliable way the effective implementation of environmental policies, nor the economic policies' impact on this environment.

That is why, I consider that the implementation of an *Environmental Management System* could probably give those interested the opportunity to better understand and pursue the objectives of sustainable development, to ensure a deeper control of the environment and to vertically integrate the specific policies and tools. We shouldn't forget the issue concerning the relationship that exists between economic performance and that of the environment, understanding that the two have a common starting point namely: *the win-win principle*. The accountants could interfere up to a deep level and, by the means of some methods like *the Activity Based Costing (ABC)*, or *the Total Cost Assessments* to reach a precise knowledge of environmental costs, which would lead to the creation of surplus value, in the case of a good management of natural resources.

Thus, for all companies, in spite of their activity field and of their size, the feature concerning the environment represents an unmanageable risk, but it should become in the future a development engine. Financial performance and environmental performance are concepts that couldn't be dissociated and next, according to them, the business would be piloted⁸.

Sustainable development represents for mankind the only rational perspective whose major goal being the correlation and the confluence of economic, social and environmental factors, as well as the maintaining of a long-term balance between economic development and environment integrity. *Sustainable development* also proposes a revolution in the production methods, in the management and the consumption of the natural resources in order to reach a new type of development that should lead to a continuous improvement of business activity and to an increasing profit with minimum resources consumption.

As you could notice, the objective of *sustainable development* is rather an eminently political objective, in its right sense, which involves the interests of citizens, institutions and companies, and also of policymakers. Governments and regulators should intensify the initiatives in order to promote the convergence to International Standards of Accounting and Auditing, as claimed more than 60 leaders of this profession who had participated to the Accounting G20 Summit of the International Federation of Accountants, held in 23-24 July 2009 in London. Also on this occasion, it was discussed an issue concerning the urgent need to develop and strengthen the profession in emerging economies and developing ones, in order to achieve *the financial stability*, once exceeded the global economic crisis.

A major role in the resolution of this problem comes to the economic environment and, in particular, to *external audit* which should interfere in the process of improving the quality of economic management at all levels, both at national or regional level up to the global one. At this moment, it could be given to the professionals in this field a major responsibility concerning an

⁷ Leuştean, Doina și Boyère, Loredana. 2009. Rolul profesiei contabile în procesul dezvoltării durabile. *Contabilitatea, expertiza și auditul afacerilor*. August. Nr. 8

⁸ Ordre des Experts-Comptables. 2008. *La Gestion Environnementale- Levier de Performance pour l'Entreprise*. Paris. Ed. Dunod

accurate and objective evaluation of human and natural capital and also of the long term evolution trends. Therefore, the professional accountant should directly contribute to the implementation of medium and long term strategies that should be centered on *the principle of sustainable development*, supported by effective policies concerning major investment. He also would have in his charge to adapt the volume of goods and services production according to the expected trends of a very dynamic market.

The external auditor's professional obligations should evolve from *the business "control"* and from *the fraud's detection*, to the creation of long term added value for the companies' shareholders, in compliance with current rules and standards and by highlighting the specific risks seized throughout the audit activity.

In this respect, the major global objective could be the creation of a *sustainable development team* in which might appear professional accountants and auditors, engineers, lawyers, specialists in environment, in Corporate Governance, but also in commercial development. Therefore we could say that the progress of the accounting profession towards the creation of the economic stability and the development, would depend on the accounting work and support of the regional organizations and also of the international development institutions which all share a commitment to providing high quality financial information in order to build a strong and stable economy and to improve living standards.

For achieving the vision of a better future, especially now in the present, when we all are hoping to overcome the economic and financial crisis, the accounting profession should turn its attention to new markets, should embrace new technologies adapted to current needs of society and should support the advice for improving the financial and commercial management at each entity⁹. The experts involved in this field are required to maintain the values of integrity, transparency and expertise in order to regain *the financial reporting credibility*, with direct influence on the future of companies.

Necessary measures for a sustainable development

As I have already shown during this study, the global financial markets and, in particular, the U.S. market, is living a period of deep crisis due to the failure in assumption the role of controller and regulator of these markets for the responsible persons who were preoccupied with objectives that have proved useless. Therefore, it would be necessary to create an organism able to ensure the respect of law by virtue of guaranteeing a solid financial security and of earning the investors' confidence in each state.

To better understand the issues that served as base of the current crisis, it would be very important, to bring into question the dichotomy that exists between two major world systems: the American and the European system. Specific to the European system are: the obligation to use a particular standard in the accounting practice (like in France, in Belgium, in Great Britain, etc.) or even the close relationship between taxation and financial reporting (as it happens in Germany and other Nordic countries). But not the same occurs in the American system which, for a long time, was envied by most of the people, by the way of encouraging millions of persons to invest, but which lost its position because of financial stability destruction, due to the lack of motivation regarding the drastically control of financial reports.

If in American Law, the primary objective is to maximize the value of shares, in European Law, the meaning of the company is pursued globally. This distinction proves crucial to understanding the most accurate measures required at a global level in order to overcome this major crisis. Also in this respect, it is necessary to remember that in Europe, we couldn't discuss about a mass number of financial scandals, such as those in the United States. The European control systems seem to have functioned more rigorously than those in the U.S., but we should

⁹ Idem 8

point out the idea that this might be the properly direction to which the accounting profession and the audit should focus the more rapidly possible.

A measure, whose results had proven their efficiency, was that of France, from which arose a peak structure designed to ensure supervision and oversight of the accounting profession itself, a structure composed of professional representatives together with those of various companies belonging to the public and the private sector, but also of magistrates. This national structure has acquired complex skills that have come to exceed the powers of the Accounts commissioners. Although quality control in France has more than 30 years old, now it has known a profound evolution in the creation of specific dispositions concerning particularly, the auditors of listed entities on the regulated market.

As Ms. Brigitte Guillebert, in her capacity as Director of Quality Control in France estimated during the First Congress of the Chamber of Romanian Auditors that took place the 26-27 October 2006 in Romania, we could understand that it is about *the Financial Security Law* dating from August 2003, one that led to great changes in the structure of the National Company of Accounts Commissioners. According to this law, we find out how the commissioners are themselves subjected to three types of controls, of which we could remember those organized by the Ministry of Justice and not by the Ministry of Finance as required by law in most of the countries. This control is done with the help of financial market authority, the regulatory organism of the stock exchange¹⁰.

Compared to this structure, we should consider that of the United Kingdom whose limits didn't allow the supervision of the audit profession at the national level, fact that contributed to a fraud number higher than those in France, which caused problems affecting the country's economic life.

However, a different system, but original in its attributions, it is *the Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB)* which has become, during the current crisis, the supreme court whose role consists in ensuring the supervision of the accounting and audit activities, the respect of professional ethics and also in the organization of controls at a high global level. The role of this non-profit organization created by Sarbanes-Oxley Law in 2002 is to oversee the quality of public institutions auditors in order to protect the interests of investors and even the public interest by checking the accuracy and the reality of financial reporting. This role has got a large proportion in December 2007 when it was decided to increase the quality of audit control, the transparency of that system and its performance by the implementation of some procedures in order to follow the discipline and by providing penalties those who infringe them. This law is intended to restore public confidence in the audit and it also seeks, through its provisions, to cover a number of fields.

However, as shown by Mr. Martin F. Baumann, Chief Auditor and Director of the Professional Standards, "*A well-performed EQR can serve as an important safeguard against erroneous or insufficiently audit options and, accordingly, can contribute to enhance audit quality*" in the U.S¹¹.

The parallel between the European systems and that American is meant to highlight the possible roots of the crisis current situation, for which it would be necessary to appreciate at a fair value the importance of using an adequate control system and accounts supervision, especially a control for the charges and the consumption made by various actors who intervene in the economy. The overall review of audit quality could demonstrate the compliance with professional

¹⁰ Guillebert, Brigitte. 2006. *Un posibil model francez pentru reglementarea si organizarea supravegherii auditului*. Lucrare prezentată în cadrul Primului Congres al Camerei Auditorilor Financiari din Romania, Octombrie 26-27, în Bucuresti, Romania

¹¹ PCAOB Auditing Standard on Engagement Quality Review approved by SEC, effective for fiscal years beginning December 15, 2009. Washington, D.C., January 15, 2010. http://pcaobus.org/News/Releases/Pages/01152010_AS7.aspx

standards and the specific requirements, including international auditing standards and that of quality control and also could contribute to improving the knowledge and the skills of the responsible staff.

In order to better understand the functioning of the two systems so different, we could discuss about *the independent administrator/ the sole owner*, so common in American companies, where the business is evolving in its own interest, and as consequence, the possibility to exercise an objective control is considered a premise hard to imagine. Besides, the same case is not available for the European companies, where priority is the control. Also we should consider that, just to meet the spirit of *corporate governance* as it developed during 1970 - 1980, the trend is to assimilate companies in particular through their ownership interests. Thus we understand how the *Board of Administration* began to gain an increasing power, operating just in the interest of the shareholders, and having an extremely role in monitoring the activity. Different from the case of the European companies, in that noticed in U.S., where the focus is on companies controlled by major shareholders, those who act as "officers" of the entire course of business. Therefore, their interests to increase the amount of shares prevailed to the prejudice of the control practice of what was actually happening on the "land" of the business itself. *Financial stability* became so weak that it drained the companies' possibilities of survival.

All these aspects together with an excessive and unjustified use of natural resources, and also the inadequate performance of the audit function by which professionals should have highlighted the risks that the entities run, without keeping them in obscurity vis-à-vis the "ears" of public interest, contributed greatly to the collapse and to the bankruptcy of some important names from the stage of the world economy.

Therefore, the concern for a rapid exit from the crisis, for the implementation of the management and financial systems capable of providing the necessary stability in the economic life, as well as the use of auditors' function at its fair value, all these should prevail among other concerns of shareholders, nations, managers and all other parties involved in the social, economic and juridical life. Just to maximize efficiency and profits obtained by companies, to improve corporate image, to reduce costs and especially natural resources consumption, it is necessary to understand the importance of objective and conclusive financial reporting, reports that should highlight the reality of the company and offer advice and solutions to those interested in order to achieve the objectives previously mentioned.

Among the measures needed to be taken for the sustainable development of companies, either individual, association, and even corporate, we should retain that of creation national and regional key indicators, and the progress indicators of the International Strategy Sustainable Development and of the National Strategy. These indicators should be subjected to scientific rigor, to the policy efficiency and democratic rules. Auditors and accountants might discuss the advantages and disadvantages concerning the implementation of these indicators of sustainable development¹² and could even claim for the creation of some synthetic indicators supposed to moderate the influence of GDP as a development indicator.

One solution would be that of including in the notes related to the income and expenses budgets and also in entities' financial statements, the indicator concerning *the resources productivity*, measured as *a ratio of gross added value and intermediate consumption value + total material consumption value*. Based on the measurement of this indicator, it might be established a cult of performance for materials acquisition activity at the best possible cost and also for the efficient use of these resources. To achieve a certain level of performance, the managers could implement the realization of income and expenses budgets and even annual plans or medium term plans. Within these, they might use to practice a *cost control* but also to reduce the consumption of

¹² *La Revue du Commissariat Général au Développement Durable (CGDD)*. 2010. Les indicateurs de développement durable. Paris. Janvier 20.

natural resources, particularly that of the energy.

Productivity growth could be achieved by investing in advanced technologies that use a smaller amount of natural resources, but also by increasing the weight of products and services made in order to generate a higher added value, with a minimum consumption of resources¹³.

Accounting profession gets in this regard some particular facets, especially because of the fact that it is supposed to assure: collecting, processing and reporting the reliable information designed to measure the performance in achieving *sustainable development objectives*. It is necessary to notice the role of accountants and auditors regarding the efficient management of resources consumption, their optimization and valorization at high parameters by the means of the implementation of consumption methods whose efficiency should be scientifically and practically proven.

Auditors and accountants are also those involved in creating *a tax system* designated to encourage sustainable consumption by proposing to the authorities eventually facilities and possibly some tax exemptions in this regard and by representing an accounting situation concerning the amount of those fees in order to create advantages for both taxpayers and the countries' budgets. In accordance with EU recommendations, the persons in charge are preparing adjustments to the tax system by shifting part of the tax on labor to taxing energy consumption and material resources. In this respect, professional accountants could return the role to advise and promote products and services based on technologies of medium and high complexity, having an advanced degree of processing and also a high added value, but also the role to minimize the growth of sectors whose long term development couldn't be supported by these limited resources.

And not at least, auditors and accountants would be supposed to intervene in

the social economy development by actively involving all relevant actors, in particular in supporting the development of strong local communities in order to provide services to support the public interests, but also in promoting social cohesion. However, this is the moment for them to be interested in promoting sustainable development principles and practices in order to increase their profession credibility. In this regard we could think about establishing as priority objectives: financial reporting transparency, free access to information of public interest, sustainable partnership, optimization of resources consumption, increase of profits and respect of the values and the mission of the accounting profession.

Conclusions

As a **conclusion**, I might say that, under these current circumstances, when it is not sufficient to overcome the crisis, but also to conquer it in order to not affect the progress possibilities of future generations, *sustainable development* mustn't be understood as a result of a temporary mode, but as a lead complex phenomenon which should be taken into account by any company. Precisely for this reason, I could appreciate that the future activity of the auditors wouldn't be easy anywhere. The supervision of financial information is already mandatory, but those not concerning a financial issue would depend on each entity interest, and just this last point tends to get importance.

Sustainable development mission of the accounting and audit firms becomes every day more precise, covering several types of performances. One of them consists in auditing, that is the supervision and certification of published information when the firms could intervene to support enterprises organization, by defining relevant specific indicators and necessary reporting techniques to the process of sustainable development. In a period of *due diligence*, for example, supposing a project of merger or of acquisition, auditors should achieve reliable and transparent social and financial audits in order to avoid negative surprises which could affect their customers but also the future health of companies and of the entire economy.

¹³ Ibidem 8

Another performance of specialized firms could be that of advising companies in connection with sustainable development, on the principle: "*Think globally, act locally*", which means that the business should be harmonized primarily with the National Development Standards. This activity should be guided by specific tools created in order to meet sustainable development policy established for each entity at an individual level.

However professionals should create a whole system which would be supposed to assure the world trade fair partnership for each entity, a partnership founded on dialogue, transparency and mutual respect. This partnership might contribute to *the complex sustainable development phenomenon* by offering the best trading conditions and by guaranteeing producers rights, and equally those of employees and customers. The future role of the auditors might consist in supporting the producers, in sensitizing the actors' opinions, and also in promoting a changing campaign concerning the rules and practices of conventional international trade.

Another major point on which experts should focus their concerns, is the *environmental taxation issue*, taxation being an economic tool designed to integrate into consumer prices the cost of the negative externalities raised from the economic activities developed by the entities (such as: *the cost of pollution, the climate change cost, the thinned air cost* etc.). This price is determined by the law of supply and demand, ignoring the pressure of the environment. The failure of today's market economy system should be corrected as soon as possible for the reason that the price should attain its role of security and that of an alarm system because, as we all know, the price affects the behavior of different actors.

And not at least, I could raise the problem of the Environmental Management System, a true enterprise management tool, but also that of the entire community, that allows micro and macro organization that would minimize the negative environmental impact, but also the excessive consumption of limited resources. This system should be implemented and used in order to ensure continuous improvement of business activity, leading it to a sustainable development. And we shouldn't ignore the fact that the three pillars of *sustainable development* could be found at the confluence of three major concerns of mankind, namely: *the economy, the ecology and the social*.

References

1. Rusovici Al., Cojoc F. si Rusu Gh. 2003. *Audit financiar la societățile comerciale*. București: Ed. Regia Autonomă Monitorul Oficial, p. 24;
2. Toma, Marin. 2005. *Inițiere în auditul situațiilor financiare ale unei entități*. București: Ed. CECCAR, p. 14;
3. Ordre des Experts-Comptables. 2008. *La Gestion Environnementale-Levier de Performance pour l'Entreprise*. Paris: Ed. Dunod;
4. Dobroțeanu L., Dobroțeanu C., Ciolpan D. și Manea D. 2010. Crizele economice generează modificarea percepțiilor privind rolul auditului? *Audit financiar*, Anul VIII, nr. 1;
5. Lagarde, Christine. 2009. Financial Reform: No Time to Pull Back. *Business Week*. October 5. Business Views. The Mc Grow-Hill Companies Edition;
6. Leuștean, Doina și Boyère, Loredana. 2009. Rolul profesiei contabile în procesul dezvoltării durabile. *Contabilitatea, expertiza și auditul afacerilor*. August, nr.8;
7. *La Revue du Commissariat Général au Développement Durable (CGDD)*. 2010. Les indicateurs de développement durable. Janvier 20. Paris;
8. Guillebert, Brigitte. 2006. *Un posibil model francez pentru reglementarea și organizarea supravegherii auditului*. Lucrare prezentată în cadrul Primului Congres al Camerei Auditorilor Financiar din România, Octombrie 26-27, în București, România;
9. PCAOB Auditing Standard on Engagement Quality Review approved by SEC, effective for fiscal years beginning December 15, 2009. Washington, D.C., January 15, 2010. http://pcaobus.org/News/Releases/Pages/01152010_AS7.aspx;

10. Ricol, René. Report on the Financial Crisis. October 2008. <http://www.ifac.org/financial-crisis/>;

11. Wikipedia Enciclopedia liberă. Conceptul de dezvoltare durabilă. Iunie 2007. http://www..wikipedia.org/wiki/Dezvoltare_durabilă.

ACTIVITATEA DE AUDIT – VECTOR AL DEZVOLTĂRII DURABILE

Neluța MITEA*

Abstract

Cercetările pe tema importanței auditului extern precum și a dezvoltării durabile ca și concept general valabil reprezintă preocupări ale specialiștilor, cu scopul de a schimba strategiile de dezvoltare, în funcție de resursele limitate furnizate de mediul înconjurător. O mulțime de voci atrag atenția asupra problemelor cu care se confruntă umanitatea la ora actuală: deteriorarea eco-sistemului, scăderea indicatorilor sociali, aprofundarea prăpastiei care există între bogății și săracii globului, consumul irațional de resurse naturale, lipsa sustenabilității comportamentului economic. În astfel de circumstanțe, am înțeles importanța globală a activității de audit care ar putea deveni un vector puternic al dezvoltării durabile, în ciuda rolului său negativ asumat în timpul acestei crize financiare. Studiul de față se concentrează asupra unei poziții nou consolidate a auditului, datorată nevoii de recâștigare a credibilității raportărilor financiare. De asemenea, consider ca fiind necesare câteva măsuri care ar putea ajuta auditorii, în exercitarea profesiei lor, cu scopul de a-și aduce contribuția la dezvoltarea durabilă. Implementarea obiectivelor strategice privind sustenabilitatea la un nivel internațional ar trebui să-i motiveze pe auditorii și contabilii din întreaga lume. Realizarea scopurilor prezentate în studiul de față ar putea contribui la o creștere economică pe termen mediu și lung și, de asemenea, ar putea constitui o condiție echitabilă pentru evoluția generațiilor viitoare.

Cuvinte cheie: *audit extern, dezvoltare durabilă, credibilitatea raportărilor financiare, măsură, resurse limitate.*

Introducere

Cercetările pe tema importanței *auditului extern* și a *dezvoltării durabile* ca și concept general valabil, reprezintă preocupări ale specialiștilor în domeniu, care au înțeles că dezvoltarea economică nu poate fi oprită, dar, că la ora actuală, ce ne rămâne de făcut, nouă în calitate de profesioniști, ar fi schimbarea strategiilor de dezvoltare astfel încât acestea să se potrivească cu resursele și limitele ecologice oferite de mediul înconjurător.

În ultima vreme, tot mai multe voci atrag atenția asupra problemelor cu care se confruntă societatea la nivel global: deteriorarea eco-sistemului în care trăim cu toții, scăderea indicatorilor sociali specifici diferitelor categorii de țări ale lumii, aprofundarea prăpastiei care există între bogății și săracii globului, consumul irațional și scăpat de sub control, de resurse naturale și umane, lipsa de sustenabilitate a comportamentului economic la nivel mondial. Toate acestea reflectă realitatea zilelor noastre, realitate pe care avem obligația morală să o schimbăm în sensul unei *dezvoltări durabile*, nu numai în anumite zone, ci la nivel global, prin armonizarea progresului științific și economic cu ecologia, sociologia, și eradicarea foametei și sărăciei.

Cum altfel decât risipă generalizată ar putea fi denumit comportamentul economic contemporan care recompensează consumul accelerat de resurse naturale, iar singurul criteriu măsurabil pentru eficiența financiară fiind criteriul profitului financiar? Această întrebare retorică servește drept punct de pornire al studiului de față.

Pentru a veni în sprijinul acestei lupte de schimbare în primul rând a viziunii în raport cu ce se întâmplă în societatea contemporană, ar fi indicat să responsabilizăm tot mai mult auditorii externi care nu trebuie să se limiteze la sfera financiar-contabilă, ci care ar trebui să capete valențe multidimensionale. De aceea consider subiectul studiat pe parcursul lucrării ca fiind unul deosebit de important. În acest sens, se poate porni de la definiția dată *auditului* de către Prof. dr. Al. RUSOVICI și anume: “**Auditul** este o altă formă de cunoaștere reciprocă, în care își fac loc

* Conf.univ.dr., “Andrei Saguna” Constanța, catedra de Științe Economice(e-mail : nelutamitea@yahoo.com)

înțelegerea de la general la particular, de la ansamblu la detaliu, care face mai accesibilă aprofundarea cauzalității, înțelegerea integralității și obiectivității, creșterea credibilității proceselor și fenomenelor ce se examinează”¹.

Mai mult decât atât, ca specialiști ar trebui să înțelegem că funcția auditului ar trebui să evolueze, de la ideea de control și supervizare, la aceea de ajutor, de sprijin competent și independent pentru atingerea obiectivelor globale. Noțiunea denotă totodată „*examinarea profesională a unei informații, în vederea exprimării unei opinii responsabile și independente prin raportarea la un criteriu de calitate*”². Rapoartele de audit ar trebui să reprezinte adevărate cărți de vizită ale entităților auditate, care vor fi analizate, evaluate de reprezentanții Curților de Conturi, organismelor financiare internaționale, Comisiei Europene, precum și de alte categorii de public interesat.

Se poate astfel lesne aprecia că funcția *auditului extern* este din nou în lumina reflectoarelor, așa cum o arată literatura de specialitate existentă, doar că de această dată ne așteptăm la un salt calitativ în exercitarea acesteia și anume, de la aspectele atât de criticate care privesc auditul ca și factor negativ în contextul crizei economice, către oportunitatea ce i se deschide, oportunitate ce vizează rolul *auditului extern* în dezvoltarea durabilă a întregii societăți.

Metodologia de cercetare utilizată pentru realizarea obiectivelor studiului reflectă aspectele unei cercetări de ordin calitativ. Am procedat la o analiză documentară, fapt ce mi-a permis evaluarea, înțelegerea și compararea unei game largi de studii publicate în jurnale, reviste și cărți de prestigiu din circuitul internațional. Am încercat să nu mă limitez în înțelegerea documentelor și nici să nu trag concluzii radicale și pripite, dar

mi-am îngăduit să îmi păstrez componenta optimistă, în virtutea respectării principiului conform căruia cu toții trebuie să ne gândim și să participăm activ la procesele de evoluție și dezvoltare.

Rolul activității de audit în contextul crizei economice

Rolul auditului în contextul crizei s-a dovedit unul negativ întrucât a distorsionat informațiile financiare transmise diverselor categorii de public interesat de acestea, în folosul unora dintre ele, dar a și sporit totodată opacitatea raportărilor financiare, ascunzând riscurile existente. Din studiile de specialitate referitoare la cauzele crizei financiare, aflăm că aceasta este strâns legată de eșecul supravegherii pieței financiar-bancare în majoritatea statelor avansate, supraveghere ce cădea în sarcina activității de *audit*. Acest aspect este recunoscut totodată și cu ocazia Summit-ului organizat în octombrie 2008 la Washington, Summit având ca subiect Piețele Financiare și Economia Mondială.

La ora actuală însă, fie că este vorba despre nevoia manifestării de prudență în sistemul financiar-bancar, fie despre lupta contra paradisurilor fiscale, trebuie să privim totuși evoluția în cadrul întâlnirilor de la nivelul G20. Astfel, așa cum arăta D-na Christine Lagarde, în calitate sa de Ministru francez al Economiei, Industriei și al Muncii, putem observa că momentul Washington 2008 a reprezentat Summit-ul principiilor, Summit-ul de la Londra, cel al deciziilor, în vreme ce Summit-ul de la Pittsburgh ar fi putut da ocazia unei schimbări majore în sistem, o schimbare în interesul tuturor. Transparența, responsabilitatea și supravegherea ar trebui să ajungă prioritățile oricărui stat pentru a se evita o altă criză financiară care să prăbușească economia la scară mondială³.

¹ Rusovici Al., Cojoc F. și Rusu Gh. 2003. *Audit financiar la societățile comerciale*. București: Ed. Regia Autonomă Monitorul Oficial. p. 24

² Toma, Marin. 2005. *Inițiere în auditul situațiilor financiare ale unei entități*. București: Ed. CECCAR. p. 14

³ Lagarde, Christine. 2009. Financial Reform: No time to Pull Back. *Business Week*. October 5. Business Views. The McGraw-Hill Companies Edition.

De aceea se poate afirma că am ajuns astăzi să asistăm la o *criză economică și financiară* ce pare să nu înceteze, criză ce își dovedește pericolozitatea în raport cu sănătatea unor sisteme economico-financiare învechite, depășite chiar de dimensiunile colapsului global. Traversăm astăzi o perioadă de zbucium economic, financiar, politic și social, dar totodată și de căutări, de critici, de acuzații menite să pună într-un colț întunecat rolul *auditului extern* împreună cu utilitatea acestuia în contextul gestionării unei crize tot mai acute.

Pentru a veni în sprijinul situației create, consider că specialiștii ar trebui să facă front comun în ideea consolidării poziției auditului, în sensul esențial al punerii în lumină a riscurilor la care se expun entitățile și, în special, al recăștigării *credibilității raportărilor financiare*. Se dovedește din ce în ce mai acută nevoia de a stabili standarde bazate pe principii menite să accentueze transparența și corectitudinea raportărilor financiare, neignorând obiectivul major al profesiei contabile, și anume acela referitor la reflectarea cât mai exactă a realității economice a tuturor entităților supuse analizei. Contabilitatea, prin intermediul raportărilor financiare ar trebui să servească drept instrument de informare pertinentă, obiectivă și relevantă a utilizatorilor cu privire la poziția financiară și performanțele raportorilor⁴.

În scopul de a rezolva toate aceste probleme, comunitatea profesională internațională pare să fi înțeles necesitatea schimbării strategiei de acțiune în sensul unei convergențe a standardelor și a practicilor de raportare financiară și chiar al unei ajustări a normelor cu privire la valoarea justă⁵.

Dacă mecanismele ce vor fi puse în practică de către auditori vor reuși sau nu să recâștige încrederea publicului vizat, aceasta reprezintă lupta ce se va da în următorii ani, o luptă esențială pentru redobândirea statutului unei profesii a cărei exercitare în lumea economică globală devine o necesitate din ce în ce mai imperioasă.

Dezvoltarea durabilă și profesia contabilă

Conceptul de *dezvoltare durabilă* cuprinde *ansamblul formelor și metodelor de dezvoltare socio-economică, al căror principal obiectiv îl constituie asigurarea și menținerea echilibrului în cadrul sistemelor sociale și economice în strânsă legătură cu elementele capitalului natural*⁶. De-a lungul vremii însă, acest concept a evoluat extinzându-se asupra calității vieții în întreaga sa complexitate, atât economică cât și socială.

Având în vedere perioada extrem de turbulentă pe care omenirea o parcurge în prezent, perioadă afectată de o puternică criză economică și financiară globală, nu putem pierde din vedere una din rădăcinile profunde ale acestei crize și anume, *criza ecologică* determinată de intensa exploatare industrială a resurselor precum și de degradarea continuă a mediului înconjurător. Putem astfel lesne afirma că Planeta se regăsește în prezent într-o criză profundă, cu rădăcini în utilizarea fără măsură a unor resurse naturale limitate, perioadă în care evaluarea *randamentului și productivității resurselor* a fost depășită de urmărirea atingerii unor alți indicatori. Dintre aceștia am putea enumera: câștigarea unei poziții puternice pe piață cu orice scop sau chiar sporirea eficienței valorificării achizițiilor, când s-a mers până la evaluări supradimensionate artificiale ale activelor cu scopul de a furniza o imagine ireală a entităților economice, toate acestea culminând cu un colaps general cu consecințe extreme asupra activității economice și supraviețuirii la nivel global.

Data fiind situația globală scăpată de sub control, de-a lungul timpului a fost necesară crearea unor formațiuni menite să lupte contra acestui flagel și anume folosirea nelimitată și necontrolată a resurselor naturale, cu impact direct și evident negativ asupra sănătății și viabilității entităților. Printre acestea trebuie amintită cu precădere *Comisia Mondială pentru Mediu și Dezvoltare*

⁴ Dobroțeanu L., Dobroțeanu C., Ciolpan D. și Manea D. 2010. Crizele economice generează modificarea percepțiilor privind rolul auditului? *Audit financiar*. Anul VIII, nr. 1

⁵ Ricol, René. Report on the Financial Crisis. October 2008. <http://www.ifac.org/financial-crisis/>

⁶ Wikipedia Enciclopedia liberă. Conceptul de dezvoltare durabilă. Iunie 2007. http://www.wikipedia.org/wiki/Dezvoltare_durabilă

(WCED), comisie care prin raportul intitulat: “Viitorul nostru comun”, reușește să dea o definiție exactă a dezvoltării durabile pe înțelesul tuturor: “**Dezvoltarea durabilă** este dezvoltarea care urmărește nevoile prezentului fără a compromite posibilitatea generațiilor viitoare de a-și satisface nevoile lor”. Comisia arată totodată prin acest raport că strategiile ar trebui revizuite și adaptate condițiilor în care ne găsim la momentul actual, dar și corelate cu limitele ecologice oferite de mediul înconjurător cu intenția de a nu dăuna intereselor generațiilor următoare⁷.

Astfel trebuie amintit faptul că în anul 1992, cu ocazia Summit-ului Pământului ce a avut loc la Rio de Janeiro, s-au pus bazele contabilității mediului înconjurător, un sistem menit să asigure repertorierea, organizarea, gestionarea și furnizarea informațiilor legate de resursele naturale, atât în unități fizice cât și monetare. În același timp contabilitatea mediului înconjurător furnizează date cu privire la starea și variațiile patrimoniului natural, la starea interacțiunii dintre economie și mediu, fiind de altfel o extensie a contabilității naționale. Putem astfel aprecia că ea reprezintă un instrument indispensabil dezvoltării durabile, un instrument ce trebuie aplicat la toate nivelurile de guvernare, fie ele naționale sau regionale, prezentându-se totodată ca un sistem de informare și control complex ce poate sta la baza unor decizii politice majore. Nu trebuie să pierdem din vedere faptul că, la ora actuală, instrumentele tradiționale de analiză economică nu permit factorilor politici de decizie să evalueze într-un mod fiabil eficiența punerii în practică a politicilor privind mediul înconjurător, dar nici impactul asupra acestui mediu al politicilor economice.

Tocmai de aceea, punerea în aplicație a unui Sistem de Management al Mediului la nivel de fiecare entitate în parte, ar putea da probabil posibilitatea celor interesați să înțeleagă și să urmărească mai bine obiectivele dezvoltării durabile, să asigure un control mai profund al mediului înconjurător și să integreze pe verticală instrumentele și politicile specifice. Nu trebuie uitat nici aspectul referitor la relațiile care există între performanța economică și aceea a mediului, în sensul că cele două au un punct de plecare comun și anume: *principiul câștig-câștig/ win-win*. Profesioniștii contabili ar putea interveni până într-acolo încât, ca pe baza unor metode gen *Activity Based Costing (Metoda ABC)*, *Total Cost Assessments*, să ajungă la o cunoaștere exactă a costurilor privind mediul înconjurător, fapt ce ar conduce la crearea de plusvaloare, dacă s-ar gestiona cum trebuie resursele naturale. Astfel că pentru toate tipurile de societăți, indiferent de domeniul de activitate și de talia lor, dimensiunea care privește mediul înconjurător reprezintă un risc greu de stăpânit, dar care trebuie să devină cu timpul un motor al dezvoltării. Performanța financiară și performanța mediului sunt noțiuni ce nu pot fi disociate, în funcție de ele urmând a fi pilotată activitatea întreprinderii⁸.

Dezvoltarea durabilă reprezintă astfel pentru întreaga omenire singura perspectivă rațională al cărei obiectiv major se anunță a fi corelarea și confluența factorilor economici, sociali și de mediu, precum și menținerea unui echilibru pe termen lung, între dezvoltarea economică și integritatea mediului înconjurător. *Dezvoltarea durabilă* propune totodată o revoluție a metodelor de producție, de gestiune și de consum de resurse cu scopul de a cunoaște un nou tip de dezvoltare care să conducă la îmbunătățirea continuă a activității și la creșterea profitului cu consum minim de resurse.

Obiectivul dezvoltării durabile este, după cum se observă, mai degrabă un obiectiv eminent politic, în sensul nobil al cuvântului, care presupune concertarea intereselor cetățenilor, instituțiilor și societăților, precum și a factorilor de decizie. Guvernele și reglementatorii ar trebui să intensifice inițiativele de promovare a convergenței la standardele globale de contabilitate și audit, după cum au afirmat cei peste 60 de lideri ai profesiei contabile care au participat la Summit-ul de contabilitate G20 al Federației Internaționale a Contabililor, desfășurat în perioada 23-24 iulie, 2009 la Londra. Tot cu această ocazie, s-a dezbătut și

⁷ Leuștean, Doina și Boyère, Loredana. 2009. Rolul profesiei contabile în procesul dezvoltării durabile. *Contabilitatea, expertiza și auditul afacerilor*. August. Nr. 8

⁸ Ordre des Experts-Comptables. 2008. *La Gestion Environnementale- Levier de Performance pour l'Entreprise*. Paris. Ed. Dunod

problematica care privește nevoia urgentă de a dezvolta și întări profesia în cadrul economiilor din țările emergente și a celor în curs de dezvoltare, în scopul obținerii unei *stabilități financiare*, odată depășită criza economică mondială.

Un rol major în această problematică revine astfel mediului economic și, în special *auditului extern* care trebuie să intervină și în procesul de ameliorare a calității managementului economic de la toate nivelurile, atât de la cel național sau regional, până la cel global. Specialiștilor din domeniu le-ar putea reveni în acest moment o responsabilitate majoră cu privire la evaluarea cât mai corectă și obiectivă a stării capitalului uman și natural totodată, precum și a tendințelor de evoluție în special pe termen lung. De aceea, profesionistul contabil ar trebui să contribuie direct la elaborarea unei strategii pe termen mediu și lung care să fie centrată pe *principiul dezvoltării durabile*, ajutată de politici eficiente care să vizeze eventualele investiții majore. De asemenea, tot în sarcina lui ar cădea și adaptarea volumului producției de bunuri și servicii în strânsă corelație cu tendințele anticipate ale unei piețe aflate într-o mișcare continuă.

De asemenea, obligațiile profesionale ale auditorului extern ar trebui să evolueze de la simplul “control” al *afacerilor* și implicit de la *detectarea fraudelor*, spre crearea de valoare adăugată pe termen lung pentru acționarii firmelor, cu respectarea standardelor în vigoare și cu scoaterea în evidență a riscurilor specifice sesizate pe parcursul desfășurării activității de audit.

În acest sens, obiectivul major la nivel global l-ar putea constitui formarea unei *echipe de dezvoltare durabilă*, echipă din care să facă parte, alături de profesioniștii contabili și auditori, ingineri, juriști, specialiști în domeniul mediului înconjurător, în guvernanta întreprinderii, dar și în dezvoltare comercială. De aceea se poate afirma faptul că progresele profesiei contabile pe calea construirii stabilității economice și dezvoltării vor depinde astfel și de activitatea și susținerea organizațiilor contabile regionale și a instituțiilor de dezvoltare internaționale care împărtășesc toate angajamentul pentru furnizarea de informații financiare de înaltă calitate, pentru crearea unei economii puternice și stabile, pentru îmbunătățirea standardelor de viață a întregii omeniri.

Pentru a atinge viziunea unui viitor mai bun, mai cu seamă acum în prezent, când cu toții sperăm la depășirea crizei economico-financiare, profesia contabilă ar trebui să-și îndrepte atenția către noi piețe, să îmbrățișeze noi tehnologii adaptate nevoilor actuale ale societății și să sprijine consultanța destinată ameliorării managementului financiar și comercial la nivel de fiecare unitate în parte⁹. Totodată specialiștii care intervin în acest domeniu au obligația să păstreze valorile de integritate, transparență și expertiză, în scopul recâștigării credibilității raportărilor financiare, cu influență directă asupra viitorului entităților.

Măsurile necesare în sensul unei dezvoltări durabile

Așa cum am arătat anterior în cadrul studiului, piețele financiare mondiale și în special cele americane, traversează o perioadă de criză profundă, datorată eșecului în asumarea rolului de controlor și de regulator al acestor piețe al responsabililor preocupați de obiective ce și-au dovedit inutilitatea. De aceea s-ar impune crearea unui organism capabil să asigure respectarea legii în virtutea garantării unei securități financiare solide precum și câștigarea încrederii investitorilor la nivelul fiecărui stat.

Pentru a înțelege mai bine aspectele care au stat la baza crizei actuale este foarte important însă să aduc în discuție dihotomia care există între două dintre sistemele mondiale importante: cel american și cel european. Specifice sistemului european sunt: obligația de a utiliza un anumit standard în practica contabilă (cum e cazul Franței, Belgiei, Marii Britanii etc) sau chiar relația strânsă între impozitare și raportarea financiară (cum se întâmplă în Germania și în alte țări nordice). Nu același lucru intervine în sistemul american care, pentru multă vreme, a fost invidiat de mai toate popoarele, prin modul în care încuraja milioane de persoane să investească, dar care a pierdut teren datorită distrugerii stabilității financiare, prin lipsa de încurajare a controlului drastic

⁹ Idem 8

la care trebuiau supuse raportările financiare.

Dacă în cazul Dreptului American, obiectivul primordial îl constituie maximizarea valorii acțiunilor, în Dreptul European, înțelesul întreprinderii este urmărit la nivel global. Această distincție se dovedește a fi extrem de importantă, în scopul înțelegerii cât mai exacte a măsurilor impuse la nivel mondial pentru depășirea acestei situații de criză majoră. Tot în acest sens, este necesar a aminti că în Europa, nu putem vorbi de un număr de scandaluri financiare în masă, cum este cazul celor din America. Sistemele de control europene par să fi funcționat mult mai riguros decât cele americane, însă ar trebui să subliniez faptul că tocmai către această direcție trebuie să se îndrepte în cel mai scurt timp posibil profesia contabilă și auditul.

O măsura ale cărei rezultate și-au dovedit eficiența, a fost aceea din Franța, în urma căreia a luat naștere o structură de vârf menită să asigure supravegherea și supervizarea însăși a profesiei contabile, structura compusă din reprezentanți ai acesteia împreună cu reprezentanți ai diverselor companii aparținând sectorului public și privat, dar și din magistrați. Această structură națională a căpătat competențe complexe care au ajuns să depășească competențele comisarilor de conturi. Deși controlul calității în Franța are mai mult de 30 de ani vechime, în prezent acesta a cunoscut o evoluție profundă prin constituirea unor dispoziții specifice care privesc mai precis pe auditorii entităților cotate la bursa pe piața reglementată.

După cum arăta d-na Brigitte Guillebert, în calitatea sa de Director al Controlului Calității din Franța cu ocazia Primului Congres al Camerei Auditorilor Financiar din România, congres desfășurat în perioada 26-27 octombrie 2006 putem înțelege că este vorba aici de Legea Siguranței Financiare care datează din august 2003, cea care a condus la schimbări în structura Companiei Naționale a Comisarilor de Conturi. În baza acesteia aflăm cum comisarii sunt supuși ei înșiși la trei tipuri de controale, dintre care trebuie să le amintim pe cele organizate de Ministerul Justiției și nu de Ministerul Finanțelor, așa cum prevede legea în cele mai multe țări. Acest control se face cu concursul autorității piețelor financiare, organismul de reglementare al bursei¹⁰. Comparativ cu această structură trebuie privită și aceea din Marea Britanie ale cărei limite nu i-au permis supravegherea la nivel național a profesiei, fapt ce a contribuit astfel la un număr mai ridicat de fraude comparativ cu cele din Franța, menite să împovăreze viața economică a țării.

Un altfel de sistem însă, dar original prin atribuțiile sale, îl reprezintă *the Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB)* care devine, în contextul crizei actuale, instanța supremă atât de necesară pentru asigurarea supravegherii activității contabile și de audit, asigurarea respectării deontologiei profesionale și organizarea controlului la un înalt nivel global. Această organizație non-profit, creată prin Legea Sarbanes- Oxley în 2002, are rolul de a superviza calitatea activității auditorilor instituțiilor publice în scopul de a proteja interesele investitorilor precum și interesul public, verificând acuratețea și realitatea raportărilor financiare. Rolul acestei organizații a căpătat amploare însă din decembrie 2007, când s-a hotărât sporirea controlului calității activității de audit, creșterea transparenței sistemului, precum și a performanței acestuia prin instituirea unor proceduri care să urmărească disciplina și acordarea de sancțiuni usturătoare celor care le încălca. Această lege a avut în vedere refacerea încrederii publicului în audit și ea încearcă ca prin prevederile sale, să acopere la ora actuală o serie întreagă de domenii. Totodată, așa cum arată Martin F. Baumann, Chief Auditor și Director în cadrul Professional Standards, „ *un performant angajament de calitate (EQR) ar putea servi drept un important colac de salvare împotriva opiniilor de audit eronate sau insuficiente și chiar ar putea contribui la sporirea calității auditului*” în S.U.A.¹¹

¹⁰ Guillebert, Brigitte. 2006. *Un posibil model francez pentru reglementarea și organizarea supravegherii auditului*. Lucrare prezentată în cadrul Primului Congres al Camerei Auditorilor Financiar din România, Octombrie 26-27, în București, România

¹¹ PCAOB Auditing Standard on Engagement Quality Review approved by SEC, effective for fiscal years beginning December 15, 2009. Washington, D.C., January 15, 2010. http://pcaobus.org/News/Releases/Pages/01152010_AS7.aspx

Paralela sistemelor europene cu acela american are menirea de a scoate în evidență posibile rădăcini ale situației actuale de criză, fapt pentru care se cuvine să apreciem la o justă valoare importanța utilizării unui sistem adecvat de control și supraveghere a conturilor, cu precădere a cheltuielilor și consumurilor realizate de diverșii actori ce intervin în economie. Procesul global de revizuire a calității auditului ar putea demonstra conformitatea cu standardele profesionale și cerințele specifice, inclusiv cu standardele internaționale de audit și control al calității și, de asemenea, ar putea contribui la îmbunătățirea cunoștințelor și calificării personalului responsabil.

Cu scopul de a înțelege mai bine modalitatea de funcționare a celor două sisteme atât de diferite, putem aduce în discuție problema *administratorului independent*, atât de des întâlnită în cadrul societăților americane, unde afacerea evoluează în interesul propriu al acestuia, și deci posibilitatea exercitării unui control obiectiv reprezintă o premisă greu de imaginat. Nu același caz funcționează în cadrul societăților europene, unde rolul de control este unul primordial. Totodată trebuie să ținem cont de faptul că tocmai pentru a respecta spiritul *guvernanței corporatiste*, așa cum s-a dezvoltat aceasta în perioada 1970 – 1980, asimilăm societățile ca tinzând să fie primate în special prin intermediul intereselor acționariatului lor. Astfel înțelegem cum *consiliul de administrație* a început pe parcursul timpului să capete o putere din ce în ce mai însemnată, funcționând tocmai în interesul acționarilor, și având un rol de *monitoring (supraveghere)* a activității deosebit de important. Spre deosebire de societățile europene, în cazul celor americane se observă că accentul cade pe societățile controlate de acționarii majoritari, cei care au rolul de “ordonatori” ai întregului curs al afacerii. De aceea, interesele lor de sporire a valorii acțiunilor deținute au prevalat în detrimentul exercitării funcției de control a ceea ce se întâmplă efectiv pe “terenul” propriu-zis al afacerii. *Stabilitatea financiară* a devenit astfel atât de șubredă, încât a scăzut posibilitățile de supraviețuire ale multor companii și entități.

Toate acestea împreună cu un consum exagerat și nejustificat de resurse naturale, ca și exercitarea inadecvată a funcției de audit prin care profesioniștii trebuiau să evidențieze riscurile la care se expuneau entitățile, fără a induce în eroare sau mai bine zis, fără a le ține într-un con de umbră vis-à-vis de “urechile” publicului interesat, nu au făcut altceva decât să contribuie din plin la căderea și la falimentarea unor mari și importante nume de pe scena economiei mondiale.

De aceea, preocuparea pentru ieșirea cât mai rapidă din criză, pentru conceperea unor sisteme de gestiune și a unor sisteme financiare capabile să asigure stabilitatea necesară în viața economică, ca și utilizarea funcției auditorilor la importanța și justa ei valoare, trebuie să prevaleze printre celelalte preocupări ale acționarilor, națunilor, managerilor și tuturor celorlalte părți implicate în viața socio-economică și juridică. Tocmai în vederea optimizării randamentelor și a profiturilor obținute de companii, ameliorării imaginii corporatiste, reducerii costurilor și mai presus a consumului de resurse naturale, este nevoie ca fiecare în parte să înțeleagă importanța raportarilor financiare cât mai obiective și mai concludente, raportări care să scoată în evidență adevărata realitate a firmei, dar care să și ofere celor interesați consultanță și soluții posibile în vederea atingerii obiectivelor mai înainte amintite.

Printre măsurile atât de necesare ce se impun în sensul *dezvoltării durabile* a companiilor fie ele individuale, asociative, și chiar corporatiste, trebuie reținută și aceea a focalizării unor indicatori-cheie de ordin național și regional totodată, precum și indicatorii de progres ai *Strategiei Internaționale de Dezvoltare Durabilă*, precum și ai *Strategiei Naționale*. Acești indicatori ar trebui să fie supuși rigorii științifice, eficienței politice și legitimității democratice. Auditorii și contabilii ar putea discuta avantajele dar și inconvenientele referitoare la conceperea acestor indicatori ai dezvoltării durabile¹² și chiar ar putea pleda pentru conceperea unor indicatori sintetici susceptibili să tempereze influența PIB-ului în calitatea sa de indicator al dezvoltării. O soluție ar fi aceea a cuprinderii în notele explicative la bugetele de venituri și cheltuieli precum și în

¹² *La Revue du Commissariat Général au Développement Durable (CGDD)*. 2010. Les indicateurs de développement durable. Paris. Janvier 20.

situațiile financiare ale entităților a indicatorului *productivitatea resurselor*, măsurat ca *raport între valoarea adăugată brută și consumul intermediar + valoarea consumurilor materiale totale*. Pe baza măsurării acestui indicator s-ar putea ajunge la instituirea unui cult față de performanța în activitatea de achiziție a materiilor prime la cel mai bun cost posibil și, de asemenea, față de eficientizarea utilizării acestor resurse. În vederea atingerii unui anumit nivel de performanță, managerii entităților ar putea pune în practică întocmirea de bugete de venituri și cheltuieli, precum și planuri anuale sau pe termen mediu de dezvoltare. În cadrul acestora s-ar putea trece la obișnuința practicării unui *cost control (control al costurilor)*, dar și la aceea privind reducerea consumului de resurse naturale și, în special, de energie. Creșterea productivității ar putea fi obținută prin realizarea de investiții în tehnologii performante care să utilizeze o cantitate mai mică de resurse naturale, dar totodată și prin creșterea ponderii de produse și servicii realizate care să genereze o valoare adăugată mai mare, cu un consum minim de resurse¹³.

Profesia contabilă capătă în acest sens niște valențe deosebite, mai cu seamă pentru faptul ca ei îi revin atribuții precum: colectarea, prelucrarea și raportarea unor informații fiabile menite să permită măsurarea performanțelor în atingerea obiectivelor stabilite de *dezvoltare durabilă*. De asemenea trebuie menționat și rolul contabililor și auditorilor în ceea ce privește gestionarea eficientă a consumului de resurse, optimizarea și valorificarea acestora la parametrii maximi prin instituirea unor modele de consum a căror eficiență trebuie dovedită științific și practic.

Totodată auditorii și contabilii sunt cei care intervin și în crearea unui sistem de taxe care să încurajeze consumul durabil, prin adresarea către autorități a unor facilități și eventual a unor scutiri de taxe în acest sens și printr-o reprezentare contabilă a cuantumului acelor taxe care să creeze avantaje atât pentru contribuabili, cât și pentru bugetele statelor. În conformitate cu recomandările UE aflate în curs de elaborare, se au în vedere ajustări ale sistemului fiscal prin transferarea unei părți din impozitarea pe forța de muncă către impozitarea consumului de resurse materiale și energetice. În acest sens, profesioniștilor contabili le-ar putea reveni rolul de a recomanda și promova produsele și serviciile bazate pe tehnologii de complexitate medie și înaltă, cu grad de prelucrare avansat și valoare adăugată mare, dar și de a minimaliza creșterea sectoarelor a căror dezvoltare pe termen lung nu ar putea fi susținută de resursele limitate.

Și nu în ultimul rând, auditorii și contabilii ar trebui să intervină și în dezvoltarea economiei sociale prin implicarea activă a tuturor actorilor relevanți, în special în sprijinirea dezvoltării unor comunități locale puternice pentru furnizarea serviciilor care să sprijine interesele populației, dar și în promovarea unei coeziuni sociale. Totodată acum este momentul ca ei să se implice în promovarea principiilor și practicilor *dezvoltării durabile* în sensul sporirii credibilității profesiei lor în rândul publicului interesat. În acest sens ar putea fi trasate ca obiective prioritare: transparența raportărilor financiare, accesul liber la informații de interes public, parteneriatul durabil, optimizarea utilizării resurselor, creșterea profitului, respectarea valorilor și misiunilor profesiei contabile.

Concluzii

Ca și *concluzie*, putem afirma că în condițiile actuale când criza trebuie nu numai depășită, ci și învinsă pentru a nu afecta posibilitățile de progres ale generațiilor viitoare, *dezvoltarea durabilă* nu mai că trebuie înțeleasă ca un efect al unei mode trecătoare, ci ca un fenomen complex de prim rang de care trebuie să țină seama orice companie. Tocmai din acest motiv, munca de acum înainte a auditorilor contabili nu se arată ușoară deloc. Verificarea informațiilor financiare are deja caracter obligatoriu, însa a celor de ordin nefinanciar ține de voința fiecărei entități în parte, dar tocmai acest din urmă aspect tinde să capete valențe de o exigență netăgăduita în condițiile actuale.

Misiunea cabinetelor de contabilitate și audit în ceea ce privește *dezvoltarea durabilă* devine pe zi ce trece tot mai precisă, acoperind mai multe tipuri de prestații. Una dintre ele constă în

¹³ Ibidem 8

auditarea propriu-zisă, adică în verificarea și certificarea informațiilor publicate, cabinetele putând interveni în sprijinirea organizării întreprinderilor, prin definirea unor indicatori pertinenti specifici și a unor tehnici de raportare indispensabile *procesului de dezvoltare durabilă*. Într-o perioadă de *due diligence*, de exemplu, în cazul unui proiect de fuziune sau de achiziție, auditorii trebuie să realizeze audituri sociale și financiare fiabile și transparente cu scopul de a evita surprizele negative care să le afecteze clienții, dar și sănătatea ulterioară a companiilor cu efecte asupra sănătății întregii economii.

O alta prestație a cabinetelor de specialitate ar putea consta în consilierea întreprinderilor în legătură cu *dezvoltarea durabilă*, pe principiul : *"Think global, act local"* (*Gândește global, acționează local!*), ceea ce vrea să spună că activitatea întreprinderii trebuie armonizată cu *Standardele de Dezvoltare la Nivel Național* în primul rând și ca tocmai această activitate trebuie ghidată cu ajutorul unor instrumente specifice create în scopul de a respecta *politica de dezvoltare durabilă* instituită pentru fiecare unitate în parte la nivel individual.

Totodată profesioniștii ar trebui să conceapă un întreg sistem care să permită parteneriatul comercial mondial echitabil pentru fiecare entitate, un parteneriat fondat pe dialog, transparență și respect reciproc. Tocmai acest parteneriat va contribui la *fenomenul complex de dezvoltare durabilă* oferind cele mai bune condiții comerciale și garantând totodată drepturile producătorilor, dar și ale salariaților și cumpărătorilor în aceeași măsură. Rolul auditorilor va consta astfel în susținerea producătorilor, în sensibilizarea opiniilor actorilor, precum și în ducerea unei campanii de promovare a schimbărilor în legătură cu reglementările și practicile comerțului internațional convențional.

Un alt punct major asupra cărora specialiștii ar trebui să își concentreze preocupările îl reprezintă problemele de *fiscalitate a mediului înconjurător*, fiscalitatea nefiind altceva decât un instrument economic menit să integreze în prețul de consum și costul externalităților negative ieșite din rândul activităților economice desfășurate de către entități (cum ar fi de exemplu: *costul poluării, costul schimbării climatice, costul rarefierii aerului* etc). Acest preț este stabilit pe baza legii cererii și ofertei ignorându-se presiunea exersată de mediul înconjurător. Această disfuncționalitate a sistemelor economiei de piață de astăzi ar trebui corectat cât de curând pentru ca prețul să își poată atinge rolul său de sistem de alarmă și siguranță totodată, căci după cum bine se știe, prețul este cel care influențează comportamentul diversilor actori.

Și nu în ultimul rând, ar trebui adus în discuție și *Sistemul de Management al Mediului înconjurător*, un veritabil instrument de gestiune a întreprinderii, dar și a întregii colectivități care permite organizarea la nivel micro și macroeconomic de natura să reducă impactul negativ asupra mediului, dar și consumurile excesive de resurse limitate. Acest sistem ar trebui implementat și folosit astfel încât să asigure ameliorarea continuă a activității întreprinderilor conducând spre *dezvoltarea durabilă* a acestora. Și nu trebuie pierdut din vedere nici faptul că, cei trei stâlpi ai *dezvoltării durabile* se regăsesc la confluența celor trei preocupări majore ale omenirii, și anume: *economicul, ecologia și socialul*.

Referințe bibliografice

1. Rusovici Al., Cojoc F. și Rusu Gh. 2003. *Audit financiar la societățile comerciale*. București: Ed. Regia Autonomă Monitorul Oficial, p. 24;
2. Toma, Marin. 2005. *Inițiere în auditul situațiilor financiare ale unei entități*. București: Ed. CECCAR, p. 14;
3. Ordre des Experts-Comptables. 2008. *La Gestion Environnementale-Levier de Performance pour l'Entreprise*. Paris: Ed. Dunod;
4. Dobroțeanu L., Dobroțeanu C., Ciolpan D. și Manea D. 2010. Crizele economice generează modificarea percepțiilor privind rolul auditului? *Audit financiar*, Anul VIII, nr. 1;
5. Lagarde, Christine. 2009. Financial Reform: No Time to Pull Back. *Business Week*.

October 5. Business Views. The Mc Grow-Hill Companies Edition;

6. Leuştean, Doina și Boyère, Loredana. 2009. Rolul profesiei contabile în procesul dezvoltării durabile. *Contabilitatea, expertiza și auditul afacerilor*. August, nr.8;

7. *La Revue du Commissariat Général au Développement Durable (CGDD)*. 2010. Les indicateurs de développement durable. Janvier 20. Paris;

8. Guillebert, Brigitte. 2006. *Un posibil model francez pentru reglementarea și organizarea supravegherii auditului*. Lucrare prezentată în cadrul Primului Congres al Camerei Auditorilor Financiari din România, Octombrie 26-27, în București, România;

9. PCAOB Auditing Standard on Engagement Quality Review approved by SEC, effective for fiscal years beginning December 15, 2009. Washington, D.C., January 15, 2010. http://pcaobus.org/News/Releases/Pages/01152010_AS7.aspx;

10. Ricol, René. Report on the Financial Crisis. October 2008. <http://www.ifac.org/financial-crisis/>;

11. Wikipedia Enciclopedia liberă. Conceptul de dezvoltare durabilă. Iunie 2007. http://www..wikipedia.org/wiki/Dezvoltare_durabilă.

ANALYSIS OF OPERATIONAL RISK FOR EUROPEAN BANKS

Gabriela Victoria ANGHELACHE*

Ana Cornelia OLTEANU**

Alina Nicoleta RADU***

Abstract

Since 2004, both at national and at European level, it was given a greater importance, identification, and sizing to the problem of risk and capital adequacy of credit institutions and investment firms. Therefore the operational risk management became more and more developed and different internal models for quantifying risk were tested. The purpose of the paper is to analyze the operational risk faced by a number of European financial institutions, by using an external database with all the information needed in order to make simulations. The first part of the paper presents a short introduction in the topic of operational risk management. Then we continue with the presentation of the model, variables and our results. The last part concludes. It is very important to mention that once the banks use a more complex operational risk capital requirement the risk diminishes, because they can identify measures and manage operational risks more effectively. Therefore they are able to discover what business lines manifested a higher operational risk and which the major risk factors are.

Keywords: *operational risk, business line, event type, severity, frequency.*

Introduction

Given the changes occurring in the financial-banking market in recent years due to the development of new products and activities that have led to increased and complex risks, the Basel Committee has developed rules and regulations in order to recognize the impact of operational risk in credit institutions. Famous cases of operational losses that occurred before indicate that implementation of a proper management of risks is vital for the existence of a financial institutions.

Basel Committee defined operational risk as a "risk of direct or indirect loss resulting from failures or shortcomings of procedures, personnel, internal systems or external events, including legal risk² as a main component excludes strategic risk³ and reputation risk⁴. The reason why⁵ the Basel Committee does not include the latter type of risk in the definition of operational risk is given by the fact that although reputation risk is identified, the consequences appear to be very diffuse and specific data ante calculated. Also operational risk is likely to be related to underlying

* Professor Ph.D., Bucharest Academy of Economic Studies (e-mail: anghelache@cnavmr.ro)

** Teaching assistant and Ph.D. student, Bucharest Academy of Economic Studies (puiu_ana@yahoo.com)

*** Teaching assistant and Ph.D. student, Bucharest Academy of Economic Studies (alinanicoleta.radu@gmail.com)

²Legal risk occurs due to non-application or wrong application of law or contract adversely affecting operations or bank statement

³Strategic risk is associated with the mission and overall business strategy and covers the major factors that may affect the company's ability to achieve strategic objectives, among which we mention: the organizational structure of business, human resources, market share, and reputation. It is inherent in any selection of markets, products and geographies that define the bank's strategy involve a complex environment and express the probability of choosing the optimal strategy under the circumstances.

⁴Reputation risk is the risk of loss or failure to record the expected profits as a result of negative publicity leading to lack confidence in the integrity of the institution. Among the sources of this risk can includes ratings decline after the tests carried out by specialized institutions, setting up negative rumors, reporting poor financial results, etc., the immediate consequence is lowering the value of bank shares on the stock market.

⁵Andrew Kuritzkes, Til Schuermann (2007)

causes, and to be estimated discretely and thus operational risk becomes known, but not when considering mainly information and technology.

Supervision of the Basel Committee has sought to emphasize the minimum standards for all financial institutions, such as not clearly defined this type of risk, leaving it up to each bank to define its own vision of operational risk related to adopting them as a practice listing categories risk and analyzing each separately, to cover the entire "beach" of operational risks and to focus on the most significant causes of loss severity encountered every day.

This paper has as objective to analyze the operational risk faced by a number of European financial institutions, by using an external database with all the information needed in order to make simulations. The first part of the paper presents a short introduction in the topic of operational risk management. Then we continue with the presentation of the model, variables and our results. The last part concludes.

Paper content

Unlike market risk and credit risk, operational risk presents some major conceptual differences that we will present in the following pages. Operational Risk is located generally on financial institutions resulting in the absence of comprehensive statistical and appropriate database, and because of differences in financial activities, practices and internal controls for a bank, loss events are not necessarily transferable to other banks, while the market risk is independent of the credit risk taken by the institution as operational risk. For example, two institutions with the same market position and with the same portfolio and exactly the same clients had the same credit risk and the same market risk, but operational risk is different. Credit and market risks are more easily measured and controlled as risk factors and thus used for preventing the risk. Also they are well differentiated due to widespread acceptance of risk. But there is a skeptical attitude about the statistical power of the Operational Value at Risk (VaR Op) to high levels of trust, because isolated cases of significant operational losses that threaten the stability of credit institutions. Credit risk is typically developed using a consistent process, influences the probability for realization of the obligations, as exposure, etc. are similar and the exposure result is the subject of a joint venture such as the decrease in economic activity. Similarly, market risk comes from price fluctuations of financial assets, displaying properties that are normally administered in a consistent manner and modeled after a joint process. In case of operational risk, between risk and income can not be established a clear relationship because it does not mean a higher risk and higher incomes. Heterogeneous nature of operational risk is very difficult using limited data. While validation of models for credit risk (is done on a horizon of time) and market risk (VAR comparing observed daily profit and loss - back testing) is done easily, for operational risk is difficult because of the lack of a consistent database. Exposures to credit risk and market risk are explicit, easily identified and expressed quantitatively, also they are accepted due to discrete trading decision (depending on the ability to measure risks than expected profitability). Such risk models allow prediction of potential impact on the institution of different positions in different frames of market risk. In contrast, operational risk is normal and a default event is considered a part of business and not a particular transaction is difficult to identify.

Taking into account the novelty of this risk, there are few institutions that make an appropriate risk management operational, so we can not say that there are solutions for solving the problem, but rather can track operational risk tools, such as case-links analysis effect, sharing the risk classes, creation of exposure scenarios, adjust statistical distributions, configure a database containing information related to transactions, events, control and reference points, exceptions, variations, process maps, reports on management, etc.

The role of bank management is to assess the institution's exposure to risk and to develop methods and techniques of management and control in various situations of risk, having as main objectives maximize profitability, minimize risk exposure that has positive effects on employee

behavior that are more rigorous and conscientious in carrying out the service, the psychological effect to deter fraudulent activities on the public image of the bank, customers desiring a safe bank, like shareholders and not in the least respect for banking regulations in force.

The purpose and ultimate goal of any risk management process is to identify and to eliminate possible risks, which involve some cost and that needs to be strongly related to benefit, reflecting improving financial performances and insurance against future losses.

For an adequate management of operational risk should be respected first pillar of Basel II that aims to establish a minimum capital of minimum funds to cover unexpected losses, that may arise in the work of financial institutions. In the past the banks have been treating operational risk based on historical events, focusing on effects rather than causes, there was no management of this risk, but recently, the Basel Committee has proposed the division of responsibilities between risk management and management operational risk.

Operational risk quantification techniques in the specialty literature were presented in various forms, but have not made a clear distinction between operational risk measurement and its modeling, estimates both qualitative and quantitative⁶.

The basic principle of a pro-active management is that "it is better to prevent than to note a fact". If the institutions that own an operational risk management performance, characterized by a time horizon removed proactive management changes in one prospective, trying to identify the long exposures that the entity is vulnerable because of strategic or environmental changes.

The data have a vital influence in the management of operational risk. Data are scarce and of poor quality due to the following causes: lack of data on some lines of business and / or types of events, internal data are biased for low severity losses because extreme events are hardly represented in the national database, only losses significant are reported, i.e. over a certain threshold, symmetrical internal data, external ones are biased for high severity losses until they are published, the vital practical combination of these types of data in order to achieve a statistical efficiency.

Lack of data and absence of a flexible information system resulted in measurement difficult operational risk, such as financial institutions are very often put in situations that require the hiring of personnel, improvement of technological process and the recourse to specialized entities in this area , which involves very high costs.

Even if there is a perfect data collection process there are several areas of business that do not generate sufficient internal data to enable complete understanding of risk profile and therefore it is necessary to supplement the internal database with external information. External data includes information on: the amount of loss, causes and circumstances that occurred events of loss and any other relevant information for purposes of the assessment of loss to other institutions. The existence of a systematic process for determining situations in which use these data and methodologies for incorporating them are vital for the work to quantify operational risk and therefore need a regular review, formalized and regular independent review. For preparation of external database the problems that may be encountered are: reports done by the media of such data that are not achieved in full; the source reporting losses values are different; reports influenced by laws and cultures of the country; reports done according to the different types of risk; information on the circumstances that is not sufficient.

Among the benefits of these types of data it can be mentioned:

- Collecting information from the media is very good because the degree of automation and decentralization, support systems, etc. allow identification of risk
- The information collected is used to manage strategic processes, market, support and help
- The information collected is essential to define the risk matrix

⁶ For certain types of operational risk, quantitative estimation is not appropriate, such as for example: estimating unexpected losses.

- The information collected is essential to determine those responsible for execution control such as action plans and contingency and the disadvantages, we believe that is a very laborious process that requires time and costs very high.

In the current study were used as data information provided by the November 2009 report by ORX Association, which is based on Global ORX Operational Risk Loss Database. The database currently contains 142.041 of individual loss events worth 46.761 million euro of which came from 52 financial institutions in 18 countries. The 52 members are divided into three regions namely: North America, Western Europe and Others⁷.

For this work data were processed so as to obtain information related only individual loss events across Europe.

The losses occurred because of operational risk have been identified and correlated by international standards the eight business lines: Corporate Finance, Trading & Sales, Retail Banking, Commercial Banking, Payment & Settlement, Agency Services & Custody, Retail Brokerage, Asset Management, and seven types Event: Internal Fraud, External Fraud, Employment Practices and Workplace Safety, Clients, Products & Business Practices, Damage to Physical Assets, Business Disruption and System failures, Execution, Delivery & Process Management.

The two charts above presents the number of loss distributions and the value of the business lines. This presentation is made in order to make an analysis of their types of activities performed by financial institutions.

The partition lines of business activities are realize considering certain basic principles, such as:

- Sharing all the activities in the eight business lines are provided in a mutually exclusive and exhaustive

- An activity which is subject to a work function included in this framework that may not be included in the business lines should be allocated to business line support.

- Dividing lines of business activities should be defined line used for calculating capital in other risk categories such as credit risk or market.

- If an activity is not attributable to a line of business is done dividing the gross income and will assign the highest value.

- The process of achieving the plan must be well documented.

- The process to make any product plan or new activity.

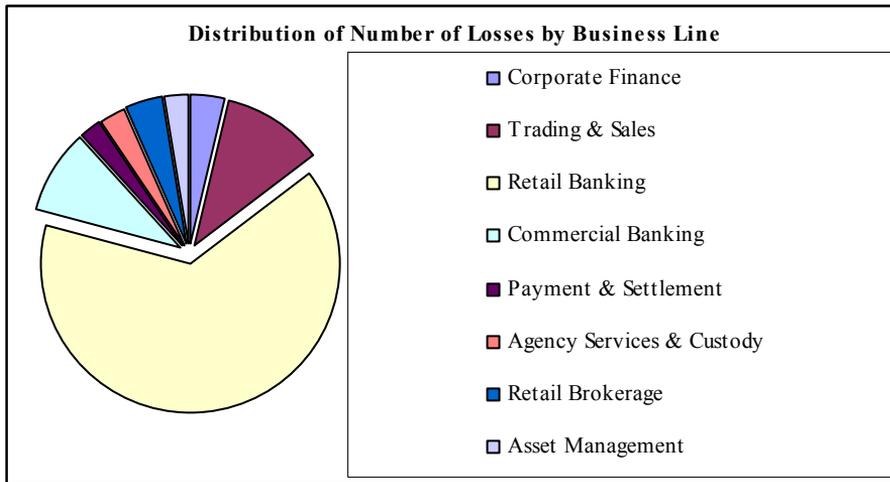
- The general manager is responsible for this activity.

- This process is subject to individual assessment.

Next we present the number of losses and distribution of their values by type of activity, trying to assess their situation within Europe.

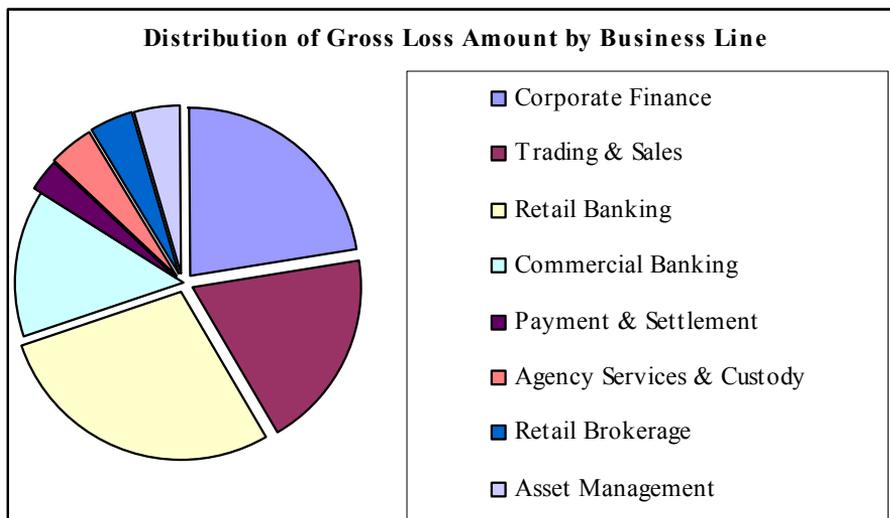
⁷ Composed of Africa, Central and South America and the Caribbean, Eastern Europe and the Middle East.

Figure number 1: Distribution of Number of Losses by Business Line



Source: Authors' processing

Figure number 2: Distribution of Gross Loss Amount by Business Line



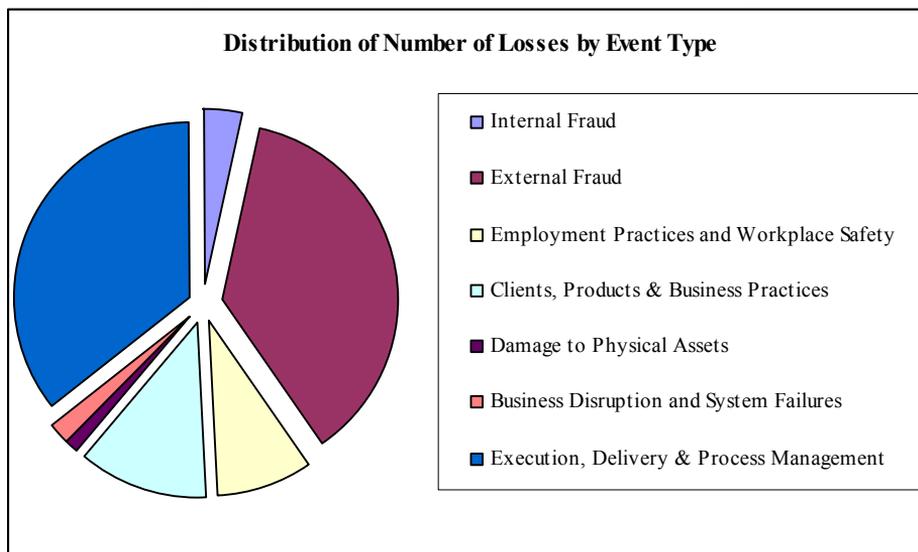
Source: Authors' processing

The analysis of Figures no. 1 and no. 2 can easily find that the riskiest lines are business of retail and commercial banking business, due to processing and trading errors, such as errors in the activity of hand, incomplete documentation, misclassification of customer. Un discharged customer signature, wrong data entry in the system, lack of signatures, issue non-compliant documents in case of foreign exchange, delayed transmission of payment orders, errors occurred in moment of payment, late payments, wrong choice of currency when the payment, same transmission multiple payment orders, errors occurred in the exchange rate, the payment of unauthorized, non foreign exchange regulations, lost checks, compensation false debt instruments, systems downtime, misunderstanding the meaning of exchange, IT errors, counterfeiting information, acceptance of incomplete files, the use of false identification documents, transferring

inaccurate data released in the process of lending fraud, delays in sending notices, violating regulations and internal rules, lock, unlock unauthorized accounts, acquisition or delayed reporting by departments authorized complaints, forwarding complaints, etc. late responses.

As we can see from the figures above the highest weight loss is held by retail banking business line that we show the intensity of activity in the sector institutions and can direct the departments concerned to information about potential losses that may occur, and the amount that should a constitution and the protection to cover losses due to operational risk that business line. Below is the distribution of the number of losses and value of the types of events to study the causes of these events.

Figure number 3: Distribution of Number of Losses by Event

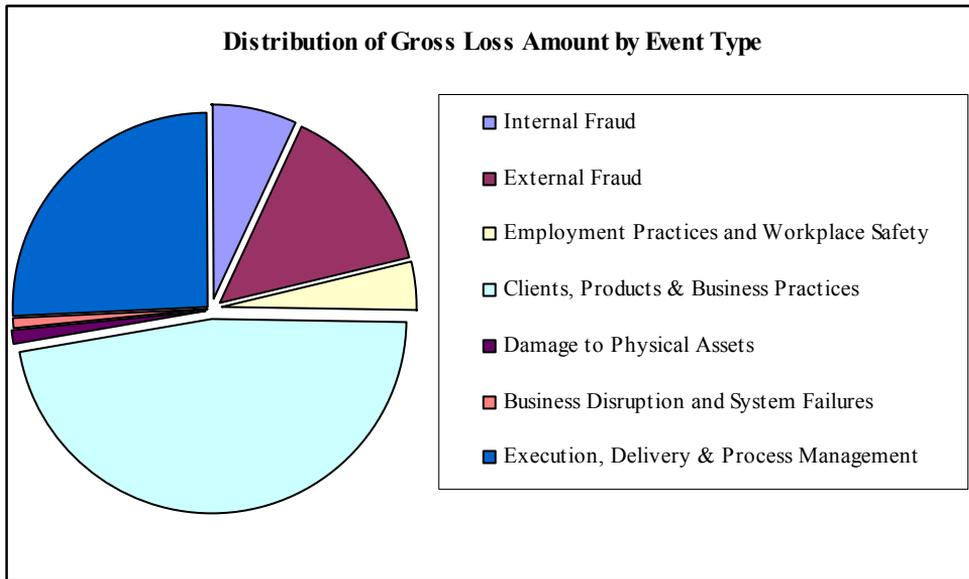


Source: Authors' processing

A significant number of losses were recorded due to external fraud, particularly fraud cards such as cloning, theft, inadequate protection systems, situations of "chargeback", as well as activities: robbery and robbery at ATM desk institution, introducing monetary instruments false unauthorized entry into computer system undermining both the institution and clients, counterfeiting documents chasing institution fraud, cash deposit in the amount recorded in documents.

Second place is occupied by events due execution, delivery and management processes mainly caused by errors occurring when trading, models or systems inoperative, storage and updating of data, loss or damage created due to customer negligence, partial or total lack of legal documents, inadequate preservation of databases, property damage to customers, disputes with partners, introducing errors, operation, storage and updating of data, loss of data, inaccurate communication, failure deadlines or responsibilities as well as reporting obligations, outsourcing processes, communications erroneous, negligent in keeping the databases, failed deliveries etc.

Figure number 4: Distribution of Gross Loss Amount by Event Type

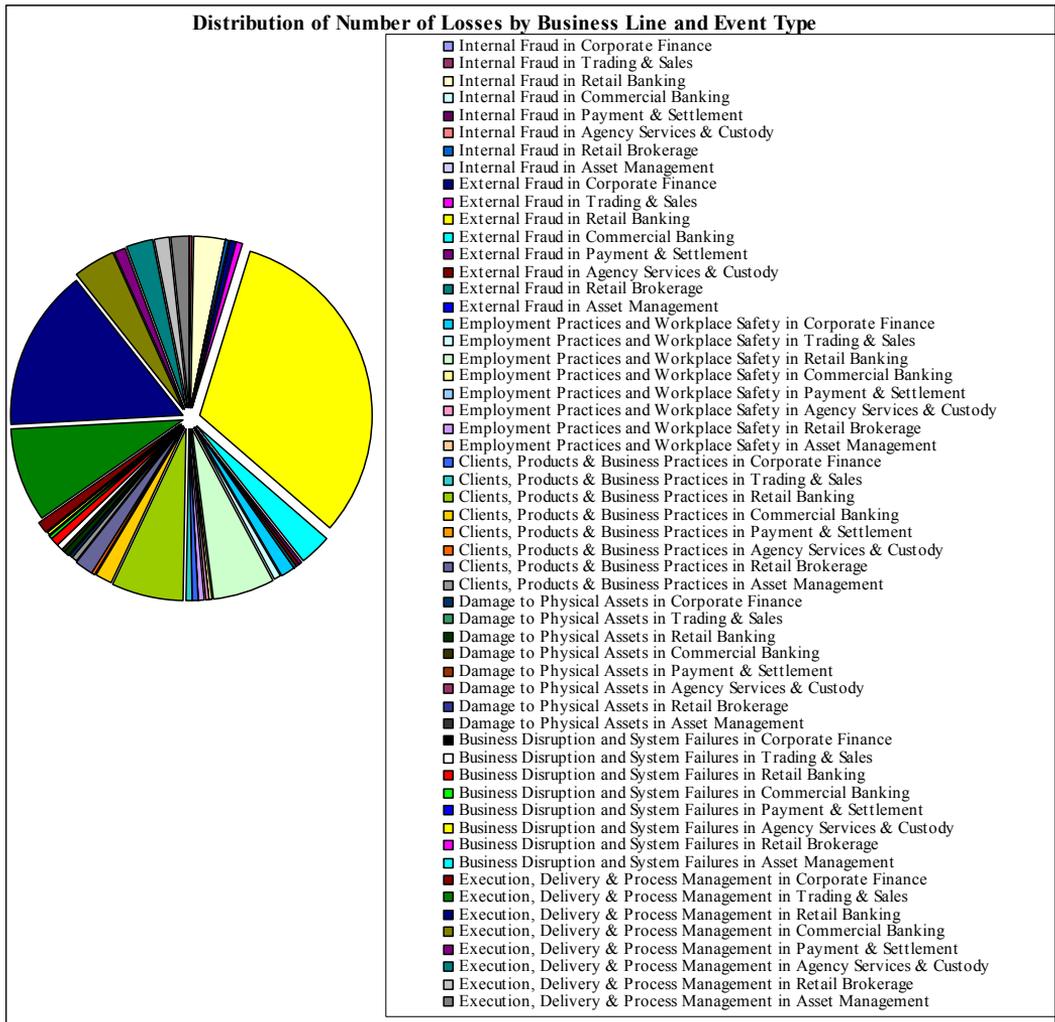


Source: Own processing

Analyzing the value of the type of loss event, as shown in Figure number 4, the worst situations were encountered due to what looked events customers, products and business practices, registering losses due to negligence, poor preparation or no professionalism due that more than half the bank's employees are students, non-compliance or violation of conduct towards customers confidence because staff did not resist "blackmail" the customer, non-compliant products, inappropriate, improper use of confidential information, exceeding exposure limits, sale products using aggressive strategies. such as issuing credit cards without notice customers, exceeding exposure limits aggregate client, erroneous analysis of customer needs, losses due to treatment of clients and trading counterparties, and defective processing of data related by: carrier and inadequate takeover values between financial institutions and clients, record non-compliant documents in client accounts, errors occurred because of unintentional actions of employees, not knowing the rules relating to customers, inconsistent documentation relating to clients, processing, storage and archiving improper documents relating clients. Also analyzed the previous figures we can see this in a relatively low proportion of internal fraud and employment practices and job security that can be explained by an efficient management of financial institution have helped create this database.

In the next figure we tried to plot operational risk matrix consisting of 56 cells corresponding to the seven types of events and eight business lines mentioned above, achieving a ranking as the most risky activities carried out in accordance with the reasons for occurrence of loss.

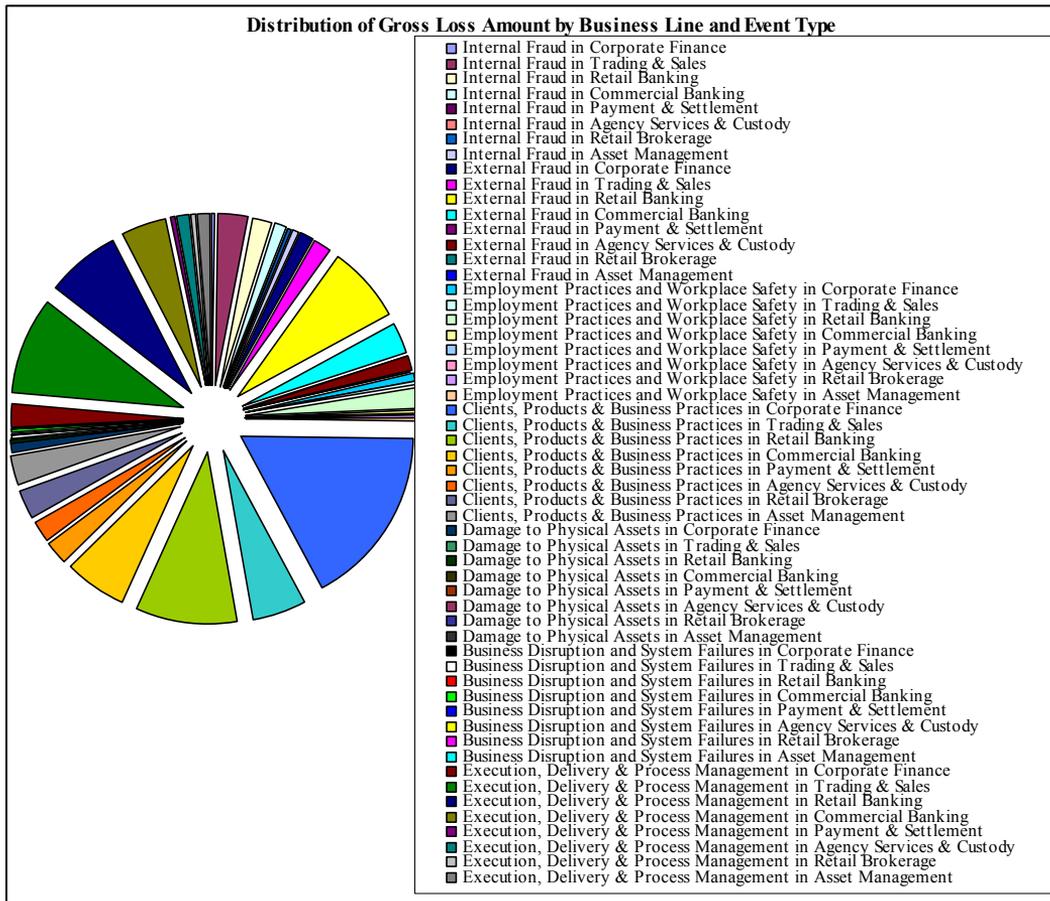
Figure number 5: Distribution of Number of Losses by Business Line and Event Type



Source: Authors' processing

In terms of number of loss events is the most appropriate cell risky event External Fraud published in the Retail Banking business line, followed by events due Execution, Delivery & Process Management all in the same business lines and related events Execution, and Delivery & Process Management published in the Trading & Sales business line.

Figure number 6: Distribution of Gross Loss Amount by Business Line and Event Type



Source: Authors' processing

In terms of severity where leader is busy with the events occurring due Clients, Products & Business Practices in the Corporate Finance business line and on the second place we find all the same events but this time the business line Retail Banking.

The costs of operational risk, relating decrease, establishing and maintaining a control system, protection insurance, etc., are considered by most financial institutions costs of the work done that supports the current revenues obtained. As an institution with its effective operational risk management will reduce the amount of money you will need to keep as a reserve.

Adopting a proper management of operational risk a financial institution may receive a number of advantages, such as the possibility of:

- Identifying operational losses that are exposed and for which no experience necessary, such as: low impact events, the set of events with high frequencies;
- Promoting a framework for modeling extreme events: analysis of scenarios for low frequency, high impact events such as: business interruption;
- Pay-offs potential for banks: help quantify the incorporation of risk mitigation decision making process whether to make a particular technology investment, banks manage and measure this risk can significantly reduce costs and are less likely systemic problems.
- Incorporating quantitative risk reduction in policy-making

- Capital allocation for operational risk sizing;
- Providing modeling of the extreme losses;
- Identifying the sources and losses of this risk, although the experience does not allow them to measurement;

Due to the evolution of operational risk modeling techniques they were stimulated to adopt one of the methods to quantify operational risk.

Conclusions

In conclusion we state that the most important benefits derived from quantification of operational risk are: identification of operational losses that are exposed and for which no experience is necessary. Also because of the importance of the risk events, the financial institutions started to pay high attention to operational risk events and also took measures to mitigate them: the departments involved in activities at the operational risk were provided trainings, normative documents are appropriate under regulations and market conditions, the departments concerned with collecting and reporting operational risk events resulting in loss was instructed to reduce operating errors; development of information systems and strengthening the bank's security systems; methods of risk mitigation were evaluated constantly in terms of costs and benefits.

It is very important to mention that once the banks use a more complex operational risk capital requirement the risk diminishes, because they can identify measures and manage operational risks more effectively. Therefore they are able to discover what business lines manifested a higher operational risk and which the major risk factors are. Therefore the worst situations were encountered due to products and business practices, registering losses due to negligence, poor preparation or no professionalism due to the fact that more than half of the bank's employees are students, non-compliance or violation of conduct towards customers confidence because staff did not resist "blackmail" the customer, improper use of confidential information or exceeding exposure limits. In terms of severity the most important elements are the events occurring due Clients, Products & Business Practices in the Corporate Finance business line and the business lines in Retail Banking.

References

1. Andrew Kuritzkes, Til Schuermann (2007) - „What we know, don't know and can't know about bank risk: a view from the trenches" Wharton Financial Institutions Center Working Paper No. 06-05 , http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=887730&rec=1&srcabs=1325756
2. Anghelache Gabriela Victoria, Olteanu Ana Cornelia, Radu Alina Nicoleta (2008) – “The Operational Risk Measurement”, International Conference on Applied Business & Economics, October 2008, published in volume in international databases. Thessaloniki, Greece
3. Teodora Barbu Cristina, Ana Cornelia Olteanu, Alina Nicoleta Radu (2008) – “ The necessity of operational risk management and Quantification”, Annals of University of Oradea, May 2008, ISBN 1582 5450, Oradea, Romania
4. Basel Committee on Bank Supervision (2006)- „ International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards” pg 144-156, 207, 217, 302-307 www.bis.org
5. Basel Committee on Banking Supervision (2002) – “Operational Risk Data Collection Exercise”, www.bis.org
6. Basel Committee on Bank Supervision (2001) - „Operational Risk” www.bis.org
7. Dutta K, Perry J (2007) – „A Tale of Tails: An Empirical Analysis of Loss Distribution Models for Estimating Operational Risk Capital” <http://www.bos.frb.org/economic/wp/index.htm>
8. Embrechts P (2006) - “Introduction: Special section on operational risk” Journal of Banking & Finance nr 30

9. Federal Reserve System (2005) – „Results of the 2004 Loss Data Collection Exercise for Operational Risk” <http://www.bos.frb.org/bankinfo/qau/papers/pd051205.pdf>
10. Federal Reserve Bank of Boston (2001) - „Operational Risk Management: A Practical Approach and its Regulatory Implications”
11. Henie von Greuning, Sanja Brajovic Bratanovic (2004) - „Analyzing and Managing Banking Risk” editura Irecson, pg 66-84, 128-137 Bucharest, Romania
12. ORX Association (2007) - „ORX REPORTING STANDARDS - An ORX Members’ Guide to Operational Risk Event/Loss Reporting” www.orx.org
13. ORX Association (2009) - „Operational risk report” www.orx.org

SYSTEMATIC RISKS FOR THE FINANCIAL AND FOR THE NON-FINANCIAL ROMANIAN COMPANIES

Răzvan ȘTEFĂNESCU*
Ramona DUMITRIU**
Costel NISTOR***

Abstract

The systematic risk is considered as one of the most important factors that influence the investment in financial assets. Usually, it is evaluated in the framework of the Capital Asset Price Model. The systematic risk associated to firm equities is affected by some firm's characteristics, among them being the particularities of its activity. In the last decade the financial markets from Romania experienced a substantial development interrupted by the recent global crisis that provoked significant changes for the financial risks. In this paper we study, using CAPM betas, the systematic risk for the Romanian companies listed at the Bucharest Stock Exchange. We find significant differences between the financial and the non financial companies' systematic risks.

Keywords: *Systematic risk, CAPM Betas, Bucharest Stock Exchange, Global Crisis, Financial and Non Financial Companies*

Introduction

The financial theory divides the risk associated to the variation of a security price in two components: unsystematic and systematic risks. The unsystematic risk could be diversified through a portfolio that includes other securities. The systematic risk, which could not be diversified, is one of the most important elements of the investment decisions. Usually it is analyzed in the framework of the Capital Asset Price Model (CAPM).

Some characteristics of a firm could have a substantial influence on the behavior of its stock price. This situation could lead to significant differences among the systematic risks of the securities from different industries. Such differences could be amplified during the turbulences from the financial markets.

In this paper we study the differences between the systematic risks for the financial and for the non financial Romanian companies. To our knowledge there are no other papers approaching this matter. The main explanation of this situation is given by the quite recent history of the Romanian stock market. The Bucharest Stock Exchange (BSE) was established in 1995. During the quite long period of transition its activity was not very significant. In the last five years the economic recovery and the removal of the barriers to the foreign capital stimulated the Romanian stock market.

Since 2008 the Romanian stock market has been affected by the global crisis. After a drastic drop in the stock prices in 2008 the market recovered since 2009, but this revival is still fragile.

We study the systematic risk for eight financial stocks and seven non financial stocks during the period March 2009 – February 2010. We evaluate the systematic risk for these stocks in a CAPM framework and we compare the results.

The remaining part of this paper is set out as follows. The second part approaches the relevant literature. The third part describes the data and methodology. The empirical results of our

* Lecturer Ph.D., Faculty of Economics, "Dunărea de Jos" University Galați, (e-mail: rdumitriu@ugal.ro)

** Lecturer Ph.D., Faculty of Economics, "Dunărea de Jos" University, (e-mail: rzvn_stefanescu@yahoo.com)

*** Associated Professor, Ph.D., "Dunărea de Jos" University (e-mail: costel_nistor_fse@yahoo.com)

investigation are presented in the fourth part and the fifth part concludes.

Literature review

The main approaches of the systematic risks are related to the portfolio optimization model developed by Markowitz (1959). The classical CAPM, based on the works of Sharpe (1964), Lintner (1965) and Black (1972), is described by the equation:

$$E(R_i) = R_f + [E(R_M) - R_f] \beta_{IM}(1)$$

where:

- $E(R_i)$ is the expected return of an asset i ;
- R_f is the risk free rate;
- $E(R_M)$ is the expected return of the market;
- β_{IM} is a coefficient (commonly known as beta) reflecting the sensitivity of the expected return of the asset to the difference between the expected return of the market and the risk free rate.

The beta coefficient is considered as a measure of the systematic risk. From the beginning CAPM was a very controversial subject. Some empirical researches failed to validate it, while others confirmed it. There were critics that CAPM assumptions were unrealistic and some relevant factors were not included in its equation.

Roll (1977) proved that market conditions could influence substantially the values of the beta assets. Braun et al. (1995) identified a different behavior of the CAPM betas in the good news and in the bad news circumstances. Their conclusions were confirmed lately by Ang and Chen (2003) and by Woodward and Anderson (2003). Banz (1981) found significant deviations from CAPM explained by the impact of the firm size. However, despite the numerous critics, CAPM is still the main instrument for handling the systematic risk.

Data and methodology

In this paper we evaluate the systematic risk for 15 stocks. There are eight stocks of financial companies: three banks and five so called SIFs, big financial institutions which have substantial participations in many Romanian corporations: CARPATICA Bank (BCC), BRD - GROUPE SOCIETE GENERALE Bank (BRD), TRANSILVANIA Bank (TLV), SIF BANAT CRISANA (SIF1), SIF MOLDOVA (SIF2), SIF TRANSILVANIA (SIF3), SIF MUNTENIA (SIF4) and SIF OLTENIA (SIF5). We also use data from seven non financial companies from different industries: AZOMURES (AZO), BIOFARM (BIO), IMPACT DEVELOPER & CONTRACTOR (IMP), ROMPETROL RAFINARE (RRC), OMV PETROM (SNP), C.N.T.E.E. TRANSELECTRICA (TEL) and S.N.T.G.N. TRANSGAZ (TGN). These companies are among the biggest in Romania. As a measure of market evolution we use the BET – XT index which reflects the evolution of the most liquid 25 shares traded on BSE.

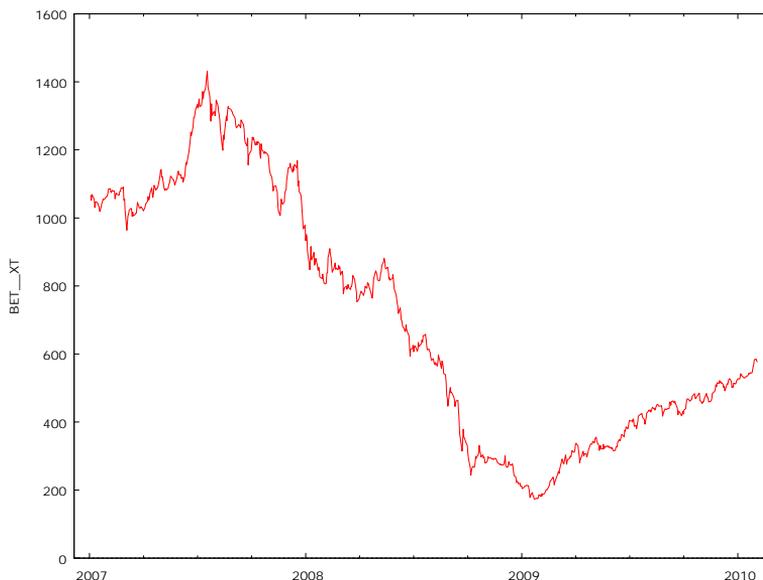


Figure 1 - Evolution of BET-XT index between January 2007 and March 2010

We employ daily values of BET – XT index and of the 15 stocks provided by BSE. Our sample covers the period of time between March 2009 and February 2010. In this period of time the stock prices experienced an ascendant trend after the decline from the precedent months (see Figure 1). We compute the daily returns as:

$$R_t = \ln(P_t) - \ln(P_{t-1}) \quad (2)$$

where:

- R_t is the return at time t ;
- P_t is the price at time t ;
- P_{t-1} is the price at time $t-1$.

The descriptive statistics of the 16 returns are presented in the Table 1. Most of them displayed significant values of the standard deviations skewness and kurtosis.

We analyze the normality of the returns using four tests: the Doornik – Hansen test, the Shapiro – Wilk test, the Lilliefors test and the Jarque – Bera test. The results, presented in the Table 2, confirm the normality of the 16 returns.

We investigate the stationarity of the 16 returns using the classical Augmented Dickey – Fuller Test (Dickey and Fuller, 1979). Based on graphical representations we used first only constant and trend as deterministic terms. The results, presented in the Table 3, indicate that all the 16 returns could be considered as stationary.

We estimate the systematic risks for the 15 stocks using two forms of CAPM: a single factor model and a multifactor one. The single factor model is based on the equation:

$$R_t = \alpha + \beta R_{m_t} + u_t \quad (3)$$

where:

- R_{m_t} is the market return at time t ;
- u_t is an error term, $u_t \sim N(0, \sigma^2)$.

The multifactor model, designed to capture the asymmetric behavior of beta in the bull and bear market conditions, is described by the equation:

$$R_t = \alpha + \beta^+ D^+ R_{m_t} + \beta^- D^- R_{m_t} + u_t(4)$$

where:

- β^+ are betas corresponding to the bull market conditions;
- β^- are betas corresponding to the bear market conditions;
- D^+ is a dummy variable with the value 1 if R_m is positive or 0 otherwise;
- D^- is a dummy variable with the value 1 if R_m is negative or 0 otherwise.

Empirical results

The coefficients of the single factor CAPM for the financial companies are presented in the Table 4. The values of Beta are between 0.556 and 1.453. For all the SIFs the values of Beta are higher than 1. Except for the Carpatica Bank, and BRD – SG Bank the values of R-squared are higher than 0.7.

In the Table 5 there are presented the coefficients of the single factor CAPM for the seven stocks of the non financial companies. The values of Beta are between 0.519 and 1.141. Only for two of them Beta is higher than unit. For all seven stocks the R-squared is lower than 0.6.

The coefficients of multiple factor CAPM for the financial companies are presented in the Table 6. The values of coefficient β^+ are between 0.475 and 1.502, while the values of coefficient β^- are between 0.645 and 1.401.

In the Table 7 are presented the coefficients of multiple factor CAPM for non financial companies. The values of coefficient β^+ are between 0.482 and 1.132, while the values of coefficient β^- are between 0.566 and 1.151.

Conclusions

In this paper we approached the systematic risk for some of the most important financial and non financial Romanian companies. As a measure of their systematic risks we used CAPM betas.

We found significant differences between the values of CAPM betas for the financial and non financial companies. In general, these values are higher for the financial companies. A notable exception is Carpatica Bank, the only one with a negative mean of the returns. Other significant differences regard the R-squared values for the CAPM equations. It resulted the financial companies returns were much more sensitive to the evolutions of BET – XT.

From the multiple factor CAPMs we found that betas of the financial companies displayed more asymmetrical responses to the bull and bear markets in comparison with the non financial companies.

The values of the CAPM betas indicate that, in general, the systematic risks for the financial companies were higher than for the non financial ones. This situation could be explained by the evolution of the Romanian stock market in the period of our analysis. Between March 2009 and February 2010 most of the stock prices experienced an ascendant trend after the decline from the previous months. However, the markets were still very nervous in the context of uncertainty regarding the future development of the global crisis. There are justified the perceptions the activity of the financial companies is highly connected with the stock market evolution.

Since the actual global crisis is far from the end, this research should be completed by taking into consideration the future evolution of the Romanian stock market. A comparison with the situation from other countries would be also useful.

Table 1 - Descriptive statistics for the 16 returns

Stock	Min.	Max.	Mean	Std. Dev.	Skewness	Ex. Kurtosis
BET-XT	-0.0802	0.0930	0.0029	0.0232	-0.1160	1.3300
BCC	-0.0846	0.0944	-0.0015	0.0246	-0.0836	2.1190
BRD	-0.1163	0.0858	0.0034	0.0273	-0.6730	2.4690
TLV	-0.0953	0.1324	0.0028	0.0292	0.3899	2.5630
SIF1	-0.1278	0.1398	0.0023	0.0344	-0.0554	1.6390
SIF2	-0.1335	0.1368	0.0037	0.0368	0.0295	1.2380
SIF3	-0.1123	0.1391	0.0036	0.0356	0.0121	1.5690
SIF4	-0.1108	0.1368	0.0014	0.0310	-0.0902	2.1420
SIF5	-0.1001	0.1386	0.0033	0.0342	0.0618	1.1870
AZO	-0.1342	0.1542	0.0028	0.0376	0.9317	3.7810
BIO	-0.1237	0.1364	0.0054	0.0357	0.5575	2.4940
IMP	-0.1302	0.1501	0.0072	0.0395	0.6545	2.4400
RRC	-0.0903	0.1624	0.0045	0.0344	0.6731	2.6240
SNP	-0.0711	0.1062	0.0034	0.0281	0.3542	0.8140
TEL	-0.0834	0.1080	0.0026	0.0244	0.1013	1.7270
TGN	-0.0698	0.1004	0.0029	0.0204	0.6464	4.6340

Table 2 – Normality tests for the 16 returns

Stock	Doornik - Hansen test	Shapiro-Wilk test	Lilliefors test	Jarque-Bera test
BET-XT	15.32 [0.001]	0.98 [0.001]	0.08 [0.001]	16.33 [0.001]
BCC	31.34 [0.001]	0.95 [0.001]	0.15 [0.001]	40.48 [0.001]
BRD	26.03 [0.001]	0.96 [0.001]	0.10 [0.001]	71.50 [0.001]
TLV	35.82 [0.001]	0.96 [0.001]	0.10 [0.001]	64.88 [0.001]
SIF1	21.50 [0.009]	0.98 [0.001]	0.07 [0.010]	24.40 [0.001]
SIF2	14.01 [0.001]	0.99 [0.001]	0.05 [0.001]	13.89 [0.001]
SIF3	20.20 [0.001]	0.98 [0.001]	0.07 [0.001]	22.27 [0.001]
SIF4	32.03 [0.001]	0.97 [0.001]	0.08 [0.001]	41.78 [0.001]
SIF5	13.09 [0.001]	0.99 [0.051]	0.07 [0.021]	12.88 [0.001]
AZO	40.52 [0.001]	0.91 [0.001]	0.11 [0.001]	179.90 [0.001]
BIO	32.21	0.95	0.10	76.20

	[0.001]	[0.001]	[0.001]	[0.001]
IMP	28.67 [0.001]	0.94 [0.001]	0.12 [0.001]	78.91 [0.001]
RRC	29.87 [0.001]	0.96 [0.001]	0.08 [0.001]	84.42 [0.001]
SNP	8.31 [0.001]	0.99 [0.001]	0.04 [0.001]	11.93 [0.001]
TEL	25.25 [0.001]	0.98 [0.001]	0.09 [0.001]	30.88 [0.001]
TGN	77.28 [0.001]	0.93 [0.001]	0.09 [0.001]	235.27 [0.001]

Table 3 – The results of Augmented Dickey – Fuller tests of stationarity for the 16 returns

Variable	Deterministic terms	Lagged differences	Test statistics	Asymptotic p-value
BET-XT	Constant and no trend	18	-4.59314	0.0001286
	Constant and trend	18	-4.60124	0.0009785
BCC	Constant and no trend	23	-5.39085	0.00001
	Constant and trend	23	-5.39195	0.00001
BRD	Constant and no trend	18	-3.68839	0.004301
	Constant and trend	18	-3.87808	0.01291
TLV	Constant and no trend	19	-4.46731	0.0001
	Constant and trend	19	-4.55845	0.00116
SIF1	Constant and no trend	24	-3.28649	0.01553
	Constant and trend	24	-3.19313	0.08573
SIF2	Constant and no trend	23	-3.47784	0.008603
	Constant and trend	23	-3.43501	0.0468
SIF3	Constant and no trend	11	-4.40793	0.0001
	Constant and trend	11	-4.39358	0.002185
SIF4	Constant and no trend	10	-6.06246	0.0001
	Constant and trend	10	-6.14336	0.0001
SIF5	Constant and no trend	23	-3.3477	0.01291
	Constant and trend	23	-3.29708	0.06667
AZO	Constant and no trend	16	-5.09877	0.0001
	Constant and trend	16	-4.94821	0.0001
BIO	Constant and no trend	14	-14.5417	0.0001
	Constant and trend	14	-15.0633	0.0001
IMP	Constant and no trend	12	-4.032	0.001253
	Constant and trend	12	-4.25003	0.003693
RRC	Constant and no trend	14	-5.1762	0.0001
	Constant and trend	14	-5.37531	0.0001
SNP	Constant and no trend	14	-3.79976	0.002925
	Constant and trend	14	-10.9939	0.0001

TEL	Constant and no trend	15	-3.85952	0.002366
	Constant and trend	15	-3.78977	0.01699
TGN	Constant and no trend	5	-6.89782	0.0001
	Constant and trend	5	-6.90392	0.0001

Note: The number of the lagged differences was chosen based on Schwartz Information Criteria.

Table 4 - Single Factor CAPM coefficients for the eight stock returns of the financial companies

Stock	Coefficient α	Coefficient β	R-squared	F-test
BCC	-0.00307658 (-2.4378) [0.01560**]	0.556035 (8.0275) [0.00001***]	0.273988	64.44138 [0.00001***]
BRD	0.00062613 (0.7127) [0.47683]	1.00598 (15.2947) [0.00001***]	0.721598	233.9266 [0.00001***]
TLV	0.000179837 (0.1229) [0.90232]	0.90232 (12.0883) [0.00001***]	0.523399	146.1278 [0.00001***]
SIF1	-0.00139005 (-1.3239) [0.18693]	1.3088 (16.8936) [0.00001***]	0.755049	285.3944 [0.00001***]
SIF2	-0.000399644 (-0.3690) [0.71252]	1.45309 (29.5980) [0.00001***]	0.810020	876.0436 [0.00001***]
SIF3	-0.000229291 (-0.2152) [0.82983]	1.36964 (22.5138) [0.00001***]	0.771336	506.8714 [0.00001***]
SIF4	-0.00187075 (-2.0270) [0.04390**]	1.1711 (13.6724) [0.00001***]	0.744648	186.9332 [0.00001***]
SIF5	-0.000574563 (-0.7004) [0.48443]	1.37372 (27.2653) [0.00001***]	0.839133	743.3946 [0.00001***]

Notes: Values in the round brackets represent t-ratios;

Values in the square brackets represent p-values.

*, ** and *** denote significance at 10%, 5% and 1% levels, respectively.

Table 5 - Single Factor CAPM coefficients for the seven stocks of non financial companies

Stock	Coefficient α	Coefficient β	R-squared	F-test
AZO	-0.000412453 (-0.2322) [0.81655]	0.713079 (5.8228) [0.00001***]	0.219263	33.90557 [0.00001***]

BIO	0.000232216 (0.1705) [0.86479]	1.1409 (12.1776) [0.00001***]	0.596494	148.2929 [0.00001***]
IMP	0.00238853 (1.1607) [0.24688]	1.06566 (10.1768) [0.00001***]	0.435668	103.5671 [0.00001***]
RRC	0.000917525 (0.6061) [0.54501]	0.760537 (9.2096) [0.00001***]	0.305833	84.81740 [0.00001***]
SNP	-0.000484747 (-0.4183) [0.67611]	0.863523 (13.1011) [0.00001***]	0.568863	171.6396 [0.00001***]
TEL	-0.000248763 (-0.2311) [0.81740]	0.634485 (10.1570) [0.00001***]	0.398433	103.1653 [0.00001***]
TGN	0.000503848 (0.5327) [0.59471]	0.518938 (7.2931) [0.00001***]	0.401063	53.18939 [0.00001***]

Notes: Values in the round brackets represent t-ratios;

Values in the square brackets represent p-values.

*, ** and *** denote significance at 10%, 5% and 1% levels, respectively.

Table 6 - Multiple Factor CAPM coefficients for the eight stock returns of the financial companies

Stock	Coefficient α	Coefficient β^+	Coefficient β^-	Adjusted R-squared	F-test
BCC	-0.00160639 (-0.7777) [0.43759]	0.475147 (4.1128) [0.00006***]	0.645253 (5.7410) [0.00001***]	0.276846	35.10851 [0.00001***]
BRD	0.00303307 (1.8844) [0.06087*]	0.873674 (9.1883) [0.00001***]	1.15326 (10.1039) [0.00001***]	0.727744	141.6256 [0.00001***]
TLV	-0.00209748 (-0.9016) [0.36831]	1.05368 (6.5970) [0.00001***]	0.787468 (8.2280) [0.00001***]	0.528167	105.0303 [0.00001***]
SIF1	-0.00106505 (-0.6726) [0.50194]	1.29057 (11.5948) [0.00001***]	1.3284 (13.0498) [0.00001***]	0.755118	143.5155 [0.00001***]
SIF2	-0.00126498 (-0.7742) [0.43969]	1.50163 (17.0254) [0.00001***]	1.40091 (14.2883) [0.00001***]	0.810445	428.5533 [0.00001***]
SIF3	0.000293393 (0.1713) [0.86417]	1.34032 (14.0761) [0.00001***]	1.40116 (16.4870) [0.00001***]	0.769367	256.7552 [0.00001***]
SIF4	-0.00160108 (-0.9669) [0.33468]	1.15597 (10.2860) [0.00001***]	1.18736 (8.4283) [0.00001***]	0.742320	94.90023 [0.00001***]

SIF5	-0.00192863 (-1.4242) [0.15585]	1.44966 (18.4854) [0.00001***]	1.29206 (19.9156) [0.00001***]	0.838848	416.6150 [0.00001***]
------	---------------------------------------	--------------------------------------	--------------------------------------	----------	--------------------------

Notes: Values in the round brackets represent t-ratios;

Values in the square brackets represent p-values.

*, ** and *** denote significance at 10%, 5% and 1% levels, respectively.

Table 7 - Multiple Factor CAPM coefficients for the seven stock returns of the non financial companies

Stock	Coefficient α	Coefficient β^+	Coefficient β^-	Adjusted R-squared	F-test
AZO	0.00339062 (1.0239) [0.30690]	0.530003 (2.3362) [0.02031**]	0.942387 (4.8118) [0.00001***]	0.220692	24.18256 [0.00001***]
BIO	0.000403088 (0.1965) [0.84437]	1.13243 (7.4996) [0.00001***]	1.15114 (8.5077) [0.00001***]	0.593177	78.28252 [0.00001***]
IMP	0.00165135 (0.4964) [0.62008]	1.10155 (5.7218) [0.00001***]	1.02095 (7.4683) [0.00001***]	0.431312	65.34701 [0.00001***]
RRC	0.00456323 (1.8067) [0.07211*]	0.588566 (4.4984) [0.00001***]	0.97757 (8.7682) [0.00001***]	0.308353	64.98424 [0.00001***]
SNP	-0.00171227 (-1.0135) [0.31182]	0.92284 (7.4756) [0.00001***]	0.789218 (7.3086) [0.00001***]	0.566786	87.98780 [0.00001***]
TEL	0.00294334 (1.5777) [0.11593]	0.482242 (4.2773) [0.00003***]	0.834789 (8.8711) [0.00001***]	0.406480	77.37359 [0.00001***]
TGN	0.00128306 (0.8066) [0.42069]	0.482069 (4.3669) [0.00002***]	0.56626 (4.9621) [0.00001***]	0.397230	27.27972 [0.00001***]

Notes: Values in the round brackets represent t-ratios;

Values in the square brackets represent p-values.

*, ** and *** denote significance at 10%, 5% and 1% levels, respectively.

References

1. Ang, A. and Chen, J. S. (2003) *CAPM over the Long-Run: 1926 – 2001*, AFA 2004 San Diego Meetings.
2. Banz, R. (1981) *The relationship between returns and market value of common stock*, Journal of Financial Economics, Vol. IX, Pp. 3-18.
3. Black, F. (1972) *Capital Market Equilibrium with Restricted Borrowing*, Journal of Business 45, pp 444 – 455.
4. Black, F., Jensen, M. C. and Scholes, M. (1972) *The Capital Asset Pricing Model: Some Empirical Tests. Studies in the Theory of Capital Markets*, New York: Praeger, Pp.79-121.

5. Black, Fischer (1993) *Beta and Return*, Journal of Portfolio Management. Vol. XX, Pp 8-18.
6. Braun, P. A., Nelson, D.B. and Sunier, A. M. (1995) *Good News, Bad News, Volatility and Beta*, Journal of Finance 50, pp. 1575 – 1603.
7. Brealey, R.A., S.C. Myers and Marcus, A. J. (2003) *Principles of Corporate Finance* (Seventh Edition), McGraw-Hill Companies.
8. Cho, Y.H., Engle, R.F. (1999) *Time Varying Betas and Asymmetric Effects of News: Empirical Analysis of Blue Chip Stocks*, UCSD, Working Paper.
9. Dickey, D. A. and Fuller, W. A. (1979) *Estimators for autoregressive time series with a unit root*, **Journal of the American Statistical Association** 74: 427-431.
10. Dumitriu, Ramona, Ștefănescu, Razvan (2009) *Analysis of the Systemic Risks for the Financial Institutions in the context of Global Crisis*, Annals of “Dunarea de Jos” University of Galati.
11. Fabozzi, F. J., Francis, J. C. (1977) *Stability Tests for Alphas and Betas Over Bull and Bear Market Conditions*, Journal of Finance, 32, pp. 1093 – 1099.
12. Granger, C.W.J. and Silvapulle, P. (2002) *Capital Asset Pricing Model, Bear, Usual and Bull Market Conditions and Beta Instability A value At Risk Approach*, Working Paper.
13. Levy, R. A. (1974) *Beta Coefficients as Predictors of Returns*, Financial Analysts Journal, January - February, pp. 61-69.
14. Lunde, A., Timmermann, A. (2000) *Duration Dependence in Stock Prices: An Analysis of Bull and Bear Markets*, UCSD, Working Paper.
15. Lintner, J. (1965) *The Valuation of Risk Assets and the Selection of Risky Investments in Stock Portfolios and Capital Budgets*, Review of Economics and Statistics. 47:1, 13-37.
16. Markowitz, H. (1959) *Portfolio Selection*, New York: J. Wiley and Son.
17. Mishkin, F. (1991) *Comment on Systemic Risk*, Research in Financial Services: Banking, Financial Markets and Systemic Risk, pp. 31 – 45.
18. Pagan, A., Sossounov, K. (2000) *A Simple Framework for Analyzing Bull and Bear Markets*, Australian National University, Working Paper.
19. Roll, R. (1977) *A Critique of the Asset Pricing Theory's Tests Part 1: On Past and Potential Testability of the Theory*, Journal of Financial Economics 4, 129 – 176.
20. Sharpe, W. F. (1964) *Capital Asset Prices: A Theory of Market Equilibrium under Conditions of Risk*, Journal of Finance, pp. 425 – 442.
21. Ștefănescu R., Nistor C., Dumitriu R. (2009) *Asymmetric Responses of CAPM – BETA to the Bull and Bear Markets on the Bucharest Stock Exchange*, Annals of University of Petrosani.
22. Woodward, G. and Anderson, H. (2003) *Does Beta React to Market Conditions?: Estimates of Bull and Bear Betas using a Nonlinear Market Model with Endogenous Threshold Parameter*, Monash University, Working Papers.

MANAGING CREDIT LOSSES AND CREDITING THE REAL SECTOR IN THE EMERGING COUNTRIES DURING THE FINANCIAL CRISIS

Magdalena RĂDULESCU*
Luminița ȘERBĂNESCU**

Abstract

Crisis-hit countries that had decided as part of the transition to privatize banks to foreign investors (in order to harden budget constraints and attain macroeconomic stability) have generally navigated the crisis more successfully over the past year. Foreign banks—and other foreign lenders—exposed countries to greater risk. But crisis-hit countries with majority foreign-owned banking sectors have so far been able to roll over maturing external debt to parent banks more easily than those with majority domestic-owned banking sectors, which relied more heavily on wholesale funding. To strengthen the recovery, household and corporate financial difficulties need to be addressed upfront. Most emerging countries have an insolvency framework that can deal with bankruptcy, reorganization, and liquidation. But fledgling judicial systems can be overwhelmed when a large number of firms need restructuring — as in a systemic crisis. To expedite restructuring, governments should consider setting up a system of out-of-court voluntary workouts between debtors and creditors to expedite debt restructuring, just as the Czech Republic, Indonesia, Korea, Malaysia, Mexico, Thailand, and Turkey did in previous crises. The paper tries to present some measures for managing credit losses in the emerging countries and some features of the credit policy for the real economy in these economies.

Keywords: *financial crisis, managing credit losses, credit policy, emerging countries.*

1. Introduction

The sharp deceleration of credit growth to the private sector in the emerging markets, after half a decade of exuberance, will inevitably squeeze households and enterprises and can only aggravate the worsening recession. These countries experienced very rapid credit growth in recent years, which was generally viewed positively as supporting rapid convergence to the eurozone but at the same time it contributed to the emergence of sizable macroeconomic and financial vulnerabilities. Household indebtedness has grown rapidly across the region and across income groups, accounted for by an increasing proportion of mortgages. With a large proportion mortgages denominated in foreign currency or linked to the exchange rate and at floating interest rates, households have greatly increased their vulnerability to exchange rate and interest shocks. Lending to the corporate sector has been more subdued. By late 2008, loans in foreign currencies constituted the majority of bank loans in most countries in the region. As highlighted in the previous stresses in domestic interbank markets have affected local banks and depressed credit supply. Sectors most reliant on bank financing – construction and durable producers—as well as creditworthy market segments—small and medium enterprises – are likely to be the most affected by the tightened credit conditions.

The decline in bank lending activity may continue. On the demand side, there has been a fall in debtors' willingness to borrow in response to the continued deterioration in the outlook for business activity. On the supply side, banks' lower appetite to take risk has led to a decline in lending activity. In addition, the domestic financial sector has been forced to reduce its dependence on foreign funding, which may also lead to a curtailment of lending. The tightening of

* Associated Professor, Ph.D., University of Pitești, Romania (e-mail: magdalenaradulescu@yahoo.com)

** Lecturer Ph.D., University of Pitești, Romania (e-mail: luminitaserb@yahoo.com)

credit standards has been another factor contributing to a decline in lending. That, in turn, may result in reduced household consumption as well as in lower corporate investment and production.

Section 2 focuses on managing the credit losses in the emerging countries, Section 3 rises the issue of crediting the private sector during the crisis and the credit destinations and Section 4 concludes the paper.

2. Managing credit losses

Given that the full impact of the crisis on asset quality is still unknown, past banking and currency crises offer a rough guide to assess underlying risks. The focus is on banking crises, accompanied by a currency crisis that had GDP declines exceeding 5 percent in the year following the onset of the crisis. In such cases, the nonperforming loans on average rise to 30 percent (Table 1).

Table 1

Countries with banking and currency crises and nonperforming loans as a share of total loans

Country	Crisis year	Nonperforming loans (percent of total loans)	Country	Crisis year	Nonperforming loans (percent of total loans)
Banking and currency crisis			Banking crisis only		
Argentina	1980	9.0	Argentina	1995	17.0
Argentina	1989	27.0	Bolivia	1994	6.2
Argentina	2001	20.1	Colombia	1982	4.1
Brazil	1994	16.0	Colombia	1998	14.0
Bulgaria	1996	75.0	Croatia	1998	10.5
Chile	1981	35.6	Czech Rep.	1996	18.0
Dominican Republic	2003	9.0	Finland	1991	13.0
Ecuador	1998	40.0	Japan	1997	35.0
Estonia	1991	7.0	Latvia	1995	20.0
Indonesia	1997	32.5	Lithuania	1995	32.2
Jamaica	1996	28.9	Nicaragua	2000	12.7
Korea, Rep.	1997	35.0	Norway	1991	16.4
Malaysia	1997	30.0	Paraguay	1995	8.1
Mexico	1994	18.9	Sri Lanka	1989	35.0
Philippines	1997	20.0	Thailand	1997	33.0
Russian Federation	1998	40.0	Vietnam	1997	35.0
Sweden	1991	13.0	Average		19.4
Turkey	2000	27.6	Median		16.7
Ukraine	1998	62.4			
Uruguay	2002	36.3			
Venezuela	1994	24.0			
Average		28.9			
Median		27.6			

Source: Laeven and Valencia 2008.

These are assumed to be a proxy for the probability of default. In addition, recovery rates are assumed to be roughly 40 percent on mortgages, in line with the marked declines in housing prices, and 15 percent on loans to firms, which broadly matches the average assumption by the Swedish Riksbank on the exposure of Swedish banks to the Baltic states. A preferable approach no doubt would be to calibrate the recovery rate by sector and country depending on country-specific bankruptcy resolution frameworks and other institutional characteristics that impact recovery rates, but such data are only available to banking supervision authorities of each country. The shares of households and firms in the total loan portfolio—a measure of exposure—are provided by a broad characterization of the consolidated banking sectors in ECA countries. Expected credit losses are the product of exposure, the probability of default, and the recovery rate.

The analysis suggest that credit losses could be substantial but manageable. They vary from 7 percent of GDP in Belarus and Turkey to 21 percent in Estonia, with an average of some 13 percent for the financially integrated ECA countries. The variation across countries is largely accounted for by the size of the loan portfolio—that is, the share of credit in GDP. Note that despite sharp declines in real estate prices, this is somewhat compensated for by the better recovery rates for these loans given the collateral underlying mortgage lending—and indeed despite the sharp declines in real estate prices of the past year. Of course, the scenario could be more optimistic about recovery rates. For example, housing prices in many countries in the region have not declined as much, and banks might choose not to proceed immediately to sell these assets to avoid worsening the housing market. In a scenario with recovery rates in mortgages averaging 75 percent, credit losses would range from 6 to 16 percentage points of GDP.

3. Crediting the real economy: is the best policy during the crisis in the developing economies

Although from an efficiency standpoint it is best to let higher world commodity prices feed through to domestic prices, monetary policy should be on alert to prevent a rise in underlying domestic inflation expectations (while protecting the most vulnerable social groups, for example through cash transfer schemes). A number of economies have already tightened monetary policy. The fall in the U.S. dollar has also put in question the exchange rate peg in many economies and greater flexibility is clearly appropriate in a number. However, some developing countries fear the potential for a disruptive upward surge in the exchange rate just when export markets may be slowing or entering recession. Such a shock, they fear, could temporarily stall growth in economies that are, at present, among the only remaining dynamic segments of the world economy. Given that a significant determinant of poverty is limited access to finance, public banking can thereby permit financial inclusion.

In some countries, mandates for lending to underserved segments have played an important role, and have, in the long term, even proven profitable. Apart from implementing direct public banking, countries should encourage the availability of banking services to the un-banked and insurance to the un-insured. This could include a direct subsidy to offset the credit monitoring costs of dealing with small loans, or through mandating lending to certain groups such as the US Community Reinvestment Act requirements.

Lending to the real estate sector can have a number of social benefits, but it is also a common source of excessive lending and asset market bubbles. Consequently, limits to real-estate-related lending such as loan-to-value limits on mortgage lending should be instituted. These limits should be time-variant, rising in a boom and falling in a crash. Restricting lending, to the real estate sector, may also be an important instrument in encouraging lending to other sectors. Such restrictions may both enhance stability and development. Negative and positive “priority” lending may be most effective when broad based, leaving the private sector with the strongest incentives to find the best commercial opportunities within those constraints.

Incentives may be an important part of helping direct lending to areas where social returns might exceed private returns, such as micro-credit, small and medium enterprises and rural-sector lending. Similarly, there should be measures to restrain socially damaging activity. In some banking systems, a large proportion of bank investments are in government paper. A number of reasons may be behind this, including the regulation of deposit and lending rates or crowding out of private enterprise by large government deficits rates.

Governments should be encouraged to explore various mechanisms by which the banking system could be used to facilitate productive activity. One arrangement, for example, may be to accept savings directly by the government through a network of post offices to reduce the spread between the bank deposit rate and interest charged by banks to government paper.

With a few exceptions, non-financial corporates in ECA are only moderately indebted. Indirect evidence comes from these facts: Financial development (private credit to GDP) was still lagging economic development (GDP per capita)—but the gap has closed only recently relative to 1995.

Small and medium-size enterprises in ECA's transition countries (excluding Turkey) relied more on retained earnings and informal finance than external finance to fund fixed investment, than did developing market economies, a gap that closed for the richer transition economies only in 2008, on the eve of the crisis.

The growth of credit to non-financial corporates was considerably lower than that to households in many financially integrated ECA countries.

Data for other countries in the region (taken from the Bloomberg database, which has a wider country coverage) confirm this view. Corporate leverage in 2008 was among the lowest in Bulgaria, the Czech Republic, Poland, and the Slovak Republic; intermediate in Romania, Turkey, and Ukraine; and among the highest in Croatia, Estonia, Latvia, Lithuania, and Slovenia. But even the countries with the highest leverage have a total debt to total assets ratio broadly similar to those in East Asia and somewhat less than in the cohesion countries in 2008. In particular, corporate leverage in the ECA countries is much lower than that in East Asia during its crisis in 1997–98. The comparison, which focuses on the largest firms, is meant to be suggestive, and the small sample size in ECA's smaller countries in particular should be recognized. But it should be placed alongside the indirect evidence cited earlier about ECA's financial shallowness, the importance of households rather than non-financial corporates in rapid credit growth in many ECA countries, and the dominance of retained earnings as a source of financing for fixed investment giving way only recently to bank financing in a large sample of small and medium enterprises from across the region.

The sustainability of corporate financial structures during the year of crisis is of somewhat more concern in some countries. Some indication of the extent to which non-financial corporates have a sustainable financing structure is the interest coverage ratio—the ratio of EBIT (earnings before interest and tax) to total interest expense. It fell sharply in Hungary between 2007 and 2008 to reach a low of 1.3 in 2008, a figure comparable to the lows in East Asia during its crisis and in Turkey in 2001. For a wider set of countries, it is the lowest in Croatia, followed by Slovenia, Turkey, Latvia, and Hungary. The highest interest coverage ratios are for the Czech Republic, the Russian Federation, Estonia, Poland, Romania, and the Slovak Republic.

In countries where households are experiencing rising debt service burdens, governments may have to consider facilitating the restructuring of household debt in default. In many ECA countries where banks currently have limited capital buffers, bank responses to rising nonperforming loans have focused on extending grace periods. However, without the certainty of a rapid economic recovery, these restructuring strategies effectively postpone problems into the near future. This creates substantial risks of under provisioning and inadequate recognition of losses and thus of over-estimating bank solvency.

There is a role for governments to provide incentives for proper debt restructuring. Defining the right framework is challenging as it requires balancing competing pressures on banks, households, and the government in a way that is fiscally affordable, creates minimal market disruption, is socially acceptable, and allows banks to remain solvent and able to resume lending in the medium term.

A template for government-assisted household debt restructuring has been proposed recently. The authors advocate a restructuring program that reflects some essential features including simplicity and limited scope, as well as participation on a voluntary basis, among other features. They consider two general approaches, one involving the creation of a legal and institutional framework that can underpin case-by-case debt restructuring. The other approach is based on some form of financial assistance by the government.

What have countries done to alleviate household debt distress? In Hungary, the authorities entered “gentlemen’s agreements” with banks to convert foreign currency–denominated loans to households into local currency loans without penalty, capitalize the increase in mortgage payments arising from the conversion, and possibly extend the term of the loan for creditworthy borrowers. But the option has not been widely exercised because forint interest rates are substantially higher than euro interest rates. Hungary has introduced legislation to provide temporary state guarantees for mortgage payments of the unemployed and also to expand the mortgage debt servicing guarantee scheme for the unemployed to other debtors whose payment capacity has been impaired by the financial crisis because of either a reduction in income or an increase in debt service burden due to revaluation effects. In such cases, the lender would be asked to rephrase the loan to temporarily lower the payment burden, and the government would guarantee the rephased portion of the loan, subject to restrictions. Romania has sought an agreement with commercial banks to facilitate the restructuring of debt contracted in foreign currency by adjusting the maturity and repayment schedule of the debt, including offering the option to voluntarily convert it into domestic currency.

In Latvia, a partial state guarantee for restructured mortgage loans is being considered under guidelines intended to relieve borrowers’ debt service to a level commensurate with their capacity to pay. And banks participating in Serbia’s financial sector support program have been asked to facilitate the voluntary conversion of foreign currency and foreign currency–linked loans into local currency loans and work with the central bank to develop loan workout programs.

Conclusions

Indeed, the rollover of wholesale funding has been and continues to be difficult across the region. Two caveats should be noted, however. One is that while parent bank funding has proved to be stable so far, risks remain and whether it will continue to be stable depends on the health of Western European parent banks. Those banks could come under strain in the event of a prolonged recession and weak global recovery. In that case, collective action and generous official financing, both distinctive features of this crisis, will need to continue for some years.

Slow restructuring of banks could hold back the recovery of growth. Nonperforming loans are signaling systemic distress among borrowers: in Latvia and Ukraine, for example, they account for between 15 and 25 percent of all loans. The proportion is higher in sectors that were booming during the years of rapid credit growth, such as construction. In this context, regulators have begun to triage banks into those that are viable and meet regulatory requirements, nonviable and insolvent, and viable but undercapitalized. Based on such assessments, they are also taking actions appropriate to each case—from liquidation and recapitalization, to sale and merger. These efforts should proceed swiftly to avoid the earlier experience of transition countries in the 1990s: until banks were put on a strong footing, economic performance lagged.

To strengthen the recovery in the emerging countries, household and corporate financial difficulties need to be addressed upfront. Most emerging countries have an insolvency framework that can deal with bankruptcy, reorganization, and liquidation. But fledgling judicial systems can be overwhelmed when a large number of firms need restructuring—as in a systemic crisis. To expedite restructuring, governments should consider setting up a system of out-of-court voluntary workouts between debtors and creditors to expedite debt restructuring, just as the Czech Republic, Indonesia, Korea, Malaysia, Mexico, Thailand, and Turkey did in previous crises.

While households drove a large share of the credit growth over the past decade, here too there is variability within ECA. On average, household debt accounts for a quarter of GDP in financially integrated transition countries, ranging from 10 percent of GDP in the Russian Federation to 50 percent in Estonia. This is not out of line with that in countries at similar stages of development. Governments may need to set up mortgage restructuring protocols—adapted to local circumstances—to facilitate negotiations between debtors and creditors. These protocols put

forward objectives and options on how to restructure loans and may require changes to the insolvency legislation to ensure that the legal framework gives debtors the incentive to negotiate with creditors in good faith. But beyond setting up enabling frameworks, governments should discourage regulatory forbearance and resist calls to use public resources other than for the relief of the poorest households, which account for only a modest proportion of debt.

It is important for emerging countries to strengthen bank regulation and supervision to reflect the lessons learned from the present crisis. Better bank regulation and supervision alone would not have averted the crisis, owing to the strong demand and supply incentives for rapid credit growth. Yet, better regulation and supervision might have placed countries in a stronger position to deal with its consequences.

In fact, reform of bank regulation and supervision appears to have weakened after 2000: more specifically, a survey of bank regulators reported declines in the ratio of actual-to-required capital adequacy ratio and a fall in the number of countries responding that the supervisory agency had the authority to declare a bank insolvent. Unlike those in a number of industrial countries, banks in most ECA countries were neither exposed to toxic assets, though some parent banks were, nor part of a shadow banking system. This implies that improvements in regulation and supervision should be tailored to the problems facing ECA countries at their current stage of development and that are likely to arise as their systems of financial intermediation develop further.

References

1. Fagan, G., Vitor G., "Adjusting to the Euro", *ECB Working Paper Series 716*, European Central Bank, Frankfurt am Main, Germany (2007): 34-38.
2. Frank N. and Hesse H., "Financial Spillovers to Emerging Markets During the Global Financial Crisis", *IMF Working Paper 2009/104*, (2009): 1-17.
3. IMF, "World Economic Outlook: Crisis and Recovery", Washington, DC., (2009a): 235-276.
4. IMF, "World Economic Outlook: Sustaining the Recovery", Washington, DC., (2009b): 124-165.
5. IMF, "Global Financial Stability Report: Responding to the Financial Crisis and Measuring Systemic Risks", Washington, DC., (2009c,): 76-86.
6. Laeven, Luc and Fabian Valencia, "Systemic Banking Crises: A New Database", *IMF Working Paper 224/08*, (2008): 1-78.
7. World Bank, "The Unfolding Crisis Implications for Financial Systems and Their Oversight", Development Economics Department and the Poverty Reduction and Economic Management Department, October, (2008): 354-390.

THE INFORMATIONAL VOCATION OF FINANCIAL REPORTING

Mariana GURĂU*
Maria GRIGORE**

Abstract

Accounting is an important part in the information system of any company and, in this way, it is defined by its own performed objective through the financial standing. The main purpose is to provide the necessary information regarding the financial position, the financial results, the economic efficiency, the dynamic evaluation of costs, incomes, debts and financial bonds, the benefit and its allocation, the equity and its changes, the ability to meet payments, the adopted accounting polices. The financial accounting information is required both from the internal and external environment of the company and it is presented in the form of a coded language. This requires a certain ability of the beneficiary in this domain, a knowledge of logic and accounting conventions. The aim of this study is to review the manner and the type of information assigned through the financial statements and it is adressed to the users that activate in this area.

Keywords: *accounting information, financial reporting, the annual balance sheet, assets, debts, equity, the true and fair view.*

Introduction

Accountancy is a technique meant to collect, process and interpret the information of economic flows. The accounting information is the most real, precise, complete and effective information representing the support of the managerial process. The most of decisions taken during the management process are based on the accounting information. The accounting information plays an important role within the economic evidence system in general and within the economic information system especially.

The accounting information is provided to the internal and external users through financial reporting. The annual financial reporting comprise: the balance sheet, the profit and loss account, the situation of modifications of the equity, cash flow statement and the footnotes of annual financial reporting¹.

The problem which is being studied has a specific importance because the information is vital in the process of taking decisions, and accounting should take the responsibility of offering information meant to anticipate the financial position and the performance, of offering a true and fair view of the financial position and performance, without bad influences and without being troubled by collateral or fiscal interests.

Financial reporting are considered by all categories of users as being the most comprehensive sources of information in comparison with all used sources. They best reflect the company's image being at the centre of all the information process, on the basis of which decisions are taken. Therefore, the quality of the presented information, the company's adequate disclosure are very important elements not only for those who draw up the financial reporting but also for those who request this information.

Considering that the information offered by financial reporting is addressed to users somehow initiated to interpret it, in this paper develop I woned like to point out to the necessary qualities of the information conveyed by financial reporting.

* Lecturer, Ph. D. Candidate, Faculty of Economic Sciences, Universitatea Nicolae Titulescu, București, marianagurau@univnt.ro

** Lecturer, Ph. D., Faculty of Economic Sciences, Universitatea Nicolae Titulescu, București

¹ OMFP nr. 3055/2009

As we live in a dynamic, complex, uncertain and risky reality, accounting was to deal with the dilemma of choosing from various policies, treatments and measurement bases, taking into consideration their complementary advantages and drawbacks. Choices should be made in such a way that the information conveyed to external users for the benefit of internal ones should not be altered, excessively serving the interest of the latter. This paper is meant to be a synthesis of the information reflected by each component element of financial reporting as well as a synthesis of the information interdependences between them. This synthesis will be able to guide a user in finding the information conveyed by financial reporting.

This paper is based on the research according to specific norms, in this way the main studied aids being the International Accounting Standards (IAS) and OMFP² 3055/2009, Accounting Regulations according to European Directives.

Ion Ionașcu, in the „Epistemology of Accounting” speaks about the process of accounting normalization as being determined „firstly, by the social role of the accounting information: we are speaking today about a market of accounting information based on the information’s demand and supply. As any market, it should be regulated, that is one has to set the rules of the game. The regulation of accounting information production is accomplished through the normalization of accounting.”³ This represents the process of „making up a set of processes and rules that have to be respected by companies, not only for the elaboration but also for the presentation of accounting information”⁴.

The work of the Prof. Mihai Ristea and Corina Grațîela Dumitru „Prudence and Aggressiveness in Accounting Treatments” also has offered me, an information support for the elaboration of the present study.

The Users of the Accounting Information

The objective of financial reporting is to supply the necessary information regarding the entity’s financial position, the financial results at the end of the financial year, the performances achieved by the entity, the dynamics of incomes and expenses, debts and financial obligations, the profit and its allocation, the modifications of the equity, the capacity to honour the payments, about the adopted accounting policies.

Taking into account the fact that the accounting information is presented under the form of a codified language, its beneficiary needs necessary a certain ability, a certain stock of knowledge, a knowledge of logic and accounting conventions. From this point of view, an important role is played by companies that have to be concerned to present the company’s image and its performances to any possible addressee, in the most accessible way. However, no matter how much the entity would do to make it easier for its users to understand the conveyed message through the financial reporting, one can affirm that the perceived image is strongly influenced by the quality of users than by that of the accounting documents.

The users of the financial reporting⁵ comprise the present and potential investors, the employed staff, the creditors, the suppliers, the clients, the state institutions and other authorities, as well as the public. They use the financial reporting to meet a part of their information needs.

Although not all the users’ information needs can be met by financial reporting that have a general purpose, there are some pieces of all the users might be interested in is an information that can be interesting to all users.

² OMFP stands for the Order of the Public Finance Minister

³ Ion Ionașcu – Epistemology of Accounting, Economic Publishing House 1997, page 70

⁴ Colasse, taken over by Ion Ionașcu – Epistemology of Accounting, Economic Publishing House 1997, page

⁵ OMFP 3055/2009

The Qualitative Characteristics of Accounting Information

For the accounting information supplied by the financial reporting to be useful the managerial system (internal users), but also to external users, it should be characterised by 4 main qualities characteristics: *intelligibility, relevance, credibility and comparability*⁶.

Intelligibility represents an essential quality in the sense that the accounting information must be easily understood by users on condition that they have enough knowledge regarding the deployment of business and economic activities, they also have accounting knowledge and are eager to study the presented information, with the proper attention. Nevertheless, the information regarding some complex problems, that should be included in the financial reporting due to their relevance in taking economic decisions, should not be excluded for the reason that they could be too difficult to understand by some users.

Relevance: represents the information's capacity to be useful to beneficiaries in their taking decisions. The accounting information is relevant when it influences the economic decisions of users, helping them evaluate past, present or future events, confirming or correcting the previous evaluations. The information's relevance is influenced by its nature and by its significance threshold. In certain cases, the information nature is sufficient, by itself, to determine its relevance. In other cases, not only the nature but also the significance threshold is important.

A piece of information is considered to be significant if its omission or incorrect presentation can influence the economic decisions of the users, taken on the basis of annual financial reporting. In the analysis of an element's significance, we take into consideration the size and/or the nature of omission or of the incorrect declaration judged in the given context.

Credibility refers to the fact that the accounting information has the quality to be credible when it doesn't contain significant errors, it is not partial, and the users can trust it that it correctly represents what the information proposed to represent or what it is expect in a reasonable way to represent.

For the information to credibly represent the events and the transactions, it is necessary to be operated in accounting documents and presented in accordance with its basis and with the economic reality and not only in its juridical form. The accounting information must be neutral, without influences and represent the events faithfully. The financial reporting are not neutral if, by selecting and presenting the information, they influence the taking of a decision or the formulation of a reasoning to get to a result or a predetermined objective.

In order to make the requested estimations in uncertain conditions, it is necessary to include a degree of precaution, so that the assets and incomes would not be overevaluated and the debts and expenses would not be under evaluated.

The information from the financial reporting has to be complete in order to be credible. An omission can determine information to be false or to mislead somebody and thus it is no longer credible and it becomes defective from the point of view of its relevance.

Comparability supposes the necessity that the users could compare the information from the financial reporting of a company in time to identify the tendencies in the financial position and its performances. The users also have to compare the financial reporting of various companies in order to evaluate their financial position, performances and the modification of the financial position. They have to be informed about the accounting policies used in the elaboration of the financial reporting and about any modification of these policies, as well as about the effects of such modifications. The presentation of the accounting policies used by the entity helps to obtain the comparability, as a quality needed by accounting information. An entity should not continue to operate, in the same way, a transaction or another event if the policy adopted doesn't maintain the qualitative characteristics of relevance and credibility. It is not indicated for an entity to leave its accounting policies unchanged when there are more relevant and more credible alternatives.

⁶ OMFP nr. 3055/2009

The production and the publishing of accounting information which presents in a balanced way all the qualities presented above, should lead to the realization of some financial reporting which would reflect a true and fair view of the company's financial position and result.

For the information to be relevant and credible, it is necessary that:

- the information should be opportune for taking decisions by users which means that the information should be given in due time ;
- the benefits from the information should not to exceed its cost;
- the qualitative characteristics of financial information a balance should exist among..

The Objective of Accounting

The objective of accounting is to present, through the financial reporting, a true and fair view of the financial position, performances and modifications in the financial position of the entity.

The true and fair view, a fundamental objective in continental accounting and as a fundamental principle in anglo-saxon accounting, in which all the other principles converge, is a concept of British origin which has in view respecting the accounting standards and the law. Theoretically, the true and fair view is defined from the point of view of terms of veridical image and correct image or real and correct image .

One of the few definitions given to the true and fair view belongs to Lee, who in 1982 specified that: „Now days, the true and fair view has become a term of art. It supposes the presentation of accounts drawn up in accordance with generally accepted accounting principles, the use of very exact figures, the realization of estimations as reasonable as possible or their arrangement in such a way they provide, with all the limits of current accounting practices, the most objective image, without errors, distortions, manipulations or significant omissions. In other words, we have to take into consideration not only the letter but also the law spirit⁷.

The true and fair view concept is related to two qualities of accounting:

1. regularity – which supposes including of true principles, the conventions and the accounting rules established through the adopted accounting referential in its own accounting politics;
2. sincerity – which supposes applying with good faith and professionalism the accounting principles and rules established through the adopted accounting referential, the drawing up of the profit and loss account on the basis of data from accounting regarding the reporting period, the correct imputation and presentation of incomes and expenses.

According to many specialists, to the two terms of the true and fair view equation, it is added the third one called fidelity, whose goal is to render an **objective** image or at least a **complete and pertinent** one upon the economic reality. Through the complete characteristic, we don't take into consideration the information's completeness, but the presentation of that set of information, on whose basis the user can have an image as exact as possible upon the patrimonial situation and the result. The French version defines the true and fair view through the equation: True and fair view = sincerity + regularity + fidelity.

The financial position is influenced by the controlled economic resources, by its financial structure, by its liquidity and solvability, as well as by its capacity to adapt to the changes of the environment where it deploys its activity. In a more simplistic sense, the financial position defines the economic and financial potential of a certain entity, that means the equity, the administered capital and its capacity to generate economic benefits.

The information about the **economic resources** controlled or owned by the entity as well as its past capacity to modify these resources is useful to anticipate the entity's force to generate cash or cash equivalents in the future.

⁷ G.A. Lee, Modern financial accounting, Walton on thames, Survey, 1981, page 270

The information about the **financial structure** is useful to anticipate the future needs of crediting and the way in which future profits and treasury flows will be alloted among those who have an interest towards the administration. This is useful also to anticipate the entity's chances to raise capital in the future.

The information about **liquidity and solvability** is useful to anticipate the company's capacity to undertake actions, to settle its due payments. Liquidity refers to the cash availabilities in the next future, after taking into account the financial liabilities due to this period. Solvability refers to the available cash funds extended over a large period in which due payments have to be made.

The information about the position of an entity, especially about its capacity to collect incomes or obtain financing, is necessary for the evaluation of potential modifications of economic resources that the entity could control in the future. In this sense the information about the variability of performances is important.

The Annual Balance Sheet and the Information it Provides

The theories of the annual balance sheet don't propose to explain or substantiate the technique of its drawing up, " but they have in view to show the aim of the balance sheet, and depending on this to substantiate its content and the evaluation way of this content, so that this becomes the principal system of information and data in the analysis and management work of the social-economic entity reflected in it"⁸.

The periodic drawing up of the annual balance sheet „as being the representation of the company's situation"⁹ is statutory in all the countries in a world.

The annual balance sheet is, by its essence, a static image, a picture of the situation of assets, liabilities and the financial position of an economic entity at the date when it is drawn up. It emphasizes, however, the modification of elements by presenting the data at the beginning and at the end of the financial exercise. Through the comparative study of the annual balance sheet for more consecutive financial exercises, one can make an analysis of the dynamics of the annual balance sheet elements. The balance is also called the situation of the company's financial position or the situation of the company's financial condition.

In the conditions of the market or competitive economy, the data from the annual balance sheet can offer a comprehensive and real image over the economic and financial situation of each economic agent. Such information is useful not only for the company itself, but also for the external users.

The annual balance sheet, as a cumulative document, reflects the *assets, the equity and the present or past debts*.

The annual balance sheet assets comprise, on one hand, the net value of material and monetary means, and on the other hand, the claims that the company should cash up from the thirds. The analysis in dynamics of the annual balance sheet assets emphasizes the evolution of its components.

The financial position reflected by the annual balance sheet is defined by the controlled economic resources, by the financial structure of assets, debts and equity, by the liquidity and solvability of economic values and by its capacity to adapt to the changes of the environment where it deploys its activity. The fundamental equation of the financial position is in the form: $ASSETS - DEBTS = EQUITY$ (NET ASSETS)

The analysis of the financial position on the basis of the annual balance sheet aims on the one hand at the company's assets and on the other hand at its debts and equities, not only in dynamics but also statically. A company has a positive financial position in the case in which the equity is

⁸ R.Petriș – General Accountancy, vol.II, Iași, 1988, p.383

⁹ B.Colasse, General Accountancy, Editura Moldova, Iași, 1995, p.94

bigger or at least equal with the debts with economic value. This condition indicates the fact that the company, as a legal entity, has the possibility to pay its debts towards the thirds, not only during the deployment of its activity but also at its liquidation.

In the context of taking decisions, the annual balance sheet is a cumulative overview of the impact of existing investments, of due financing decisions and of the net result of the exploitation of these investments. The annual balance sheet represents a historical image of all the transactions made within the business in the course of time. The net effect of operations, under the form of profit or loss in a certain period of time, is reflected in a annual balance sheet post (the exercise's result and the reported exercise) which modifies the value of shareholders' equity and which makes the connection with another document of synthesis, part of the financial reporting – the profit and loss account.

The Profit and Loss Account and the Information It Reflects

The annual balance sheet is considered the document which describes the financial position of company at a given moment, indicating also the size of the result. However, it seems necessary the presence of another instrument of accounting simulation which explains the constitution way of the result and allows for the formulation of conclusions related to the performances of the company's activity. This instrument is the second component of the financial reporting, that is the profit and loss account. The company becomes a centre of economic calculus, being based on:

- the values produced and sold on the market to the clients, generically called INCOMES;
- the values used to obtain incomes, which are constituted in costs engaged on other markets, called EXPENSES. This represents, in fact, the remuneration of production factors.

If the annual balance sheet let us find out about company's financial position, the profit and loss account provides information about the company's activity, about the way in which it administrates the business through the dimension of generated incomes, expenses and results.

The profit and loss account represents the effect of the operational decisions of management upon the company's performances and upon the profit, and the loss respectively, for shareholders, over a certain period of time. The profit or the loss calculated in this document increases, or reduces the level of shareholders' equity from the balance sheet. Thus, the situation regarding the obtained results is a necessary extension of the balance sheet, in view of the explanation of some important components of the shareholders' capital modification, providing detailed information, necessary for the measurement of financial performance.

The profit or the benefit obtained by a company (according to the Romanian Explanatory Dictionary) represents the fundamental objective pursued to be obtained by any economic entity with a lucrative aim. It is the reason for which the investors are ready to contribute to the formation of the company's share capital.

The financial performance shows the degree in which the company attained its objective on the line of profit realization. There are managers who want to obtain a satisfactory profit. The recognition of the maximum point of profit is, however, an extremely subjective operation. For this reason, we can suppose that a society fulfilled its objectives on the line of profit realization if its shareholders are satisfied.

One can determine a company's **profitability** if one analyze the information in the profit and loss account. In order to analyze the profitability of a company, the users would also need information which allow them to make comparisons with other companies, not only comparisons in time for the same company. The latter are sometimes irrelevant, in the sense that companies could use different accounting policies, which make the accounting information of different companies incomparable. For example, in case of amortization expenses registered by different companies, their size depends on various variables: economic life, the residual value, the chosen liquidation method etc. Thus, any comparison related to amortization expenses would be insignificant.

It is also the case of provisions and stock evaluation. „ The estimating character of the size of these elements increases in the context of prices growing and technical progress, because of the impossibility to trace a dividing line between exploitation expenses and the uses of benefits. From an economic point of view, there are not decisive reasons which might sustain one of the decisions, in comparison with the others. Yet, every choice will lead to a result”¹⁰.

The profit in absolute value can lead the users to make deceptive appreciations. For example: a profit rise doesn't mean necessarily a favourable change. We have to see to what we owe this rise. Is it an effect of the turnover size, of the efficiency growth or of the influence of both factors? Is it a consequence of the option between different methods and accounting policies?

In order to obtain a satisfactory answer, the users need comparable information over many financial exercises. Or, the synthesis documents belonging to different exercises are not always comparable. Also, they supply information only about the options retained by the company and not about the options left aside, which could have generated a bigger or smaller profit.

The Situation of Modification the Equity

The situation of modification the equity represents another component of financial reporting which analyses the principal changes in the entity's equity or in the shareholders' or associates' net assets over the financial exercise. A component characterizing this modification is given by the profit or loss for the analyzed period, that are to be found in the profit and loss account.

The level of equity can also be affected by managerial decisions. For example, the payment rhythm of dividends affects the cash, as well as the level of no distributed profits, components of equity.

Another decision that affects the capitals is that regarding the emission of new shares or, contrary, the redemption of shares which can be subsequently sold or cancelled fact that diminishes the equity.

The third category of decisions implies the assets adjustment in correlation with their disponibility or with the prospective mixed of companies.

The situation of modifying equity offers more details regarding the changes appeared in the value and structure of equities between the opening date and closing date of the financial exercise. In this sense, under the impact of regulations in force and of accountants' professional reasoning, this situation of synthesis aims at reflecting, with a sufficient degree of fidelity, all the transactions that, in time, had as result a raise or a net reduction of the shareholders 'capital. The managers would have to pragmatically analyze their significance, because of the implications of using the accounting value, taking into consideration their limitations. There is a need to resort not only to practical reasoning's but also to adjustments of values in the interpretation of the company's performances.

The Cash Flow Statement

The cash flow statement comprises not only the modifications of operational results, but also those of annual balance sheet elements.

The annual balance sheet and the profit and loss account have represented, for a long time, the accounting offer on the basis of which the users obtained the information concerning the company's activity. Since they haven't succeeded in providing a complete and detailed view of all funds' entries and exits, of all sources and uses of available cash which should answer to the users' complex information needs, the *cash flows statement* was proposed in order to remedy these failures.

¹⁰ P. Lassegue – Gestion de l'entreprise et comptabilite, 11 edition, Edition Dalloz, Paris, 1996, quoted by L. Malciu in Supply and Demand of Accounting Information, Ed. Economică, București, 1998, pag. 50-51

The cash flow statement has as objective to provide information concerning the taking and cash payments of a company, made during a financial exercise. The structure of this document makes possible the measurement of the influence of exploiting, investments and financing activities upon the monetary availabilities and the emphasizing of rise or fall of monetary means in a certain period. This information is useful for management, investors, creditors and other categories of financial information users interested in the direction the company's liquidities go.

The investors and creditors are interested in the company's capacity to administer treasury flows, to obtain future earnings and to transform the benefits in availabilities. They generally reason depending on monetary flows, which are real and not depending on the exploitation benefits, which represent abstract, artificial concepts, without legal representation.

The investors are interested in being remunerated through dividends for their investment in the entity, and creditors through interest. On the basis of cash flows situation, they evaluate the managers' decisions.

The cash flow generated by exploitation activities is the central indicator of the analysis of an economic entity situation. It is also used for its performances' appreciation over an average period of time.

Conclusions

As a result of the research made over the informational references and interdependences between the component elements of financial reporting, we came to the following conclusions:

1. The annual balance sheet is a comprehensive and real view over the economic and financial situation of any economic agent which provides information about the assets, equity and debts of an economic entity.

The profit and loss account represents the effect of the operational decisions of management upon the company's performances and upon the profit, and the loss, for shareholders, over a certain period of time.

The two structures of financial reporting refer to different elements. The relation between the annual balance sheet and the profit and loss account is made through the element of the „exercise's result” that we find in the annual balance sheet as a element of equity.

The annual balance sheet informs about the exercise's result without the information user's being able to find out how it was obtained.

Information about the structure of the result are provided by the profit and loss account.

Therefore, only together, the documents of synthesis that form the financial reporting provide complete information about the financial position, result and the modifications of the financial position of an economic entity.

2. Taking into consideration the fact that the accounting information is presented under the form of a codified language, their beneficiary needs a certain ability, a certain stock of knowledge of their beneficiary, a knowledge of logic and accounting conventions. The expectations of information users, regarding the financial reporting are complex: the accuracy of the financial information, the continuity of the exploitation, the absence of embezzlements, respect of regulations, management's responsibility towards the environment problems, management's responsibility towards the social aspects. From this perspective, there are many uninformed or incorrectly informed users. One of the causes of the phenomenon is the application of fiscal regulations in accounting.

3. The chosen subject is complex and it can be tackled from a general perspective, as in the present paper, but also from the perspective of applying the accounting principles. In this sense, the greatest impact over the accuracy of information transmitted by financial reporting belongs to the principle of prudence which gives access and free way to subjectivism in the presentation of the true and fair view of the financial position, result and modification of the entity's financial position.

A theme that I intend to tackle concerning the informational vocation of financial reporting and as a continuation of the present work, refers to the fiscal pollution of the information provided by the financial reporting, are ever harsher. This theme has become more important if we consider the discussions regarding the disconnection between accountancy and fiscality (taxation).

References

1. Colasse B., General Accountancy, Editura Moldova, Iași, 1995,
2. Ion Ionașcu – Epistemology of Accounting, Economic Publishing House 1997,
3. Lassegue P. – Gestion de l'entreprise et comptabilite, 11 edition, Edition Dalloz, Paris, 1996,
4. Lee G.A., Modern financial accounting, Walton on thames, Survey, 1981,
5. Malciu L. - Supply and Demand of Accounting Information, Ed. Economică, București, 1998
6. Petriș R. – General Accountancy, vol.II, Iași, 1988,
7. Ristea Mihai and Corina Grațela Dumitru -, „Prudence and Aggressiveness in Accounting Treatments” Ed. Tribuna Economica. Bucuresti, 2009
8. OMFP 3055/2009 Reglementari contabile conforme cu directivele europene

ETHICAL STOCK MARKET INDICES: A NEW PARADIGM FOR CAPITAL MARKET

Teodora Cristina BARBU*
Iustina Alina BOITAN**
Alina Lucia TRIFAN***

Abstract

The current financial crisis is analyzed by experts, academics and practitioners strictly in terms of adverse effects, without assessing the opportunity of a new paradigm for financial markets, both in terms of organization and regulation, and innovation of financial products and tools. Through this article we intend to mention the emergence of a new category of investors (the social investors), which in substantiating their investment decision on the capital market do not follow the priority of obtaining increased economic returns, but especially a return from an ethical, social, sustainable standpoint. Thus, we position in the context of capital market analysis and employ a special category of indices, namely ethical indices, which include only shares of companies and financial institutions that meet a range of social and environmental criteria. The article was designed as a parallel between the classical and the ethical stock indices, in terms of: stages of construction, criteria for selecting the companies, exclusion criteria from the index's basket and performance registered. We propose a comparative assessment of the evolution of returns for a representative sample of ethical and conventional indices to test the hypothesis that, in time of mistrust and turbulence on international financial markets, the profitability of a portfolio of shares whose issuers promote a socially responsible attitude, ahead on that of a conventional portfolio. The results will allow us to analyze the appropriateness of designing, for the capital market in Romania, of a private, ethical, representative index, as a barometer of ethical investments.

Keywords: *socially responsible investment, ethical index, non-financial rating, launching institution, selection criteria.*

Introduction

The economic literature of the past two years, dedicated to analyzing the root causes of the global financial turmoil, outlines more and more clearly the idea that the current financial crisis has also an ethical dimension, which requires a shift towards a new type of society, based mainly on trust.

In this view, the financial advisory firm Greycourt (2008) argues that factors such as superficial practices of risk monitoring, high degree of indebtedness, ignorance of the explosive growth in the mortgage market were, indeed, precursors of the actual crisis, but one must seek its origin more deeply, in the progressive collapse of ethical behaviour of the financial markets, particularly as regards integrity and accountability to customers' welfare. Tetango (2009) argues, in turn, that the current situation has as underlying causes the market psychology, characterized by greed, ignorance, herd behaviour, misuse of information, exuberance and irrationality.

In other words, the current approach of finance, business and commerce should be reconfigured, by focusing on new concepts, based on ethical issues related to financial activity. Thus, the idea of socially responsible investment or ethical investment is largely potentiated by the

* Professor, Ph.D., Faculty of Finance, Insurance, Banking and Stock Exchanges, Academy of Economic Studies, Bucharest (e-mail: teodora_barbu@yahoo.com)

** Assistant, Faculty of Finance, Insurance, Banking and Stock Exchanges, Academy of Economic Studies, Bucharest (e-mail: iustinaoitan@yahoo.com)

*** Assistant, Faculty of Finance, Insurance, Banking and Stock Exchanges, Academy of Economic Studies, Bucharest (e-mail: ase.alina@yahoo.com)

current financial climate, characterized by instability and turbulence on financial markets. In our opinion, we believe it is required to link financial performance with social ethics and solidarity, and to become aware that socially responsible investing is not an impediment for achieving financial gains, but rather, it can offer returns at least at the level of traditional investment products, because they have as foundation a long-term vision.

Through this article we intend to place the analysis relative to the decision of investing in ethical financial instruments in the context of capital market. In the first part we have synthesized the main results of recent surveys and research relative to individual and institutional investors' perception on ethical financial products, outlining their future interest in purchasing these products. In order to have a deep understanding on their utility, in the second part of the article we have classified them into four generations, according to the complexity of the criteria used to evaluate companies impact on environment, society and governance. In the third part we have made a parallel between the classical and the ethical stock indices, in terms of: stages of construction, criteria for selecting the companies, exclusion criteria from the index's basket and performance registered.

1. Literature review of surveys on the need for sustainable financial products

A number of surveys and studies conducted by nonprofit organizations and investment companies recorded the emergence of a new category of investors, named social investors, which intend not only to invest in shares that bring a satisfactory return, but also that their issuers have a positive environmental and social impact.

A study published in 2008 by Allianz Global Investors on a sample of individual investors in the U.S. reported that environment has the potential to become a major opportunity for long term investment. Almost half of respondents expressed their desire for the next 12 months to invest in a company or mutual fund that offers solutions to problems facing the environment. 17% already have made such investments. According to respondents, the greatest potential is recorded by investments in solar and wind energy, water purification and hybrid vehicles. Two thirds of those surveyed claimed that the involvement of a presidential candidate in environmental protection programs would have a positive impact on their voting intention.

Boston Consulting Group conducted a survey in 2008 on the respondents in nine countries (England, Canada, China, France, Germany, Italy, Japan, Spain, USA) to examine consumer attitudes towards ethical products. Two thirds of study participants (especially those from France, Italy and Japan) have placed the need to invest in environmental protection on first place in their options. UK and U.S. respondents ranked as first concern the economic growth contraction and the impact this will have on their living standards, the concern for the environment being placed on the second place.

Another research conducted by Fairtrade Labelling Organizations International on a sample of respondents from 15 countries revealed that almost 55% of them are active ethical consumers, as a product purchase decision is based on observation of the way companies carry out their economic, social and environmental responsibilities.

A study in late 2008 on a sample of financial advisors in Canada showed a substantial increase in demand for investment products included in ESG (Environmental, Social and Governance) type. 93% of the money managers surveyed expected an increase in the value of assets held by investment funds which invest in shares issued by companies with ESG concerns.

Nonprofit research organization EIRIS has conducted a survey in late 2009 on a sample of people in Britain, revealing that 60% of them believe that financial institutions should give priority to funding projects aimed to protect human rights, environment and mitigating global warming. 44% of respondents are interested in purchasing an ethical financial product.

2. Typology of ethical indices

For rating agencies, the existence of ethical indices is a leading factor of the motivation of companies to collaborate with them. Belonging to a sustainable index is a strong signal of good social and environmental performance against their competitors. Therefore, ethical indexes are the proof for the visibility of a company in terms of concerns for sustainable development. Under these circumstances, the question is whether ethical indices can become an alternative to financial instruments? Can one compare FTSE4Good and DJSI indices, whose coverage is extensive, with ASPI and ESI, which include a small number of companies?

To have a better perception of ethical and sustainable indices, and on their composition, it is appropriate to analyze them briefly. A reference in this matter is represented by the division in four generations proposed by Ethibel:

- first generation indices, which are based solely on a limited range of negative criteria, such as involvement in arms trade, nuclear energy, animal experiments. But these ratios are far from the concept of sustainable investments.

- second generation indices, consisting of a number of companies that obtain a good result in terms of sustainable entrepreneurship. In Britain the Financial Times Stock Exchange launched FTSE4Good based on Footsie index. It was recognized as a second generation index because it focuses on issues such as human rights and relationship between the enterprise and shareholders. The negative criteria taken into account consist in producing weapons, tobacco and nuclear energy. The sources for information collection are unilateral, meaning that they come from the company under analyze, on the basis of standardized questionnaires.

- third generation indices, which are based on an integrated vision of sustainable investments. This category includes the family of Dow Jones Sustainability indices. Their methodology was based on a proper analysis of risks and opportunities of three components: economic, social and environmental.

- fourth generation indices. The difference from the indices of the third generation consists in the method of analysis employed, which takes into account the communication with the company's shareholders, with unions, with environmental protection associations. Ethibel performs a thorough analysis in all aspects: internal and external social policy, ethics and economic policy, environmental policy. As a consequence, the methodology is adapted to enable active participation in society debates on sustainable entrepreneurship.

Table 1. Representative ethical indices

Index name	Inception date	Country/launching institution	Purpose	Availability
Calvert Social Index	May 1, 2000	Calvert Investments/USA	Measures the performance of large, U.S.-based sustainable and responsible companies.	The Calvert Social Index is a benchmark and is not open to investors
ASPI Euro zone (Advanced Sustainable Performance Indices)	December 31, 2000	Vigeo group/France	Provide a reference of 120 euro zone companies whose activity favours sustainable development and corporate social responsibility	Published on financial platforms (Reuters, Capco, Bloomberg)

Ethibel sustainability index	December 31, 1997	Vigeo group/France	Provides a comprehensive perspective on the financial performance of the world's leading companies in terms of sustainable development	Published on financial platforms (Reuters, Capco, Bloomberg)
Socially Responsible Investment Index	May 5, 2006	Johannesburg Stock Exchange/South Africa	It measures companies' policies, performance and reporting in relation to three pillars (environmental, economic and social sustainability), as well as corporate governance practice.	It is the first index in the world launched by an exchange.
ECPI Alpha Property Europe (ALPHA index)*	January 1, 2003	ECPI/Italy	Selects 15 companies in the Real Estate industry holding a positive ECPI ESG Rating according to ECPI Screening Methodology	Published by Bloomberg, Reuters, Brainpower, Markit, Thomson Datastream
ECPI Asian Infrastructure Equity Index (ALPHA index)*	January 1, 2003	ECPI/Italy	Provides exposure to the highest ECPI ESG-rated tradable companies that are active in the Asian Infrastructure Industry Sector.	Published by Bloomberg, Reuters, Brainpower, Markit, Thomson Datastream
ECPI Carbon Winners Equity index (ALPHA index)*	January 1, 2003	ECPI/Italy	Selects the best positioned Companies vis à vis their past and expected CO2 Emissions vs Sector Averages and competitors, in the Global Climate Change scenario	Published by Bloomberg, Reuters, Brainpower, Markit, Thomson Datastream
ECPI European Eco Top 10 Real Estate (ALPHA index)*	January 1, 2003	ECPI/Italy	Selects the best positioned Real Estate Companies vis à vis the Climate Change trend and the best positioned Real Estate Sector Suppliers owing to	Published by Bloomberg, Reuters, Brainpower, Markit, Thomson Datastream

			the environmental-friendly nature of their products or services	
ECPI Emerging Markets Index (BETA Index)**	January 1, 2003	ECPI/Italy	Selects 50 companies based in Emerging Countries holding a positive ECPI rating according to ECPI Ethical Screening Methodology	Published by Bloomberg, Reuters, Brainpower, Markit, Thomson Datastream
ECPI Ethical Index EMU (BETA Index)**	January 1, 2003	ECPI/Italy	Selects the 150 top capitalized companies in the Emu market which are eligible investments according to ECPI Ethical Screening Methodology	Published by Bloomberg, Reuters, Brainpower, Markit, Thomson Datastream
ECPI Ethical Index Euro (BETA Index)**	January 1, 2003	ECPI/Italy	Selects the 150 top capitalized companies in the European market which are eligible investments according to ECPI SRI Screening Methodology	Published by Bloomberg, Reuters, Brainpower, Markit, Thomson Datastream
ECPI Ethical Euro Tradable Index (BETA Index)**	January 1, 2003	ECPI/Italy	Selects the 100 most liquid stocks of ECPI Ethical Index Euro	Published by Bloomberg, Reuters, Brainpower, Markit, Thomson Datastream
The Dow Jones Sustainability World Index (DJSI World)***	August 31, 1999	SAM, Dow Jones Indexes and STOXX Ltd/Germany	Comprises the top 10% leading companies around the world, in terms of long-term economic, social and environmental	Index is published by Reuters
The Dow Jones STOXX Sustainability Index (DJSI STOXX)	October 15, 2001	SAM, Dow Jones Indexes and STOXX Ltd/Germany	Comprises the top 20% leading companies in Europe, in terms of sustainability from the Dow Jones Stoxx 600 index.	Index is published by Reuters

The Dow Jones EURO STOXX Sustainability Index (DJSI EURO STOXX)	October 15, 2001	SAM, Dow Jones Indexes and STOXX Ltd/Germany	Captures the Euro zone companies out of the Dow Jones STOXX Sustainability Index.	Index is published by Reuters
The Dow Jones Sustainability Asia Pacific (DJSI Asia Pacific)	January 16, 2009	SAM, Dow Jones Indexes and STOXX Ltd/Germany	Comprises the top 20% companies in terms of sustainability in Asia Pacific.	Index is published by Reuters
The Dow Jones Sustainability Korea (DJSI Korea)	October 20, 2009	SAM, Dow Jones Indexes and STOXX Ltd/Germany	Comprises the top 30% companies in terms of sustainability in South Korea.	Index is published by Reuters
The FTSE4Good Index Series	September 20 2002	FTSE Group	Encompasses four tradable and five benchmark indices, representing Global, European, US, Japan (benchmark only) and UK markets, measuring the performance of companies that meet corporate responsibility standards	Index is published by Bloomberg, Reuters, Thomson One, Telekurs.
The FTSE4Good Environmental Leaders Europe 40 Index	May, 2007	FTSE Group	Designed to identify European companies with leading environmental practices.	Published by Bloomberg, Reuters, Thomson One, Telekurs.
The FTSE4Good IBEX Index	April, 2008	FTSE Group and Bolsas y Mercados Españoles (BME)	The index comprises companies in the BME's IBEX 35 Index and the FTSE Spain All Cap Index that meet good standards of environmental sustainability, developing positive relationships with stakeholders and supporting human rights.	Index is published by Bloomberg, Reuters, Thomson One, Telekurs.
The FTSE Environmental	June, 2004	FTSE Group and Impax Asset	Measures the performance of	Index is published by

Markets Index Series		Management, environmental technology specialist	an global companies that have significant involvement in environmental business activities, including renewable & alternative energy, energy efficiency, water technology and waste & pollution control.	Bloomberg, Reuters, Thomson One, Telekurs.
The FTSE KLD Indices	May, 1990	FTSE Group and KLD, a leader in social, environmental & governance research	Provides a cutting-edge range of index solutions across a variety of environmental, social & governance themes	Index is published by Bloomberg, Reuters, Thomson One, Telekurs.

Source: the authors

* ALPHA indices, created to outperform the market through exposure to specific investment themes.

** BETA Indices (Market Benchmarks), designed to replicate specific geographic markets.

*** the family of Dow Jones Sustainability Indices is larger, as it comprises 16 indices.

The general concern about the ranking of companies that incorporate ethical principles in their activity includes also the comparisons between companies in a traditional index and those included in ethical indices. An example is the presence of companies in the CAC 40 index in a representative range of ethical indices.

Table 2. Inclusion of the companies in CAC 40 index into representative ethical indices

Company	ASPI euro zone	FTSE 4Good	DJSI Stoxx	DJSI world	ESI
Accor	yes	yes	yes	yes	no
BNP Paribas	yes	yes	yes	yes	no
Credit Agricole	yes	no	no	no	no
Danone	yes	no	yes	yes	yes
Lafarge	yes	yes	yes	yes	yes
Michelin	yes	no	yes	no	no
Renault	yes	no	yes	no	no
Societe Generale	yes	yes	yes	yes	no
Sanofi Avensis	yes	yes	yes	yes	no

In our opinion, if a company comprised in a classic index, is also included in a significant number of ethical indices, this constitutes a proof of combining the two goals of any company: financial profitability and sustainable development. These companies could provide a benchmark for investors and for organizations which launch the ethical financial products. However, it is difficult to assess, over a certain time period, to what extent companies in stock market indices can be found in the composition of one or more ethical indices, because they are reconfigured annually, and companies that do not meet the ethical requirements are excluded from the index listing.

3. Comparative approach, at the methodological level, of ethical and traditional indices

The involvement of financial institutions in ethical finance and the orientation of individual and institutional investors towards socially responsible investments have led to the launch of a specific type of indices, which include in their composition only companies that show consistent concerns in the direction of sustainable development.

Ethical indices occupy a particular place in the range of indices, being devoted to the topic of a company's sustainability. Ideally, these indices signal those enterprises showing good results in all aspects of sustainability. For this reason one can rather talk about sustainable indices than ethical indices. Although in practice there are many ethical indices, their legitimacy is when it comes to real value in terms of sustainability.

The main reason for developing ethical indices lies in the desire of fund managers and investors on a better measurement of the performance reached by the companies in whose shares they may invest. Thus, investors unanimously agree that extra financial ratings, which evaluate the impact of a company business on society, environment and governance, complement the ratings of independent agencies on the risk of financial solvency of an enterprise, and may represent a confirmation of the value of the investment made, not only financially but also in terms of sustainable development.

In the process of building a social or ethical index, we have identified the following steps:

a) selecting a large sample of companies and financial institutions whose shares are listed on one or more regulated markets;

Most often, independent agencies assess the policies implemented and the enterprise's performance in the field of environment, social and corporate governance. Most institutions for enterprise evaluation start from the notion of sustainable development and the companies' analysis respond to investors' need. These use the information obtained in order to select companies in whose shares they'll invest. Most analyses are based on several exclusion criteria, which are defined either by agencies or clients, and aim controversial sectors such as armaments, tobacco, and alcohol.

b) applying a method of screening, scoring or a social audit for each company. The shares of companies that pass this test will be included in the index;

Companies' analysis in terms of performance is done based on positive selection criteria, in turn, risks and opportunities analysis is intended to the supply the best information for investors.

For a company or financial institution to be included in the composition of an ethical index, it must prove that it promotes corporate social responsibility, embodied in the involvement in sustainable projects, with positive impact on environment, interpersonal relations, and human rights. Institutions that launch ethical indices perform also a negative screening, meaning that they exclude from the sample considered those companies and institutions that sponsor or carry out activities in the following areas: nuclear energy, armaments, genetic modification, experiments on animals, gambling, tobacco, and alcohol.

It is important to mention that big scoring and rating agencies have established partnerships with companies producing indices, to create indices that gather the best values on social, environmental and governance. In this respect, the first socially responsible index was launched in the U.S. in the early 90s, by KLD. Currently there are 14 families of indices that constitute a benchmark of socially responsible companies: Aspi Euro zone, Calvert Social Index, Dow Jones Sustainability Indexes, Ethibel Sustainability Indexes, FTSE4Good indexes, Jantzi Social Index, JSE SRI Index, Kempen SNS Smaller Europe SRI Index, KLD Domini indexes, Maala SRI Index, Morningstar SRI Index, NaturAktienIndex, RepuTex Sri Index, SIX/GES Indexes.

c) some ethical indices weight every share included in the index with a percentage specific for the belonging to different economic sectors;

It is very difficult to find an important enough sample of large companies that meet the sustainability criteria. Regional and sectoral distribution of enterprises in a sustainability index is

not always very fair. Some areas have a higher share in a sustainable index than in the traditional one. For example, technology and telecommunications companies, relatively young, can quickly be included in a portfolio of sustainable investments, as these companies exert a lower environmental pressure than that of heavy industry conglomerates.

Thus, there is a tendency to decrease the sustainability criteria and to apply a series of corrections in order to obtain uniform assignments. Other indices keep intact the heterogeneous nature of sustainable development. Studies show that a less uniform distribution does not show a clear loss of efficiency, even if short-term results are unfavorable.

The composition of every index lies in the methodology of the agency that has proposed it and in the assessment criteria of each of them, which trains difficulties of comparison between the ethical indices.

d) the value of the index is determined by applying Laspeyres formula, using as weights market capitalization and free float;

It is estimated that the analytical methods used by rating agencies are numerous and divergent. Analyzing the points of disagreement, the criterion for exclusion is a sore point. Another criterion used is the lack of dynamism and predictability of a company activity. The fundamental issue is not whether at some point ratings reflect performance and social or environmental risks of a company, but especially if these ratings are foreseeable, such as financial ratings.

e) recalculating the index, usually annually, following the updated list of companies included in the index.

The main reason for which a share is excluded from an ethical index, at the annual reconfiguration, is that it no longer qualifies for the ethical requirements of the entity that calculates the index or it has been a process of consolidation in form of merger or acquisition. Regarding traditional indices the criteria for inclusion in the index are clearly indicated by the capital market authority as conditions of performance and efficiency, that may vary from index to index. In the following lines we have summarized the most common selection criteria for determining the composition of several traditional, sin indices.

In order to include a share in a traditional index a first condition is fulfilling the listing requirements for the first category of the stock market, a feature of efficiency and safety that emphasizes investment in shares of companies stable and strong, called blue chips. This criterion is valid usually for the most important indices of a stock market.

Another important criterion in selecting shares that will become a part of a traditional index is the liquidity of shares. Liquidity can be defined as the volume of transactions in a given time horizon or as a percentage of the volume of transactions carried out with the index component shares in total transactions conducted in that stock market or, in some cases, as the minimum volume of daily transactions for a specific title.

Other inclusion criteria in order to compose a traditional index refer to the market capitalization of shares, a condition that also applies to the indices that are not weighted by market capitalization, conditions related to the weighted value of all actions that should be available on the market, conditions of selection of the shares to be included in the index to ensure the index diversification, conditions related to the scope of the issuing company, criterion used in determining the sectorial indices. It can also be required that the shares included in the index structure need to be issued by a local company (FT-SE 100 index, Nasdaq, DAX) - this is a condition related to membership in a particular country, demands related to a certain period of time when listing shares on a stock market in order to be part of a traditional index (Topix, Nasdaq), additional conditions specific to certain indices or other listing criteria necessary in a particular stock exchange.

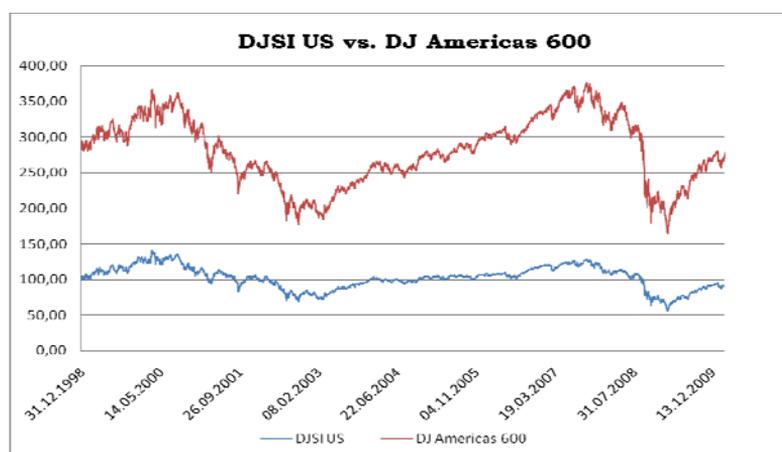
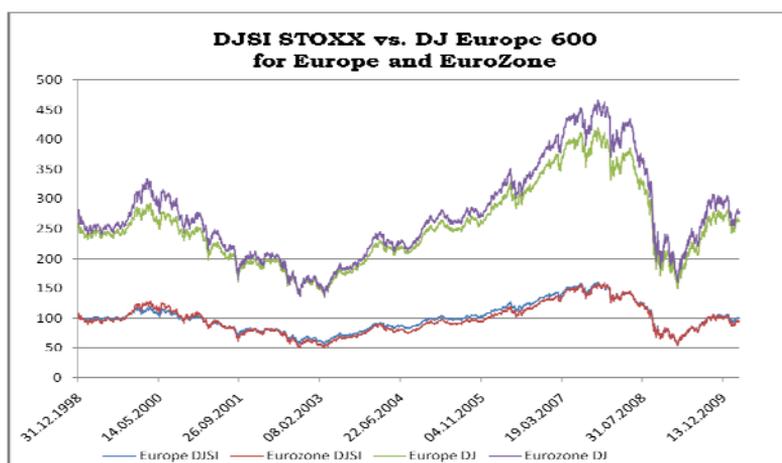
For the Romanian capital market the admission to trading of financial instruments on the regulated market managed by Bucharest Stock Exchange has to meet the *National Securities*

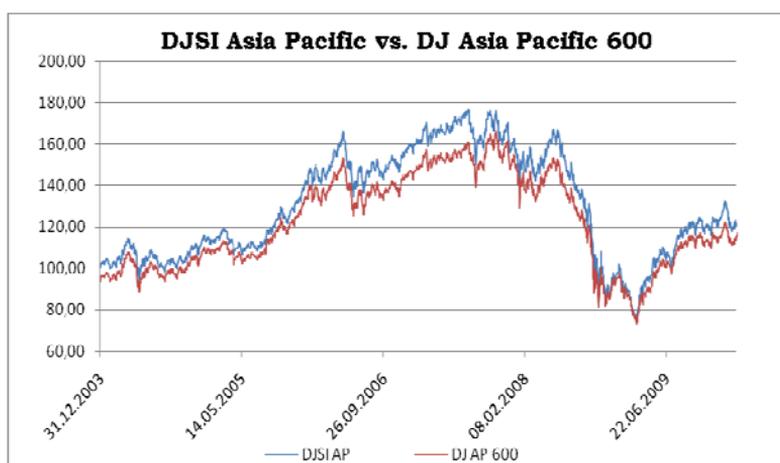
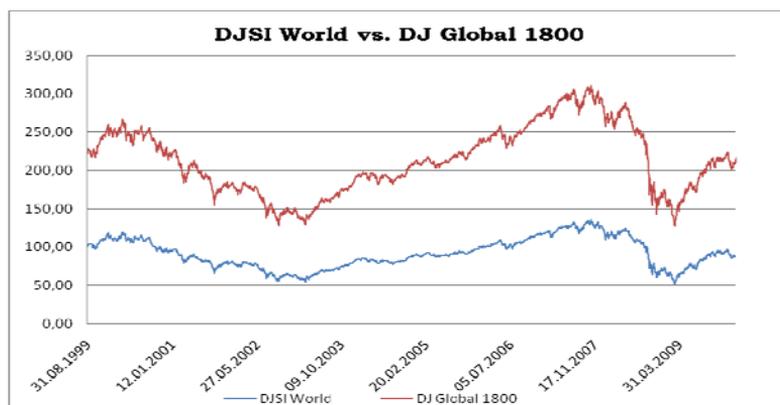
Commission regulation 1/2006 - Prospectus for admission to trading and the participants have to comply with the *capital market law 297/2004* and follow the regulations issued by the National Securities Commission regulation and Bucharest Stock Exchange.

Analyzing the traditional indices case, the procedures of excluding the shares of a company from an index are stipulated in specific laws and regulations of each stock market and are based on similar criteria to those of ethical indices. Excluding shares from a traditional index occurs when reviewing that index during the periodic adjustment horizon when the shares no longer meet the criteria for inclusion in that index or if the issuing company held a corporate event (capital increase/reduction, split/consolidation).

For graphical analysis and comparison between ethical and traditional indices were used daily data series at continental and global level of representation. For the graphic study the following periods and indices were used: 31.12.1998 - 26.03.2010 for the evolution of the Dow Jones STOXX Sustainability Index (DJSI STOXX) and Dow Jones EURO STOXX Sustainability Index (DJSI EURO STOXX) vs. Dow Jones Stoxx 600, both for Europe and EuroZone, 31.12.1998 - 26.02.2010 Dow Jones Sustainability Index U.S. vs. Dow Jones Americas 600 for U.S., 31.12.2003 - 26.02.2010 Dow Jones Sustainability Index Asia Pacific vs. Dow Jones Asia Pacific 600 for Asia Pacific area and 31.08.1999 - 26.02.2010 Dow Jones Sustainability Index World vs. Dow Jones Global 1800 for evolution at global level.

The results obtained are presented in the next charts:





Graphic analysis revealed a correlation between the evolution of ethical and traditional indices, but also with significant differences over some periods of time, the amplitude of changes could be regarded as a marker for the differentiation of the two types of indices. It may be also noted that ethical indices generally follow the same trend as traditional indices, but not so sharp. This steep reaction to shock, most obvious in the case of traditional indices, may indicate a more pronounced volatility of these indices versus ethical ones.

While for Europe, including the euro zone, U.S. and globally between the two categories of indices are significant differences, for Asia Pacific area the path of the ethical and traditional indices is close, even overlapped for some period. Moreover, the potential existence of a strong correlation between ethical and traditional indices in the Asia Pacific region was reported several years ago as the result of both the investment preferences of individual and institutional investors. Thus, in a study by Ambachtsheer (2005) is stated that 89% of investment managers in Asia and 69% of investment managers in Europe believe that in the next 10 years, socially responsible investment (SRI) will enter the current flow of investment, while only 36% of U.S. investment managers share this view.

Most studies that compare performance of ethical versus traditional investing strategies could not find clear evidence of a low performing over the socially and environmentally responsible choices of investments. Thus, in parallel virtue-vice, the return on investment on ethical principles versus the investment performance in which is not enhanced the social

responsibility component, the investment decision may subscribe to financial and also nonfinancial preferences for an individual investor.

Conclusions

From the topic presented one can depict the increased relevance of ethical indices and their correlation with traditional ones. The signals provided to investors about sustainable finance are the most important aspect that requires justification. Such a trend in the Romanian capital market would mean that the launch of an ethical index be made by a competent body, enabled to select those companies on the base of a sustainable development criterion. Thus, companies that apply the principles of corporate governance, have a greater transparency of information and apply the principles of CSR will be included in the structure of the ethical index. From the current composition of BET index, the company Petrom is listed as being in the top of those who meet the criteria of sustainable development and ethical finance. Also, in the index composition one can include banks, their selection being performed based on: transparency in relation to depositors, the degree of impact of projects financed, collateral type, involvement of all categories of participants (borrowers, lenders, shareholders, employees, etc.) in the process of decision making. In our opinion, the banks having a favorable impact on ethical finance are CEC Bank and Societe Generale.

We believe that the current flow of publications on this subject is given a space too small and there are no quantitative approaches of some relevant aspects of ethical banking activity. Also, among all recommendations of the European Committee for Banking Standards for sustainable development there are not references to the role of ethical banks in mobilizing funds with favorable impact on the environment and sustainable development. In the Romanian banking system we have identified activities that may be associated with ethics only in certain sides of it.

Thus, corporate social responsibility (CSR) is incorporated in the activities of BRD Societe Generale (the main shareholder, Societe Generale, is included in the portfolio of ASPI ethical index), following the import of this vision from the mother bank. On the other hand, CEC Bank was declared the *green bank* of the year 2009, as it has funded projects with favorable impact on the environment. In this context, it is necessary to promote CSR and especially the visionary type of corporate social responsibility, based on emotional intelligence and a proactive attitude, subordinated to the positive impact on society and environment and it is imperative to include in the credit institutions ethical values and criteria.

References

1. Allianz Global Investors (2008) First-of-Kind Nationwide Survey Finds: Individual Investors see major opportunity to put some green in their portfolios, *Press release* 22 January 2008.
2. Ambachtsheer J. (2005) SRI: What do investment managers think?, www.merceric.com.
3. Boston Consulting Group (2009) Capturing the green advantage for consumer companies, *January 2009 report*.
4. Criterion Investments Limited (2008) Growing Demand for Green Investments a Hot Topic for Canadian Financial Advisors, www.emediaworld.com
5. Devin S. (2003) Les fonds éthiques: critères de notation, Communication à l'atelier développement durable de l'AIMS, mai.
6. EIRIS (2009) Ethical finance: does Britain care?, *News Release* 18 November 2009.
7. Elien G. (2009) La notation extra-financière, un regard plus global sur l'entreprise cotée, <http://www.linternaute.com/argent/bourse>.
8. Greycourt & Co (2008) The financial crisis and the collapse of ethical behavior (*white paper no. 44*)

9. Husson A.C. (2005) A quoi servent les indices éthiques?, <http://www.novethic.fr/novethic/agence-de-notation-extra-financiere/investissement-ethique>.

10. Lobe S., Roithmeier S., Walkshäusl C. (2009) Vice versus virtue investing, electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1089827>

11. Statman M. (2005) Socially responsible indexes: composition, performance and tracking errors, *Santa Clara University, Leavey School of Business*

FINANCIAL SECURITY - A FUTURE PERSPECTIVE

Veronica Adriana POPESCU*
Gheorghe N. POPESCU**
Cristina Raluca POPESCU ***

Abstract

While the GSEs dominated the securitization market during the 1980s and 1990s, by 2000 they began losing market share to private financial institutions as more and more sub-prime mortgages began to be securitized. As the securitization market came to be dominated by the financial sector, it grew more complex, and more opaque. Not only did the market become riskier and less transparent, but it shifted into a financial world that was unregulated and little understood. As banks, brokers, hedge funds, and other institutions utilized new financial innovations to maximize their exposure to these products, they fuelled the demand for risky mortgages and inflated the bubble that ultimately burst in August 2007.

Keywords: *financial security, innovation, credit markets, debt obligation, credit insurance, credit rating agencies*

Introduction

By allowing banks to sell whole loans off their books, and by distributing risk according to the risk appetite of investors, it has lowered the cost of lending for all and facilitated the extension of credit to new borrowers who otherwise would be shut out of credit markets. However, as the market became increasingly opaque and complex, new instruments based on technical computer models were wildly traded by highly leveraged institutions, many of whom did not even understand the underlying models. In good times, these arcane instruments were sources of enormous profits, but their complexity and the lack of any serious infrastructure and public information about them created a massive panic in the financial system that began August 2007.

1. Financial Securitization, an Innovation Extremely Beneficial for the Credit Markets

One of the central reasons the current crisis has been so severe was that much of the sub-prime mortgage exposure has been concentrated in the leveraged financial sector. The term “leverage” typically refers to the use of borrowed funds to magnify returns on any given investment. If asset prices are rising, and the cost of borrowing is low, then banks will naturally try to maximize their exposure to rising asset prices by borrowing as much as they can. While borrowed funds are central to the concept of “leverage,” its definition can expand to any instrument through which a bank can magnify its exposure to a given asset.

2. Collateralized Debt Obligations

As the securitization of mortgages increasingly became an affair of the private financial sector, it spurred further innovation in products that in good times generated large profits, but have also been the source of some of the biggest losses since the crisis unfolded in 2007. Collateralized Debt Obligations (CDOs) represented a further step into the new world of securitization that really exploded after 2000. CDO issuers purchased different tranches of “mortgage-backed security” and pooled them together with other “asset-backed securities” (ABS). The other ABS was largely backed by credit card loans, auto loans, business loans and student loans. A “senior” CDO was

* Associated Professor, Ph.D., Academy of Economic Studies (e-mail: popescu_va@yahoo.com)

** Professor Ph.D., Academy of Economic Studies (e-mail: popescu_gh_cafri@yahoo.com)

*** Assistant Ph.D., University of Bucharest

made up predominantly of the highly rated tranches of MBS and other ABS, while “mezzanine” CDOs pooled together a higher share of junior tranches.

Indeed, a CDO essentially re-applied the structure of an MBS. A CDO could thus further re-distribute the risk of its assets by re-tranching and selling off new securities. In a seemingly miraculous form of “ratings arbitrage,” a middle-sized CDO could pool together low-grade junior tranches of MBS and other ABS and could convert some of them into new senior AAA-rated securities. The payment stream of an AAA-rated tranche of a middle-sized CDO was thus based on junior-rated MBS and ABS. The issuers worked directly with ratings agencies to structure the CDO tranches so that they could optimize the size of highly-rated tranches in order to lower the funding costs of the CDOs; However, the higher the share of senior tranches, the lower the subordination and thus protection of those tranches. As an additional protection, CDO issuers would purchase credit default swaps (CDS) or credit insurance to raise ratings on the securities they issued. However, when a wave of CDO downgrades hit in 2007, many previously highly-rated tranches became exposed to losses. In practice, therefore, the reduced net risk exposure that CDOs appeared to embody was mostly illusory and, importantly, this second round of securitization made it even more difficult for investors to determine what risks they were actually taking.

The first CDO was created in 1987 by the now-defunct Drexel Burnham Lambert, but this security structure was not widely used until the late 1990s when a banker at Canadian Imperial Bank of Commerce first developed a formula called a Gaussian Copula that theoretically could calculate the probability that a given set of loans could face correlated losses. Annual CDO issuances went from nearly 0 in 1995 to over \$500 billion in 2006. As CDO issuances grew, so did the share of them that was devoted to mortgages: Mason and Rosner (2007) tell us that 81 percent of the collateral of CDO’s issued in 2005 were made up of MBS, or about \$200 billion total. Thus, during the last several years of the housing bubble, CDOs increasingly funded mortgage loans, especially sub-prime ones.

Indeed, Mason and Rosner (2007) go even further to explain the insight that CDOs added significant liquidity to, and thus helped fuel the demand for, sub-prime mortgages and MBS. They estimate that in 2005, of the reported \$200 billion of CDO collateral comprised of sub-prime MBS assets issued in that year, roughly \$140 billion of that amount was in MBS. They then use figures from the Securities Industry and Financial Markets Association to estimate that roughly \$133 billion in MBS tranches were issued in 2005. Thus, CDOs purchased more MBS tranches in 2005 than were actually issued that year! While these estimates are not precise, they make the clear case that CDOs provided nearly all the demand for lower-grade sub-prime MBS during the later boom years, and in so doing provided a critical credit source for sub-prime mortgages, fuelling demand and bringing the crisis near.

3. Structured Investment Vehicles and Off-Balance Sheet Entities

One of the constraints on banks and some other institutions is that they must meet capital requirements, that is to say, they must fund a given percentage of their assets with shareholders’ capital rather than with some form of debt. Capital requirements for banks are mandated jointly by the FDIC, the Comptroller of the Currency, and the Federal Reserve. As we will observe in a forthcoming article, since 1989, when the international Basel Accord went into effect, U.S. banks have had to meet both the Basel requirement and a separate U.S. standard. Capital requirements lower the profitability of the banks, since they limit the extent to which banks can leverage any initial shareholder investment.

Naturally, therefore, banks looked for ways to circumvent the requirements. The favoured means of getting around these mandated capital requirements became what were known as Structured Investment Vehicles (SIVs), an off-balance sheet SPV set up by banks to hold MBS, CDOs and other long-term institutional debt as their assets. By dodging capital requirements, SIVs

allowed banks to leverage their holdings of these assets more than they could on their balance sheets. To fund these assets, the SIVs issued asset-backed commercial paper (ABCP) and medium term notes as their liabilities. Because they obtained the legal title of “bankruptcy remote,” SIVs could obtain cheaper funding than banks could, and thus increased the spread between their short-term liabilities and long-term assets. SIV assets reached \$400 billion in July 2007.

Until the crisis hit in August 2007, this business model worked smoothly because a SIV could typically rollover its short term liabilities automatically. Liquidity risk was not perceived as a problem, as SIVs could consistently obtain cheap and reliable funding, even as they turned to shorter term borrowing. Technically, the SIVs were separate from the banks and hence did not add to the banks’ capital or reserve requirements. Once the SIVs ran into financial trouble, however, the banks took them back onto their balance sheets for reputation reasons, to avoid alienating investors and perhaps to avoid law suits.

4. Leverage and the Push to Short-Term Borrowing

This increase in leverage was linked to the prolonged rise in house prices and asset prices across the board. Adrian and Shin (2007) illustrate the perhaps counterintuitive, but extremely important, it showed what was going on behind the curtains as a result to all these actions. If banks were passive, their total leverage would fall. However, financial institutions are far from passive; when asset prices are rising it is highly unprofitable for a bank to be under-leveraged and they will look for ways to utilize their new surplus capital. This search to utilize surplus capital means banks will look to further expand their balance sheet and increase their leverage. As the authors put it, “aggregate liquidity can be seen as the rate of growth of aggregate balance sheets.”

In the context of the housing crisis, a feedback loop was created as the sustained rise in asset prices in mortgage-related products increased the net worth of banks, which, in turn, fuelled the search for more leverage and further increased the demand for these assets.

When the crisis hit asset prices plummeted, and the feedback loop worked in the opposite direction as leveraged institutions found themselves exposed with very little capital and sharply increased leverage and were forced to shrink their balance sheets.

Investment banks were not supervised like deposit-taking commercial banks and did not have the same capital requirements, thus they were able to increase leverage to a greater extent. Institutions such as Bear Stearns and Lehman Brothers borrowed at very short term and held risky longer-term assets, with low levels of capital or reserves to cover changing market conditions.

One of the favourite instruments of short-term borrowing for investment banks became the overnight repurchase agreement, or “repo loan”. To oversimplify, Bank 1 sells a portion of its assets to Bank 2, with the understanding that it will buy back the assets the next day at a slightly higher price. This process was deemed a low credit risk during the good times, but had profound systemic implications because it connected financial institutions to each other so that when one got into trouble, its problems spread to the other institutions with which it was trading. Overnight repos became an increasingly important source of funding for investment banks. Brunnermeier (2008) shows that from 2001 to 2007, overnight repos as a share of total investment bank assets grew from roughly 12 percent to over 25 percent. That is, by 2007, investment banks were rolling over liabilities equal to one quarter of their balance sheet overnight.

As discussed above, ABCP were issued by off-balance sheets. Like repos, ABCP was a form of “collateralized borrowing.” As many large banks set up off-balance sheet entities to escape regulatory scrutiny, ABCP became an important source of funding for many large institutions. Overnight ABCP, like repos, increasingly became a way for banks to rely on shorter and shorter term borrowing to fund their assets. This source of funding was cheaper than longer-term borrowing. When short-term liquidity funding like ABCP and repos suddenly dried up, financial institutions effectively found themselves exposed with very little capital and no sources of profit.

5. Credit Insurance – Developments at the Present Moment

The process of securitization was further aided by the growth of credit insurers and Credit Default Swaps (CDS).

The first forms of credit insurance were developed by MBIA and Ambac, which had emerged in the early 1970s to back municipal bond issues. These insurance companies had very strong credit ratings and they sold default insurance to issuers of municipal bonds.

The mono-lines collected fees and the municipal borrowers ended up with lower net costs even after paying the fees. This proved to be a good if not exciting line of business because defaults are rare on municipal bonds. Having developed this line of business, the mono-line companies, along with banks, hedge funds, and financial guarantors such as AIG expanded their business model into structured products related to the housing market, selling Credit Default Swaps to insure holders of MBS, CDOs and other assets against mortgage default risk. So, the CDS became an instrument for financing the other institutions. However, these transactions were not overseen by any regulatory body. They were done in Over the Counter (OTC) markets, so that no one other than the two parties knew the terms of the contract. Thus, there exists no public knowledge as to how many CDS transaction most institutions have made.

Furthermore, there are no minimum capital or asset requirements for the protection seller, so there is no guarantee that in the case of default the seller will have adequate funds to make full payment — an issue called “counterparty risk,” which has especially become a concern since Bear Stearns, a giant derivatives trader, collapsed in March 2008. All this were happening when the executives from the financial institutions that were issueing CDS were stating that there is no scenario within any kind of realm of reason that would see them losing one dollar. Just over a year later, the federal government provided AIG with an \$85 billion loan to cover losses it faced on its CDS contracts, and then an additional \$38 billion.

Especially since 2000, the business of insuring mortgage-related assets, along with corporate bonds and other assets grew exponentially. AIG, a financial guarantor, had itself sold nearly \$500 billion worth of CDS — most of it insuring ill-fated CDOs. According to Fitch (2007), hedge funds drove nearly 60 percent of CDS trading volume in 2006. As the CDS market spread further into the unregulated, opaque financial world, its enormous scale and systemic implications went largely unnoticed until the crisis hit in August 2007.

Credit insurance and CDSs may be seen as valuable innovations because by assuming the default risk of a transaction, they facilitate lower funding costs and easier access to funding liquidity for institutions that may otherwise not have access to it. In May 2006 Alan Greenspan called them the “most important instrument in finance,” adding, “What CDS did is lay-off all the risk of highly leveraged institutions...on stable American and international institutions.”

However, this powerful tool became a big problem because of the enormous size of the market and institutions misused it. Financial institutions used to leverage their exposure to an asset class and put very little capital on the line.

Furthermore, contrary to Greenspan’s 2006 comment, the biggest source of recent growth in the CDS market was not among stable institutions, but rather among unregulated highly leveraged institutions like hedge funds and investment banks.

Insurance for life and property and casualty, on the other hand, are highly regulated and very capital intensive.

6. The Credit Rating Agencies

The lack of transparency of CDOs made the market reliant on the grades of ratings agencies as a signal of the risk of CDO assets. All these were done even tough CDOs are themselves such complex instruments and a judgment of risk is very difficult.

The principal rating agencies – Moody’s, Fitch and Standard & Poor’s -- used complex quantitative statistical models called Monte Carlo simulations to predict the likely probability of

default for the mortgages underlying the CDOs. The information fed into these models to calculate default probabilities consisted of the characteristics of the mortgage pool, in terms of credit scores of the borrowers, whether the mortgages were for the borrower's primary residence, as well as historical default rates on similar mortgages. But this approach was problematic in that the historical default rates used in these models were largely from the years 1992 until the early 2000 – and the market went through many changes and they could no longer be considered safe or directly applicable. **The reduction of risk in a pool of mortgages depends on the extent to which default probabilities within the pool are not correlated. If there is a general downturn in housing across the country, then the probabilities of default go up across the board. Unlike the case of corporate bonds, where a ratings agency passively rates the risk of a company, not it was paying much attention to details.**

The ratings agencies advised CDO issuers on how to structure the CDO with the lowest funding possible. To do so, CDO issuers would work with the agencies to optimize the size of the tranches in order to maximize the size of highly-rated, lower yielding tranches. Since the agencies were receiving substantial payments for this service, it created a clear conflict of interest. If CDO issuers did not get the rating they wanted, they could try another agency, taking their fees with them – an act known as “ratings shopping.” Moody's profits tripled between 2002 and 2006 to \$750 million. While the rating agencies appear to have faced perverse incentives, it was the opacity of the entire system that magnified the effect of their poor judgment. Thus the three agencies became the effective arbiters of risk for the entire market in structured finance products.

7. A Timeline of the Initial Wave of the Crisis

December 2006 - Ownit Mortgage Solutions files for bankruptcy

February 8, 2007 - HSBC Holdings, a large London-based bank, announces a \$10.5 billion charge for bad debt

February 28 - Freddie Mac announces that they will no longer purchase sub-prime loans

March 13 – Mortgage Banker Association shows late or missed payments on mortgages rose to 4.95%, rising to 13.3%

April 3 – New Century Financial a large sub-prime mortgage lender files for bankruptcy

June 10-12 – Moody's downgrades the ratings of \$5 billion and places 184 CDO tranches on review for downgrade.

June 12 – Bear Stearns announces trouble at two of its hedge funds, because of deterioration in the value of highly rated mortgage backed securities

June 22 – Bear Stearns attempts to bailout its hedge funds by injecting \$1.6 billion in liquidity in the “Enhanced” fund, which has lost nearly all its value

July 31 – The two troubled Bear Stearns hedge funds file for bankruptcy

August 1 – French insurer AXA SA's money-management unit has offered to cash out investors in a billion-dollar bond fund after the fund shrank in size by about 40% in the last month.

8. Federal Reserve Policy, Foreign Borrowing and the Search for Yield

One of the culprits often cited for the financial crisis is the Federal Reserve's policy of keeping interest rates low for a long time in order to help the economy pull out of the 2001 recession. The unemployment rate was rising and inflation was falling more and more. The Federal Funds rate was moved down to 1 percent in mid 2003 and held at that level until mid 2004. With short term rates as low as 1 percent, many financial institutions struggled to earn returns they considered adequate. Money market mutual funds had trouble covering expenses and paying any return above zero to their investors, while other fund managers searched desperately for higher yielding assets without taking on undue risks. Therefore, the majority of the investors assumed high risks for fear of remaining without funds. Competing investment funds were advertising high returns and low risks. Because it kept short-term interest rates so low for so long, the Fed encouraged this behaviour.

Should the Federal Reserve have kept interest rates at a higher level, or raised them sooner in order to avert the housing price bubble? Edwin Truman and Michael Mussa of the Peterson Institute have both argued that monetary policy should be adjusted when there are clear signs of developing asset price crisis. Since the Federal Reserve is charged with keeping the economy on an even keel, there is a case that monetary policy should have become tighter sooner to counteract the overinvestment in housing. Some small amount of economic growth might have been sacrificed in 2003 to 2007, but to the benefit of economic growth later, if the slump had been avoided.

Douglas Elmendorf from the Brookings Institute has made the counter argument. He concluded that monetary policy was only a little too expansionary in the early part of this decade when judged by the outcomes of unemployment and inflation. Given the other forces affecting the aggregate economy, low interest rates were appropriate. He notes that countercyclical policy is a very blunt tool, and the impact on the overall economy would need to be very large to ensure that an asset price bubble was actually deflated. Thus, counting on the Fed to accurately assess asset price bubbles is problematic.

Conclusions

So if we think better at the price of those mistakes on the monetary market, maybe it would have been worth the price in terms of slower economic growth 2004-2007 in order to lessen the collapse we are now going through. While it is difficult to know for sure if there is an asset price bubble when it is happening, the fact that is crystal clear is that most careful observers of the housing market in 2006 knew that a collapse was very possible. Even if McCarthy and Peach were correct about there being no bubble in 2004, there sure was one a couple of years later. We now conclude that monetary policy, which kept interest rates so low, was one reason for the financial crisis.

Even so, it is a mistake to overstate the possible impact that might have resulted from different choices. Apart from Fed policy, one very important reason interest rates have remained low in the United States and around the world is because the supply of savings has been large relative to the demand for funds for investment. Because of the globalization of financial markets and because of all the money from around the world looking for returns, the U.S. economy was able to finance its housing boom at low interest rates.

We cannot know exactly what would have happened should the issues have been approached differently. But it seems highly likely that there would have been higher U.S. interest rates and less of a housing boom. The discipline in the federal budget developed in the 1990s was justified, correctly, on this basis. Generally, it is better to finance investment with savings generated at home, but if those savings are not forthcoming, it is better to keep investing productively and borrow the money. Without access to foreign funds, the U.S. economy would have invested less in all kinds of capital. The problem was the diversion of too much investment into housing that was not productive at the margin. Moreover, foreign investors have taken a big hit from their lending to

us as banks all across the globe have faced heavy losses on their assets related to US mortgages.

References

1. Dinu Marin, Cristian Socol, *The construction of the European model: from the spontaneous market to the market regulation*, The 2006 International Conference on Commerce, 25 – 26 March 2006, Academy of Economic Studies
2. Alexandru Manole, Universitatea „Artifex”, Bucuresti, Techniques of Turnovers’ Evolution and Structure Analysis Using SQL Server 2005, Theoretical and applied Economics – 7/2007 (512)
3. Cristina Raluca Popescu, Veronica Adriana Popescu, Gheorghe N. Popescu, New economy from supremacy – to the sudden crisis, *Metalurgia international* vol. XIV (2009), special issue no.12, ISSN 1582-2214
4. Gheorghe Popescu, Veronica Adriana Popescu, Cristina Raluca Popescu, “The global economy in crisis” – The reasoning behind the diagnosis to the world economy, The International Scientific Session, Challenges of the Knowledge Society, June 4-5th, 2009, http://www.univnt.ro/ro/sesiune_stiintifica.html
5. Gheorghe Popescu, Veronica Adriana Popescu, Cristina Raluca Popescu, Romania’s economy in the context of global economic crisis. Case study on the economic situation in the agroalimentary sector of Romania, The International Scientific Session, Challenges of the Knowledge Society, June 4-5th, 2009, http://www.univnt.ro/ro/sesiune_stiintifica.html
6. www.nineoclock.ro
7. www.zf.ro
8. www.forbes.com

BETWEEN EVOLUTION AND INVOLUTION – THE NEW GLOBAL WORLD, WITH ITS PROS AND CONS

Gheorghe N. POPESCU *
Veronica Adriana POPESCU **
Cristina Raluca POPESCU ***

Abstract

The world today is much more different than the one from a few decades ago. The very fast rhythm of development, the perspectives induced by the globalization, the release of new techniques and technologies represent only a few of the phenomena that animate the world today. The surprising fact however is the so much accelerated evolution that the economy of the world's countries has today. Therefore our material will treat the perspectives of the globalization and the actual economical crisis from the perspective of more economical elements, such as: the growth of financial flows and of foreign direct investments, the release of new techniques and technologies etc.

Keywords: globalization, financial system, technique and technology, economic growth

Introduction

The starting point of the globalization was the growth of the foreign direct investments during the period of 1980-1990. The foreign direct investments brought with them the informational revolution and the qualitative improvement of the technological systems in the communication domain. This led to the decreasing of transportation costs and to the dispersion of products production in different parts of the world in order to be assembled at the place where they will be commercialized. The globalization had a more rapid spreading after the collapse of the Bretton Woods system. The financial globalization brought the detailed knowledge of the foreign commodity markets as well as the development of financial transactions which now could have been made at any hour, in any corner of the world. The globalization phenomenon is supposed to be profitable for all the countries of this world but still it has been proven that powerful – developed and industrialized countries hold a considerable advantage in that which means profits obtained after the globalization. As a result the less developed countries or in course of development have a small level of benefits obtained from the globalization. In most of the less developed countries the labor force is exploited by the multinational companies because there the per capita income is small and the labor force is very cheap. The standard of living has grown very little or not at all in the countries that are exploited after the globalization, countries such as Eastern or South-East Asia, the countries from Sahara – Africa.

1. A world of Challenges: the Acceleration of Financial Flows and of Foreign Direct Investments

A. Financial Flows

The most dramatic element of the globalization in the last two decades was the rapid integration of the financial markets. The Bretton Woods system that was created after the Second World War was at the base of the accounts with closed capital and the fixed exchange rates. Therefore in contrast with the commerce and foreign direct investments where the gradual

* Professor Ph.D, Academy of Economic Studies (e-mail: popescu_gh_cafra@yahoo.com)

** Conf. univ. Ph.D, Academy of Economic Studies (e-mail: popescu_va@yahoo.com)

*** Asist. univ. Ph.D University of Bucharest

liberalization was initiated, the financial globalization was not even on the agenda of that time. The world was living with a system of separate national financial markets.

This began to change in 1973 with the collapse of the Bretton Woods system. But it was not an immediate rush in liberalizing the capital accounts. This only began in the industrialized countries at the beginning of the 1980's with an ulterior increase of the capital flows between them.

As it was mentioned, **the global monetary system** suffered three revolutions, all in the same time: liberalization, internationalization and innovation. **The financial liberalization** created the ecological politics for the extension of the capital's mobility. However **the rise of capital flows** was impelled by the informatics revolution and the communication technology. This made possible the improved and faster knowledge of the foreign markets, the worldwide development and at any hour of the financial transactions and the appearance of new financial instruments especially of derivatives.

The tendency towards the financial liberalization started even since the end of the 1980's. This varied from simple steps such as unifying the trade rates and removing the surveillances of the credit allocations in the domestic market to the full development of the financial system's liberalization that included opening the capital accounts. In the developing countries the second type of reform was initially restrained to a group of countries with medium wages, with a relatively larger range of activity of the institutions of financial intermediary that included the obligations and markets with their own capital. The action in terms of increased private financial flows from North to South was concentrated in these developing markets.

These flows consisted of elements such as investments in the markets with their own capital of those countries by the investment accounts (a great deal which was from the part of the pension funds), the bank loaning the corporatist sector, and short term speculative flows especially in the monetary markets. Loaning through the international bank of bonds has also increased in the 1990s at the beginning of the financial globalization.

B. Foreign Direct Investments

At the beginning of the 1980's, **the foreign direct investments** started to increase absolutely as well as percentages from the gross domestic product. Even since the year 1980 the political environment in the entire world has favored a lot more the increased foreign direct investments. Throughout the 1990's the number of countries that adopted significant measures of liberalization of the foreign direct investments grew constantly. Indeed many of these hopes were not fulfilled. In spite of the rapid flow of growth of foreign direct investments in the developing countries the investments remain concentrated in approximately 10 countries of the world.

Besides their increased volume the nature of these investments also changed. The informational revolution and the communication technology one, associated with the decreased transport costs, made possible on a multinational level the excessive growth of the goods and services production on a technical and economical level. The production processes could have been scattered and located along the globe in order to exploit the economical advantages that appeared from different costs, the salesmen's availability and the propitious character of the investments climate. In consequence the components and parts can be sent in the entire world and assembled according to everyone's own desire. The communication revolution made the coordination and control of these dispersed production systems possible.

2. The Technique and Technology – a Continuing Evolving World

The industrialized countries were the source of the technological revolution that facilitated the globalization but the revolution had an effect of a gradual influenced growth over the rest of the global economy. At some point the new technology changed the international advantage comparatively making the understanding an important factor of production. The advanced technology industry and the one based on knowledge are the fastest sectors that develop

in the global economy and the successful economical development will eventually start to demand for the countries to be capable to enter and compete in these sectors. This implies that they will have to emphasize their investments in education, training and in knowledge distribution.

Nevertheless there are serious imbalances between the North and South in the access to information and technology, like in the case of transactions and foreign direct investments. Almost all the new technologies originate from the North where most of the research and development processes take place. This is an important resource in dominating the multinational firms on the global markets and their power of negotiation with regard to the developing countries' governments

The effects of this new technology have spread a lot over the economical domain although they are still developing now. The same technology that permitted the rapid economical globalization was also exploited for general use by governments, civil societies and individual people. With the distribution of the internet, electronic mail, low cost international phone services, mobile phones and electronic conferences, the world has become more interconnected. The vast and rapid growth of the information supplies that can be from science to general knowledge can now allow access from any location in the world that is connected to the internet. This can be transmitted and discussed just as easy. In the same time the satellite television and electronic press formed the forth veritable condition.

3. Inter-Relations in the Globalization's Economic Plan

These **changes in commerce, foreign direct investments, financial flows and technology distribution are growing parts of a new entire system.** An implicit common factor is that all the elements have necessary evolved in the context of economical liberalization growth and the continuing increasing influence of the market global forces. This is a profound change that affects the states' role and the economic agents' behavior.

The commerce and foreign direct investments have become more closely interspersed while the global production system shapes more and more trading patterns especially through the rapid growth of commerce components between the firms. **The multinational companies** are estimated to be responsible of two thirds of the global commerce while the trade between firms of the multinational companies and associates is responsible for one third of the global exports. At the same time the commercial components and intermediary goods have grown. The qualitative changes in the global commerce structure and a rise in the commerce of components and the intermediary contributions are probably as significant as the quantitative rise in commerce. Simultaneously the portfolio of investments and other financial flows have become and increasingly important determinant of the macro-economic environment that shapes trading patterns and investments in the real economy. In an identical manner the distribution of new technologies also had a profound effect on the comparative advantage, firms' competitiveness, work request, labor organization and on the nature of the working contract.

4. The Environment of Economic Growth Politics and its Favorable Elements

One of the background factors of the increased globalization was a change in the economic thinking which became more pronounced in the 1980's. While the industrialized countries were in a period of a slow increase of the economy combined with a high rate of inflation and unemployment, a significant number of developing countries fell into a debt crisis and were in economical retrogression. This led to rethinking the prevailing economic models in the dominating countries as well as in the developing ones. An element of this revision in the developing countries was related to the import's substitution politics that began even before it ended. This contrasted with the obvious success of the industrialized politics oriented towards exports of the newly industrialized economies of Eastern Asia.

For some annalists the end of the bipolar world also meant the disappearance of any

systematical alternative to the market economy. From this point of view, as a result also, the free market globalization exploded in 1990. As a coincidence this was also the period when the explosive rise of the internet took place, thus giving a technological impulse to this process.

5. The International Commerce from a Globalization Perspective

5.1. Historical Elements in the International Commerce Evolution

Meanwhile the institutional context for the international economical relations has begun to change. A new round of the commerce's multilateral negotiations launched in 1986 founded the transformation of GATT in WTO in 1995. An essential change was that of enlarging the commerce negotiations agenda a lot more over the tariffs reduction imposed by the GATT and other direct commerce barriers. Subjects that until now had not been considered as commerce problems such as the services, intellectual property rights, the politics of investment and competition measures, are now considered to be in the range of commerce negotiations.

The rational point for this was that these measures were also impediments for the free circulation of goods and services abroad. **Harmonizing the national politics** in these domains was considered to be essential for a deeper liberalization of the global commerce. The same logic could have also been applied to a number of other aspects of the national politics and the regularization, especially when the objective of free commerce is extended to surround worries about the durable and fair trade. From here on some durable tensions appeared in what concerns the desirability of extending this list of global problems.

5.2. Global Production Systems

The appearance of global production systems which led to increasing the flow of Foreign Direct Investments created new opportunities for the growth and industrialization in the developing countries.

The growth of these global production systems was the most pronounced in the last generation technologies' industries (*electronics, semi-conductors etc*) and in the consumer goods industry (*textiles, clothes and footwear*). Also it began to be significant in the services sector where the technological development made it possible for the services such as software development, financial services and dispatchers to be supplied from different countries from the entire globe. This industry of the last generation technology experimented with the highest growth and now it constitutes the largest component of the exports fabricated by the developing countries. In these industries the production of parts and components is made by subsidiaries of multinational firms located in the developing countries. The biggest part of the research and development and other sophisticated technological functions are made in industrialized countries.

In the intensive industries that are labor consumers, the image is different. The multinational firms project the product, specify the product's quality and so on, and then designate their production to local firms in the developing countries. They also exert control over the production's quality and duration, which is often subjected to changes in projection and volume. The conducting force is the flexible one and adjustments are welcomed in the case of the clients' changeable request with minimum inventory costs. It is a global system of immediate production. The multinational firms also control the product's marketing; the firm and logo are and important source for power in the market and incidentally of great luck.

6. The Global Financial System

Since the financial flows got to be a lot bigger than the official flows, the role and influence of the private actors such as banks, high risk and gain funds, action funds and the payment agencies have substantially grown. As a result these financial private agencies now exert an unprecedented power over the economical politics of the developing countries especially in the market economies that appear. The payment agencies determine if the countries can have access to the infinite loans and if so to their costs.

The increased influence of the private actors over the financial global system should lead to a greater efficiency in allocating financial resources from the entire world as well as the associated benefit of exerting the so much needed market discipline over the developing countries' governments. Nevertheless the financial markets even on a national level are typically one of the most imperfect markets. There are some severe problems of the informational system's collapse, especially that of informational asymmetries.

These problems are amplified on a global financial markets level, where the international creditors can have limited and poor information about the local debtors. For example the worries that concern the operations of funds with high risk and benefits have grown and also those that concern the credit agencies and the honesty of some big international investors after some recent corporatist scandals. This leads to a credit extra extension including the unsecured local banks and firms. The perceptions that can solve this process are those of the implicit guarantees of the stability of the exchange courses and the saving plans.

Another important source of the decline in the global financial market is the absence on this level of the efficient institutions of market surveillance as it exists on national level.

The global financial system was marked by an increased series of financial crisis of rigidity and frequency. The negative impact of these crises was devastating thus erasing years of economical earnings previously achieved and therefore causing high social costs through the poverty and unemployment growth.

7. The Impact of the Globalization

The combined and interactive effect of this development among commerce, foreign direct investments, finance and technology, had a profound and diversified impact over the different economic sectors, types of enterprises, categories of workers and social groups. This section emphasizes some of the ample changes that took place.

We start by **laying the foundations of the perspective from which we will evaluate the globalization's impact**. Our primer concerns are that all countries should benefit of the globalization and also the living standards of all the people across the world should rise. This would imply the increase of the economic rate in the poor countries, the reduction of global poverty and not to increase the inequalities or undermine the social-economical security in the countries.

It is thus unanimously accepted that the test for the actual globalization process is whether it will significantly increase the development's acceleration and reduce the absolute world poverty and if it will assure the economical, social and ecological sustainability.

The social impact of the globalization does not only reduce to the countries that were marginalized by the process or to those with fewer achievements in their attempts to integrate in the global economy. Even in the countries with a relative success the significant social costs are implied under the shape of costs of transitional adjustment which in some cases are big. China, for example, in spite of the sustained large growth had to deal with transitional unemployment problems which will probably intensify at the same time with the firm reform's increase owned by the state. Similar to the financial crisis in Asia even the countries with a reputation of economic performances can suffer great social costs.

7.1. Impact over the Economic Growth

A basic step in evaluating the globalization's impact is to look at what happened with the economic growth rate globally as well as across countries. The amazing factor here is that since the year 1990 the global increase GDP was slower than in the previous decades, the period of the most pronounced globalization. At least this result differs with the more optimistic prediction about the impact of the enhanced globalization growth.

The growth was also unequally distributed between the industrialized countries and the developing ones. In terms of increased incomes per capital only 16 developing countries have

grown to more than 3 percentages per year between 1985 and 2000. In contrast with this, 55 developing countries have grown less than 2 percentages per year and of these 23 countries suffered a negative growth.

At the same time the income difference between the strongest and the poorest countries has significantly grown.

This model of unequal growth shapes the new geographical world economy. The most striking change is the rapid economic growth in China in the last two decades together with a great gradual but significant improvement in the India's economic growth achievement, these two countries accounting together more than a third of the world's population.

Even though it is significant, China's and India's improvement is just a part of an image that reveals the unequal distribution of the globalization's benefits between countries. The industrialized countries with their initial powerful economic base and the abundant capital, knowledge and technological advantage have been well placed in order to earn substantial benefits from the increased globalization of the world economy.

Enlarging the global markets for goods and services provided new commodity markets for their exports while the emergence of the global systems of production and the liberalization of investments rules have generated new opportunities for their multinational firms thus increasing their area of global activity and the market power. Similar to this the growth of financial global markets has provided increased opportunities for investments with larger earnings in the upcoming markets.

On the other extent excluding from the globalization benefits the less developed countries which includes the majority of the countries in the South-Sahara African region, remains a stubborn reality. The less developed countries are caught in a vicious circle of interconnected handicaps that include poverty and illiteracy, civil conflict, geographical disadvantages, bad government and rigid economies much dependent on a single base product. In return many are also burdened by high external debts and badly affected by the continuing decline of the primary basic products' prices. These problems were aggravated by the continuous protection of the agriculture in the industrialized countries. This restricts the access to the market while the subsidized imports don't oblige the local agricultural producers.

7.2. The Impact of Commerce, Investments and Financial Liberalization

✓ **The financial opening** has also led sometimes to some misallocations of resources and an increase in the real costs of the capital. The misallocations appear when the informational collapse leads the foreign creditors to unsecured financial investments. The real capital cost is also increased when the governments raise the interests' rates in order to maintain the exchange rate's stability. Other side effects of the financial opening were the need to maintain a significantly larger level of reserves of foreign exchange and a higher vulnerability of the inter capital flow.

✓ **The economic opening** has limited the application domain for the implementing the anticlerical macro economical politics. The reason for this is the fact that the countries with a financial openness must give up on the autonomy in exchange for other exchange rates or for other monetary politics. Having in consideration the capital accounts the maintenance of a fixed exchange rate implies giving up on freedom in exchange for inter rate of interest while the control over the last one can be regained by allowing the exchange rate to be put into circulation. Furthermore it is often severely restricted by the foreign investor's requirement in the applied domain for the expansionary fiscal policy.

The globalization also affects public finances. Especially the tax rates have relatively dropped to more mobile production factors. In the richest 30 countries of the world the medium corporatist taxes level dropped from 37.6 per cent in 1996 to 30.8 per cent in 2003 (image 12). The fiscal stimulants for attracting foreign direct investments contributed to the collaboration of the medium level of tax rates. A similar phenomenon can be seen in the taxing of those with high incomes which are also more mobile. Between 1986 and 1998 the marginal rate of taxation on the

personnel income dropped in the vast majority of the countries, in the ones with high as well as with low incomes and often in a substantial way. These changes in the taxation rates do not necessarily the excise tax's incomes per total as well as the smaller taxes can cause the expansion of excise taxes and the growth of fiscal stimulants. In spite of this there is a concern regarding the distributional impact of these reductions of tax rates for the relatively immobile factors. A greater reliance on the indirect taxes and on the relatively immobile factors' taxes such as the labor market makes the excise taxes systems less progressive at some point when the incomes inequality was increasing in some countries with high or medium incomes.

Conclusions

The self-employment rate of the labor force which in many developing regions is an indicator of delegacy for the size of the informal economy that is higher in all the developing countries with the exception of Eastern and South-East Asia. Direct facts about the **employment in informal economy** are not easy accessed. This sort of growth is typically related to the stagnation or poor increase in the modern employment sectors and by the consequent growth in the absorption of labor force in the informal economy.

In the industrialized countries the achievement of occupying the labor force has also been mixed. In the last decade a constant growth of the unemployment took place in Japan but a sudden drop of it took place in some small European open economies, as well as in Great Britain. The United States also experimented with unemployment in spite of the substantial loss of working places in some manufacture industries, until the recent turn of events of the economic situation.

The inequality of the incomes has grown in some industrialized countries, this being reflected in the capital rate of the national incomes as well as in the increase of the payment equality between the middle of the 1980's and the middle of the 1990's. Even more remarkable was the rapid top rise, with 1 per cent of those with incomes in the United States, Great Britain and Canada. In the United States the share of this group reached 17 per cent from the gross income in 2000, a level that had not been seen since the year 1920. This fortune concentration was the primary factor for the increase in the inequality of the United States' incomes; the decreasing share of the last 10 wage earners has been dropping since 1995.

This emergence of fortunes is important to the globalization's annalists since the top wake earners are related to compensations paid by the multinational firms, the new business development with a global spreading and the firmament's globalization. **The high fortune concentration** is of such nature to imply the growing market and political power on a national as well as on global level, for those that benefited from this. It is also **an important influence over the people's perception of the globalization.**

References

1. Dinu Marin, Cristian Socol, The construction of the European model: from the spontaneous market to the market regulation, *The 2006 International Conference on Commerce*, 25 – 26 March 2006, *Academy of Economic Studies*
2. Alexandru Manole, Universitatea „Artifex”, Bucuresti, Techniques of Turnovers' Evolution and Structure Analysis Using SQL Server 2005, *Theoretical Applied Economics* – 7/2007(512)
3. Cristina Raluca Popescu, Veronica Adriana Popescu, Gheorghe N. Popescu, New economy from supremacy – to the sudden crisis, *Metalurgia International* vol. XIV (2009), special issue no.12, ISSN 1582-2214
4. Gheorghe Popescu, Veronica Adriana Popescu, Cristina Raluca Popescu, “The global economy in crisis” – The reasoning behind the diagnosis to the world economy, *The International Scientific Session, Challenges of the Knowledge Society*, June 4-5th, 2009,

http://www.univnt.ro/ro/sesiune_stiintifica.html

5. Gheorghe Popescu, Veronica Adriana Popescu, Cristina Raluca Popescu, Romania's economy in the context of global economic crisis. Case study on the economic situation in the agro-alimentary sector of Romania, The International Scientific Session, Challenges of the Knowledge Society, June 4-5th, 2009, http://www.univnt.ro/ro/sesiune_stiintifica.html

6. www.nineoclock.ro

7. www.zf.ro

8 www.forbes.com

OPPORTUNITIES AND OBSTACLES FOR INTERNATIONAL POLICE COOPERATION

Mădălina GODEANU¹

Abstract

International cooperation in the fight against organized criminality has become a problem more and more obvious and serious, both in the public perception, and in that of state authorities, especially when it comes to pressing political discussions. In the mean time, there is a series of conditions that make the evolution and development of international police cooperation more evolved and possible than ever. Addressing a crucial importance to this possibility, one has to follow two basic principles, based on values such as bilateralism, legitimacy and efficiency, not to mention substance, so that cooperation is able to mark progress, and not regress. The process by which international cooperation is realized, the harmonization, needs to meet four conditions; but there are serious obstacles in the way of fulfilling these objectives. Of the seven currents discussed in the field of international police cooperation, one – developing specialized workplace relations, has a grand future in bettering international police cooperation from now on.

Keywords: *International police cooperation, Cross-border criminality, Jurisdiction limits, Commission for Criminal International Police / INTERPOL, European Union / Globalization / Lisbon Treaty*

Introduction

The present paper covers the issue of international police cooperation, a matter of growing importance both for practitioners in the field of law enforcement and European policy makers, and for researchers and scholars who study the phenomenon from a sociologic approach.

In the world we live in currently, the phenomenon of criminality has reached a different dimension than that it did years ago. The evolution of technology and its interweaving in all fields of our life, along with the so controversial globalization and global governance, these are just two main reasons for which the dimension of criminality has reached such a level. As police practice proves, criminals are most of the times, one-step ahead 'justice makers'. This is precisely why police agencies all over the world have to put their forces together in order to address them properly.

It is police practice, again, that is the source of our insight and primary resource for the issues touched here: which are the main problems police officers encounter when it comes to conscripts and set rules, in respect to international cooperation? What are the obstacles for a successful joint police force? Are there any opportunities for police cooperation globally? Starting from a purely theoretical description of the state of facts, we are making some proposals for future reference on the issue discussed.

As a mere distant viewer, though accidentally involved in the controversial issue of international police cooperation nowadays, we are simply trying to present a set of personal ascertainments noticed while reading some literature in the field and subsequent to some discussions with police officers in the line of duty who hit onto some situations. Without the pretensions of giving out valuable judgments, we are presenting a set of facts and figures, emerged out of personal research experience.

Context

The modern, international security environment, as well as the international system in its whole, can be understood only in tight correlation with the international system modelled during

¹ Assistant, Ph.D. candidate, „Alexandru Ioan Cuza” Police Academy, Bucharest, Romania (m_godeanu@yahoo.com).

the cold war, the direct and unaltered results of which it is.² The international order and stability are nowadays in a state of soft balance, but for its redefining and consolidation it is necessary to act responsibly towards the fate of future and present generations.³

This is exactly why, in order to avoid a modern conflict of any kind, military or unmilitary, globally, they are trying to put forward and use mainly a universal diplomatic system, valid globally. Diplomacy has a global dimension from now on.⁴ The end of the cold war did not only represent an ideological „cease fire”, but it also meant a beginning of major transformations, industrially, informational and economically. It was necessary that the international system as a whole be reconfigured and adapted to this new evolution.⁵

If at the beginning of the 90s, along with the end of the cold war and the strategic bipolarity, there was talk about the existence of a „unipolar moment”, today the international system persists in unipolarism, through the existence of a sole superpower with obvious global interests. Moreover, the only superpower does not only have global interests, but also the political will and strategic capacity to promote or impose on them.⁶

These obvious intentions were perceived globally by all the leaders of states. Some, reactionally impotent, only sat and looked from a distance and hoped for a latent peace, basing on the force of the masses and pushing their economic interest ahead. Others, the great European leaders, took the decision to make it in such a way as to meet a possible extension intention of the American continental power over the „oldest” territory. This is the historic moment that represented the birth of the European Union, the great „European superpower”, initially brought into existence as a result of the Second World War with an economic purpose. This was to maintain peace between the European winning and losing people and making them come closer to each other, facilitating their cooperation from equal positions within common institutions.

Globalization, a phenomenon that arose precisely as a result of the European Union widening and adhering of more and more states to it, consequently became, maybe, the most burning problem of the times we live. Some consider it a problem in the real sense of the word, as they view it as an economic, social and cultural obstacle, by the globalization having to give up their own industries they were using in an own national way, and being afraid that along with the opening of the borders and Europe becoming a „single state” they will be short in citizens and will face a loosing of national identity, along with the mixture of masses resulted after the exodus. Others consider it a series of momentary occasions, which need to be speculated. Everybody is trying to understand it, if not to attract to their side the opportunities created by this phenomenon, most of the times economic, commercial. Therefore we are viewing a phenomenon of globalizing commerce, financial markets, protection of the surrounding environment, human rights a. o. This tendency created two simultaneous results: the first, the disappearance of the limits between national, international and regional, the world becoming almost one state; the second, interweaving political, economic and social problems up to the point that they cannot be separated. Within this tendency, globalization extended to the sphere of criminality as well.⁷

As a result, the globalization of criminality led to the birth of another phenomenon, more and more present in the life of law enforcement agencies globally – international police cooperation. Born as a necessity, precisely from the wish of states to create a security environment for their citizens, international police cooperation became global. Along with the creation and development of international cooperation organizations, within law enforcement agencies in diverse states they

² Frunzeti, Teodor, *Soluționarea crizelor internaționale*, Institutul European, 2006, p. 7

³ Frunzeti, Teodor, *op. cit.*, p. 262

⁴ Frunzeti, Teodor, *op. cit.*, p. 246

⁵ Frunzeti, Teodor, *op. cit.*, p. 257

⁶ Frunzeti, Teodor, *op. cit.*, p. 77

⁷ Miclea, Damian, *Combaterea criminalității organizate, evoluție, tipologii, legislație, particularități*, curs vol 1, ed. MAI, 2004

assured their part of implication in the security of international environment.

Along with the changes brought over by the globalization in the last years, we witnessed a globalization of security strategies as well, in the sense that in most of them we meet concepts common for all states: fight against terrorism, European integration, or security of persons during traveling time in extra-territorial spaces. The European states introduced in their security strategies new concepts such as *bad governing*, a concept understood as a potential threat, a risk, or *good governing*, a concept understood as an ideal way to make world security, a global desire.

The European Security Strategy (ESS) adopted by the European Council in December 2003, explicitly indicates the fact that a better coherence is needed for bettering the world crisis management. This is precisely why, in title V in the Lisbon Treaty, entitled *Space for liberty, security and justice*, the security strategy of the new reformed EU is rewritten along the four important components: frontier control, the right to asylum and immigration ; judicial cooperation in civil matters; judicial cooperation in criminal matters and police cooperation. The reform of the EU and its components had to include a reform of the structures of the European security structures, to be followed by a total adjustment at the level of member states in their own strategies.

The Romanian Security Strategy in trying to adopt partially the rules made by the EU, while on the other hand is trying to put upfront its preoccupations for the safety of citizens, within the Romanian national state.

Within the first CSAT meeting in 2010, held on the 21st of January, issues regarding the new security strategy of Romania were discussed. Among the problems mentioned in the meeting the Romanian president Traian Basescu mentioned the defense program in the field of national security and safety for the year 2010. Conformable with a press release given by the presidential administration, the agenda of the meeting included four subjects: the forces and matters of the Romanian army force participating in missions outside the Romanian territory in 2010 ; the concept of strengthening civil national capacities in the field of civil crisis management; the National Plan for Informative Priorities for the year 2010 and the program of the Supreme Defense Council of the Country for the year which has just started. So here are the priorities for the national safety of our country.

The national strategy for combating organized criminality for the period 2005-2012 presents the risk factors for addressing a civil and social security climate, the principles that stand at the basis of combating organized criminality, sets the general and particular objectives, as well as the methods for complying them, as well as the responsibilities of all institutions responsible for combating the phenomenon, in balance with the priorities and resources destined for this field.⁸

It is obvious that the ministerial strategy of the Ministry of the Interior is a linear one, following the directions imposed along with the status of European Union member state statute, by taking over the community acquis, and, implicitly, those imposed by the national security strategy of Romania.

A strong point for good international police cooperation is the generalization of the concept of „cooperation”, found in all the national security strategies of states, internal or international. It is maybe one of the advantages of globalization in latest years. It is obvious for all states of the world, now probably more than ever, that the fight against organized criminality can not be successful without a well structured cooperation between law enforcement agencies. It is needed, though, that at an international level, a supreme coordinating agency be created to control the flux of updated operational information, necessary for a good cooperation

The history of fighting criminality proves that however modern the ways used by the police units in all countries, they are still totally inefficient without a good coordination of the national

⁸ Iacob, A., *Lupta împotriva criminalității organizate*, ed. Sitech, Craiova, 2007, p. 8

police activities and without a tight cooperation of them internationally.⁹ This necessity has manifested more open since the beginning of the 20th century when the world started to open, the technologic means started to evolve and attracted along other economic, social amenities.

Unfortunately, these mechanisms of modern societies attracted considerable international criminality evolutions, to which, in order to be able to face it properly and answer with the same coin, they have to address it consequently.

Police cooperation is objectively imposed by the scope of the activity itself. Police activities by their nature are operations that even though they can be held in one state, in many situations they impose cooperation with other states or international agencies in the field.¹⁰ This need has been found and realized internationally, due to the fact that national states found themselves in the impossible situation to catch and bring to domestic trial criminals who, once committing crimes on the territory of one state, they left it, precisely from the wish and with the hope to escape from punishment. This way states, by the obligations assumed along with the signing of the „Declaration regarding the principles of international law regarding friendship relationship between states”, started to comply with that norm. In this international document, it is mentioned the fact that states must cooperate with each other in order to maintain international peace and security. (pt. a, align. 2, Chap. IV)¹¹

Short history of police cooperation

Police activities are not an invention of the new era of globalization, just as the need to cooperate internationally is not a recent necessity. The roots of modern police activities are embedded somewhere in the 19th century, in the expansion period of national states. Along history, the forms of manifestation of police activities have been embroidered in different shapes in order to reach the final objective: law enforcement. Broadly, the directory line was one that left behind the specific objective of the police, based on a certain typology of criminal scope, and points to a momentary and linear form of cooperation, up to creating structural, permanent cooperation engagements.

International police organizations with a global representation were only formed the moment when local police agencies had received enough political autonomy and could function as independent professional bureaucratic structures. When these *structural conditions* of institutional autonomy and awareness of the necessity to cooperate were met, police agencies started to cooperate with those over the border, in the virtue of some common conceptions regarding the evolution and size of criminal groups. This way, the forms of international police cooperation, which in the 19th century were based on protecting autocratic political regimes, especially in Europe, led to the creation in 1923 of the Commission for Criminal International Police, an organization known these days as INTERPOL.

i. Origins of international police cooperation in the 19th century

In the 19th century, the USA police was not playing an impressive role among the international practitioners. At that time, the responsibilities of American police with an international view were related especially to American circumstances, such as international cooperation groups uniting their forces in the field of slavery, immigration, founding national borders. In Europe, beginning with the 19th century, police practice started to develop a lot. The most part of police activity in the field of cooperation connected to cooperation tied to objectives such as protection of conservation rule facing suspect subversive activities.

⁹ Pele, Gh si Hurdubaie, Ioan, *Interpolul și criminalitatea internațională*, Editura MI, Bucuresti, 1983, p 5-7

¹⁰ Iacob, A.și Draghici C.V., *Cooperarea polițienească între state în domeniul crimei organizate*, ed. Sitech, Craiova, 2009, p133

¹¹ Iacob, A., *Lupta împotriva criminalității organizate*, ed. Sitech, Craiova, 2007, p. 101

This was also the case of Police Union of German States, an international police organization which existed between 1851 and 1866, and which had as a sole purpose the suppression of the obvious political opposition between democrats, anarchists and socialists.¹²

The Union was oriented especially towards instituting a system of information exchange between the participants, under the shape of information circulation on paper support at the meetings of the organization. However, the Union could attract „collaborators” from only seven German-speaking states, ideologically close to each other and politically united into one federal union. Because the organization would always stand faithful to political currents, it is no wonder that its activities started to decay along with the rise in the level of hostilities between the governments of the countries whose police agencies were members in the Union. The Union was eventually disjoined when the war between two of the main members broke out, Prussia and Austria, in 1866.

The need for police cooperation between states, manifested as said before, from the beginning of the 20th century, started to become more and more obvious in the European space, due to the evolutions of modern times which brought along a series of technology mechanisms easily usable, and a wide opening of commerce exchanges and tourism. Obviously, these changes attracted an environment of international criminality evolution and development, with all the areas of manifestation.

ii. Anarchism in the police force

Even though from the second half of the 19th century such an important increase in the criminality activity is noticed, the political objectives continued to dominate the majority of police actions within the limits of internal borders. In the last decade of the 19th century, a series of violent incidents caused by radical political ideas shook again the foundations of autocratic regimes in Europe and accelerated international police activities.¹³ On September 10th 1898, the Italian anarchist Luigi Lucheni, an event that intensified the worries regarding the anarchist danger, assassinated Empress Elizabeth of Austria. A few weeks later, on September 29th 1898, the Italian government organized in Rome an international Conference, in order to organize fight against anarchism.

The International Conference in Rome for Defence against Anarchism was held between November 24th and December 21st 1898; in it, 54 delegates took part from 21 European countries. In the final protocol of the Conference, anarchism is defined as being “any act which uses violent means to destroy the organization of the society”.¹⁴

In police practice matters, the Rome protocol includes encouraging plans for police agencies to supervise on anarchists, to start a specialized agency in any participating country focused on this purpose and to organize an information exchange system between these agencies. At the same time, all the countries which signed this final Protocol of the Conference agreed to take over the method of criminal investigation called “portrait parle”, “*spoken portrait*” – a more sophisticated version of the bertillonian system, invented by Alphonse Bertillon. “*Spoken Portrait*” was an identification method which classified suspects after a series of numeric characteristics of the body and head.

The Conference also adopted a provision to extradite those people trying to assassinate or kidnap any sovereign head of state.

In November 1901, the Russian authorities were claiming the assassination of the American president McKinley by an anarchist, in September; this event envigoured the anti-anarchist program in the Rome Conference. The initiative led to a second anti-anarchist meeting in March

¹² Nadelmann, E., *Cops across borders*, Pennsylvania Park, PN: Penn State University Press, 1993

¹³ Nadelmann, E., *Cops across borders*, Pennsylvania Park, PN: Penn State University Press, 1993

¹⁴ Nadelmann, E., *Cops across borders*, Pennsylvania Park, PN: Penn State University Press, 1993

1904 in Sankt Petersburg, Russia, where the representatives of ten countries agreed on the new program called “*The Secret Protocol for the international war on anarchism*”.

iii. *Limits of political police*

The fight against anarchism in the 19th century was obviously a matter of political decision, especially due to the fact that it included policies of limitation beyond the control of incidents inspired by anarchist reasons. Aware of the sensitive nature of political anarchism, the anti anarchist meetings in Rome and St. Petersburg have voluntarily conceived anarchism as being a problem of strictly criminal nature, whose imposing had to be made by the police institutions at the administrative level. Anyway, only a few countries effectively adopted the new legislation based on the provisions of the protocols. The ideal of treating anarchism as being a criminal matter could not be mentioned at the level of national governments, where they expected international treaties to be ratified. The ideological divisions in international political affairs imposed limitations of the police cooperation plans, which were mastered considering intergovernmental treaties. More exactly, participants to the Rome and St. Petersburg meetings could not agree on the creation of an anti-anarchist information exchange office in different countries.

Another preoccupation in the international police activity at the beginning of the 20th century and up to the present days has been international prostitution or commerce with white slaves, as the activity was called at the time.

A Conference on the subject of white slavery was first organized by the French authorities in Paris, on July 15th, 1905. In the previous meeting in 1904 there was signed the “*International Agreement for suppressing white slaves trafficking*” by the governments of 12 European countries. Some non-European countries, among which the USA, did not sign the agreement, but agreed on applying its provisions. To the next meeting in Paris on May 4th 1910 there was signed the “*International Agreement for suppressing white slaves trafficking*” by 13 countries, including the majority of those who has signed in 1904. The USA was among the states which did not adhere to the new form of the treaty.

While international agreements with respect to white slavery were dealing with non-political problems, the Paris agreements had the same value as those on anarchism, with an intergovernmental decision and formulated in the language of international law. Consequently, agreements regarding white slavery did not have enough influence on the course and results of police strategies at an international level with respect to prostitution issues policies. In exchange, police activities regarding white slavery evolved as part of the national strategies. For example, efforts to control prostitutes in the United States were made on the basis of national American legislation, more precisely on the basis of Act 1910 regarding White Slavery Trafficking.

1. The international dimension of police and its bureaucratic autonomy

In the 20th century there were discovered some structural conditions and operational reasons which determined the subsequent evolution of police at a global level. The structural conditions assure the quality of national police agencies which are in the position to trespass restrictions of their national jurisdiction perspectives. When these conditions are met, international police organizations need an additional motivational basis for becoming operational. Historical proof shows that police organizations with an international representation were formed only due to and after police institutions had become autonomous enough from their governments from the perspective of national states in order to be able to function as relatively independent bureaucracies. Police forces received this autonomy position on the basis of a rational logic, based on a scope – to hire the most efficient means for certain criminality control objectives. Once the structural institutional autonomy conditions have been met, police agencies started to cooperate across national jurisdiction limits, based on a common data system, with information in the field of development and control of international criminality.

The variable socio-economic circumstances affect the level of bureaucratic autonomy of police institutions in periods of societal changes. Deep social mass changes usually lead to

attempts of redirecting the bureaucratic activity of playing a role connected to national states' political objectives.

In the beginning years of the 20th century efforts of international formal organization of police cooperation have sprung. Many of these plans were not successful at all, but the increase of attempts to structure police work internationally espoused by a globalization that has touched many social fields. International police cooperation became non-political as to its scopes, though there were momentary returning to the political duties.

Apart from the disruptive impact of the First World War, a crucial example is represented by the changes in police autonomy during crisis times known after the Bolshevik revolution, when the institutions all over the world focused their attention towards the communist movement globally.

Still, in the 20th century politically motivated police activities would only temporarily be relevant. Efforts to make police political again, as well as other institutions during times of intense social changing times are of no surprise. What is ironic is the fact that these efforts to make police political again can still appear in times when police continues to build solid and develop an autonomous position, which allows for a safer environment against attempts of political control.

At European level, as discussed above, the need for police cooperation was noticed since the early 20th century. Police chiefs of European countries have been those who felt the need for cooperation among states to combat the phenomenon of criminality.¹⁵

i. The birth of Interpol

The initiative of the 20th century to establish a formal international police organization of non-political nature was taken at the "First International Criminal Police Congress" in Monaco, in 1914. As the name of the Congress indicates, the meeting was aimed at specific law enforcement duties, a development that had been anticipated since the 19th century.

In this event of an international character, which was a first cooperation initiative, police officers and lawyers from 14 countries participated, including Romania, and, on this occasion, they discussed four main issues:¹⁶

- Establishing the most appropriate means of accelerating and simplifying the tracking of criminals;
- Improving methods of identifying offenders who move from one country to another;
- Creating an international central record to help all interested countries;
- The unification of extradition procedures of criminals wanted in different international states.

However, the Congress failed to establish an international police organization, mainly because the meeting was not organized by officials from police, but by politicians and justice officials. Participating police officers had an important word to say, but not sufficiently strong at that time. Discussions in Congress took place exclusively in the framework of legality, including debate on issues of international law, such as extradition proceedings. Proposals regarding police issues were discussed only in terms of legal principles, which police organizations had already relinquished before. On the American continent, the major partner of Europe in police cooperation matters at the early 20th century, in Latin America there have been made arrangements for the structure of international police cooperation in the Buenos Aires Conference in 1905, in San Paolo in 1912 and Buenos Aires in 1920. Nevertheless, these efforts were inconsistent, as they were channeled primarily on professional goals, namely on the establishment of better relations between the police agencies of different countries, but not efforts to control organized criminality.

¹⁵ Iacob, Adrian și Drgahici, V.C., *Cooperarea polițienească între state în domeniul crimei organizate*, editura Sitech, Craiova, 2009

¹⁶ Pele, Gh si Hurdubaie, Ioan, *Interpolul și criminalitatea internațională*, ed. MI, Bucuresti, 1983, p. 8

In September 1922, the International Police Conference (IPC) was held within a police meeting in New York. Designed precisely to be part of an organization that promotes and facilitates international cooperation among police organizations, the Conference will remain an organization specifically concerned with promoting the idea of professionalism among law enforcement agencies in the U.S. In 1932 CPI was organized under the directive of Baron Collier, a wealthy retired businessman who tried to put a new life in the organization, but without a help. IPC has been organized this time by police officials, particularly New York police, and they tried to cooperate with members outside the formal legal system. What the conference organizers did not take into account was the real concern on international crime. The internationalization of crime to justify the establishment of an international police organization was no phenomenon at that time in the United States. Especially because of the distance from Europe and the rest of the world and because the U.S. did not yet had a well structured federal police force, police operations at that time remained isolated from the rest of the world.

The International Criminal Police Commission (ICPC), the organization known as Interpol, was founded in 1923 and exists to this day, having the reputation of the longest-running international police organization. ICPC was established at the International Police Congress in Vienna as a result not of a diplomatic initiative, but as individual initiative taken by officials of the police force in various countries, especially European. The organization was founded without signing an international treaty or other legal document. ICPC activities were planned at meetings of police officials and the correlation between police officials' correspondence, without any control of governments. For a long time since its foundation, the organization had no internationally recognized legal status, nor did any formalize legal proceedings for police agencies to acquire membership of the Commission.¹⁷

ICPC main office was originally established in Vienna, where receive the most modern technical means of police techniques. The office was divided into departments of fake passports, checks and currency, prints and photographs, and other systems and techniques of police science. Various means of communication among police officers, such as wireless networks and publications were the most important acquisitions of ICPC.

The motivational basis for police cooperation within the ICPC structures was the first example given by the internationalization of crime occurrence learned at the end of World War I. Organizers and participants in ICPC argued the need for collaboration across borders due to the new types of crimes that unrolled in countries which were suffering rapid social change and technological progress. Thus, the Commission set up new systems of communication means for advanced international police cooperation. Also, as opposed to extradition procedures, ICPC supported inter- police communication to more effectively communicate and cooperate across borders.

ii. Dynamics of the international police activity

Among the implications of the fact that police institutions begun to cooperate in the basis of bureaucratic autonomy is the fact that this cooperation could take place between states which may be very different politically, legally and socially. The resistance in time of the organization is remarkable in light of the political and cultural heterogeneity that marks the various countries of Europe and other areas. The bureaucratic autonomy of police is put on account of the fact that institutions may exceed the judicial authority and police can move beyond the functions set out for them by their governments. The efforts for cooperation at police level were based on efficiency standards and data systems on the activities of international crime that can be disseminated among the police. Thus, the ICPC was able to broaden their organizational structures and facilities, despite the fact that the members had not reached common ground on a clear definition of

¹⁷ Anderson, Malcolm, *Policing the World: Interpol and the Politics of International Police Cooperation*, Oxford: Clarendon Press, 1989

international crime.

The apolitical nature of the organization ironically revealed the fact that the organization can be used by national police forces with different political ideologies and can afterwards engage in political police activities. The politicization potential of police work was most clearly revealed when the organization was taken over by the Nazi regime, after the annexation of Austria in 1938. In that year, leadership was surrendered to a Nazi official and several years later, the head office was moved to Berlin, where it aligned the SS police. Although consequences of nazification on the organization are not entirely clear, it was obviously vulnerable, and precisely because of that was it used for political purposes. After the end of the Second World War, ICPC was reformed in 1946 at a meeting in Brussels, Belgium. Since then, the main office is in France, in Lyon. Members of the organization continued to expand, and now the organization is composed of 188 members.

2. The need to cooperate

i. Cross-border criminality raises worryingly

As a social phenomenon, criminality means all criminal acts, punishable in criminal law and special laws covering criminal provisions, which are produced in a society in a given period. The phenomenon of crime has (...) a transnational dimension (i.e. the amount of crimes that are committed and consumed by cooperation of criminals who operate in several states).¹⁸

Criminals' tendency to cross national borders to engage in transnational criminal activity is hardly a new phenomenon, is probably as old as the boundaries themselves. These were established to delineate the jurisdiction claimed by each state, and crossing the border has always offered criminals a way to mitigate or avoid legal consequences of illegal acts committed across borders. However, even with the rear a long history full of events, it is clear that cross-border crime is becoming more and more evident and is becoming increasingly worrying today.

In the latest years, we have witnessed an unprecedented development of science, technology, industry, all inland transportation means, communications. Although they were all designed to improve the lives of honest people everywhere, they were quickly taken over and used by criminals, especially those involved in cross-border criminal activity.

In this context, the need for international police cooperation has been found increasingly more pressing. Especially since the first years of the 20th century, police agencies worldwide have concluded that they must join forces to cope with the wave of crime which were becoming more often held outside national borders, or criminals committing reprehensible acts within a country, then passed across its border to evade punishment to justice. Unfortunately, for a long time, most of them even managed to do so.

ii. The shrinking world

It is obvious that we live in a world very different from that of our parents or grandparents and many differences are precisely those that facilitate cross-border crime today. Think, for example, of the following developments, all in the last 25 years:

(1) Transport systems have been developed and improved extraordinarily, especially airlines and road transportation, international tourism and business travel have reached record levels.

(2) Communication systems have improved and developed, especially satellite systems and telephony and television over fiber optics, fax broadcasting, the Internet, electronic storage, processing and transmission of data by computer technology.

(3) Disunity of the USSR reduced or eliminated many restrictions on trade and travel between east and west, the level of social control in and between countries of the former Communist bloc disappeared and the Cold War fear of some countries has become obsolete.

(4) International trade has taken proportions, not to mention the participation of explosive economies in Eastern Europe, Asia, Middle East and "third world" to increase global production,

¹⁸ Voicu, A. C., *Criminalitatea economico-financiară, factor de amenințare la adresa ordinii publice*, ed. Sitech, Craiova, 2008

or the extent which these economies have known in recent years know; international economy is today a way of life.

(5) Perhaps most important of all issues is that of the world's population increase, which also implies a state of social agglomeration, several areas of poverty, disease and famine, and areas with serious population movements across national borders.

The cumulative effect of all these conditions is the accumulation of masses of people in certain areas, more opportunities and the diversification of reasons for committing crimes or offenses, and a social and information mass movement across national borders - this is the perfect scenario for the development of transnational crime. No wonder that we regularly read in newspapers reports on international terrorist incidents, theft, smuggling, violations of residences, forgeries of checks and theft of currency, cyber crimes, prosecution elapse, drug trafficking, illegal migration and others.

Together with the evolution and progress that we observe in all fields, the world we live in becomes increasingly smaller, particularly Europe. The concept of frontier has no longer the known meaning. Borders between countries are not insurmountable barriers separating people from one another. Opening borders today, especially in the European Community area, where restrictions on international travel have been simplified and the means of transport and communication have been modernized, possibilities offered both to honest citizens and criminals have increased significantly. Economic and social developments of modern society, the implementation of new structural elements, continuously open up new possibilities of international crime.¹⁹

In all cases of international crimes it is increasingly difficult to identify and arrest the perpetrators of criminal acts. Only cooperation and joint work, permanent exchange of information between police authorities in interested countries, will help bring the perpetrators to justice.²⁰

iii. Police mission

A special feature of modern civil society is that government institutions - police, courts and corrections agencies are used to intervene in society issues to resolve conflicts and to impose certain local rules. These government agencies are only partially last resorts in a society provided with a whole repertoire of methods for obtaining an acceptable level of "social control". Socializing institutions such as family, church and school plays an important role. A state court properly administered is considered to be superior to the earlier form of private justice, which is based on repression or physical conflicts, often brutal and unrestrained between individuals, families or tribes.

A primary goal of social justice is to control violence and destruction, and protect the weak from becoming victims; however, if modern governments, mainly by national police agencies, trying to protect its citizens from crime and enforce the law among citizens as fundamental law, they must be able to continuously control crime which especially in the recent years is, by nature, of cross-border nature.

A second purpose of the rule of justice is to serve the values and customs prevailing in each state, in the administration of justice. Thus, each country has its own style and priorities of law enforcement, and even its own laws - factors that complicate, and occasionally frustrate attempts in international police cooperation.

Police cooperation is objectively required by the activity itself. Policing, by nature, means transactions which, although may be performed by a single state, in many cases necessarily

¹⁹ Iacob, Adrian și Drgahici, V.C., *Cooperarea polițienească între state în domeniul crimei organizate*, editura Sitech, Craiova, 2009, p. 133

²⁰ Iacob, Adrian și Drgahici, V.C., *Cooperarea polițienească între state în domeniul crimei organizate*, editura Sitech, Craiova, 2009, p. 133

involve cooperation with other states or other organizations.²¹

iv. Crossing jurisdiction limits

In the history of the doctrine of international law there have been many attempts to define the concept of international crime. The purpose of these attempts was to delineate as precisely as possible its constituent elements and as accurately specify the types that circumscribe such crimes. If in past centuries this type of cross-border crime were present in small amount, not representing a real threat to society at the time, along with modernism the concept in question began to be increasingly present in the vocabulary of law enforcement bodies.

It became clear to everyone, practitioners and academics alike, that the size of border crime becomes boundless and involves the commission of international crimes.

Cross-border crime, by definition, involves two or more countries, each claiming sovereignty and criminal jurisdiction within its borders. Thus, when a perpetrator crosses the border, any police officer who pursued them until that moment, "lost" their jurisdiction.

To overcome this problem governments and national police agencies have resorted to various strategies. Some of these involve extra-legal actions of the police, unilateral and direct, or the formal association in order to "fool" the law in an elegant way; some involve bilateral, cooperative police actions, legally sanctioned, others involve groups of multinational cooperation, to other countries. The first two "ways" apply to violations of international law and sovereignty of other countries (for example, in 1985 U.S. combat aircrafts forced to land a plane in which the suspects hijacked a plane in Italy; in 1976 the American authorities paid Mexican citizens to arrest and investigate Mexican citizens suspected of drug trafficking in the United States²²); the other involve legality and cooperation.

Recent experience has shown that of all the strategies mentioned and that, over time, various law enforcement agencies have used, with results more or less satisfying, the legal strategy for international cooperation was the most fruitful. Only cooperation and collaboration, exchange of information between police authorities of interested countries, will help bring the perpetrators to justice.

v. Basic principles for bettering cooperation relationships

Both the literature and the experience of those carrying out their work effectively in cross-border crime highlighted two principles as guidelines for future action.

First, international relations of police work should be based on agreements thoroughly negotiated, respectively to be based on mutual respect, benefit and consent, and not political or economic coercion, violation of foreign sovereignty or extralegal arrangements.

Then, with links to the first, is obtaining a greater consistency, as well as the efficiency, predictability and legitimacy in labor relations.

These principles are clearly realistic, but difficult to obtain, although it is worth keeping them in mind and work in order to achieve them.

vi. Specific needs for international cooperation

In general, the subject of such cooperation between police agencies, is represented by the national and international fight against crime in general, pursuing and arresting wanted criminals, allow international data exchange and pooling of information with police and other activities.²³

To summarize, from almost all definitions of the concept of international crime it is clear that they have to bring prejudice to international law, in that it covers unlawful act or illicit inactions of a State or a person in relationship with other member (s) or other person (s); at the same time, for the offence to be considered an international one, it is needed an essential element, that of danger

²¹ Jacob, Adrian și Drgahici, V.C., *Cooperarea polițienească între state în domeniul crimei organizate*, editura Sitech, Craiova, 2009

²² Nadelmann, E. (1993). *Cops across borders*. Pennsylvania Park, PN: Penn State University Press, 1993

²³ Suceavă, I., Coman, F., *Criminalitatea și organizațiile internaționale*, ed. Romcartexim, București, 1997, p.

to the address of international peace and security, in order to attract the mandatory criminal penalties.

In the recent years they tried to figure as exactly as possible the range of international crimes to be part of the area of cross-border criminality, punishable by international law and to be included in the repertoire of anti-social acts.

Here's an overview of their configuration, where they are listed according to their resurgence: terrorism, drug trafficking, human trafficking, arms trafficking, trafficking in works of art and antiques or counterfeit currency, money laundering, luxury car traffic.

They notice that specific international needs for police cooperation are found both in the field of prevention and suppression of international crimes mentioned above, and in that of extraditing of criminals.

From a theoretical perspective, the subject of police cooperation, as stated in international law, is to:

- Exchange data and information on international crimes;
- Transmit police documents;
- Examine witnesses or persons suspected;
- Supervise persons within the territory of a state other than that of whose nationality they are, at the request of the State concerned;
- Undertake investigations to identify an offender or of stolen property²⁴

In terms of police practice, it is required that certain acts of international cooperation tackle cross border crime. Initially, there is a need for discovery, documentation and communication of information based on the crime, for example: what happened? When? Description of suspects? Injured party? Further, there is need for direct activities of investigative support, eg. location and arrest of suspects, collecting evidence, identifying and interviewing witnesses, detention and extradition of suspects. Finally, there is a common need for assistance in the trial; for example: the testimony of witnesses and facilitating their emergence in the courts of law, bringing investigations personnel/officers before courtroom to depose to a conviction, giving the case judge all data and sufficient information about the suspect to determine what is the appropriate penalty for his deed.

Other forms of police cooperation less recognized but equally important, include the exchange of best practices, technology and resources, exchange of cultures and philosophy (the exchange of such information is sometimes crucial for understanding the criminal proceedings in other countries and their logic, and can therefore provide additional clarification) and exchange of types of recreational and social activities outside work.²⁵ The latter form of cooperation offers potential benefits beyond comprehension to facilitate the development capacity of law enforcement agencies to control crime.

vii. Special conditions that require extended cooperation

Perhaps ironically, or paradoxically, most contemporary conditions that facilitate cross-border crime referred to in subparagraph *The shrinking world* are subject to greater international police cooperation. To these, one might add the advance and dissemination of television, movies and business news, the agreement of many states to introduce in schools the study of the second and third foreign language (sad, but not the U.S.), and not least, as a result of all of the above, develop a "global conscience" in law enforcement among the world's population. Due to these developments in modern technology, increasingly more people are better informed about important daily details of events around the world, such as natural disasters, economic and political developments, major crimes. People worldwide have access to foreign films and fiction

²⁴ Iacob, Adrian și Drgahici, V.C., *Cooperarea polițienească între state în domeniul crimei organizate*, editura Sitech, Craiova, 2009

²⁵ Nadelmann, E. (1993). *Cops across borders*. Pennsylvania Park, PN: Penn State University Press, 1993

and documentaries, after whose viewing experiences may be established, as well as "knowledge" communities, common "understanding", may represent the first step towards world culture "from below", or everyday culture.

viii. Commitment to foreign languages acquisition

A fundamental requirement for people everywhere to live and work together is the ability to communicate effectively, and for most of us it requires mastery of writing and speaking a common language. For many years in most countries people have learned the second and third foreign language, especially the most current "international" languages - French and English, with impressive results. United States of America, although proud of the diversity, remained far behind in this chapter. There are, of course pecuniary reasons for excluding teaching various languages, but because different countries make this effort, it is clear that they have a greater capacity to communicate and cooperate internationally.

International police cooperation would include a precise knowledge of all data and information related to a common case the parties directly involved in it work together, especially involving direct and secure communication skills (possibly without an interpreter, excluding of course, instances of cooperation in countries speaking languages less common). Coordination of police agencies from different countries, united by a common profit, both with accurate exchange of data related to an act of prevention or control should be made as soon as possible. Thus, any language barrier has to be shattered.

ix. The evolution of global consciousness

Another important result from the cumulative conditions expressed above is the development of global consciousness as an effect. We refer here to the fact that increasingly more people are interested in what happens in the world every day and feel a personal concern as to the outcome of international events. We do not want to say that we outran all human emotions, feelings, generating conflict – fear, injury, jealousy, avarice, cultural chauvinism and desire to dominate the world. The need of humanity for police officers and soldiers will remain with us in the future. However, what seems to be born and evolve is an unspoken creed of the fact that we are all part of the same world and, in spite of all divisional forces acting in our lives, we will all cooperate and together live better - at least as far as cross-border crime is concerned.

The existence or absence of such attitudes cannot be empirically proven at this time, however, its evolution makes sense in the light of those previously discussed, and the apparent political popularity of the "fight against international crime" has support from evidence (for example, the ability of former President George Bush to gain approval of UN Security Council for removing Saddam Hussein from Kuwait in the Gulf War in 1990).

We have been assisting an exponential growth of the sense that purely local issues were resolved and that almost anything can take on international relevance: not only the exchange rate of the year, but also the cost of real estate in Dubai, avian flu or Swiss minarets. It is therefore surprising that the effort to define comprehensive solutions to seemingly universal problem has intensified. Again, not surprisingly, people speak with ever greater naturalness of "global governance". Thirdly, it is not necessarily unusual the fact that the traditional diplomatic main actors - the great powers, if you wish - have the political ability and intellectual dexterity to decide on the theme.²⁶

x. "Syncretism"

The so-called leaders, as well as athletes' coaches, politicians and human resources officials have long been using the principle of syncretism, namely "the threat of a common enemy and focus on a common goal, to unify and motivate groups of people. Cross-border criminality apparently assumes the role of common enemy to the world, and so other enemies threaten universal silence: AIDS and other diseases spreading epidemic, environmental pollution, poverty

²⁶ Lazurca, M., *Spre un guvern global?*, pe site-ul HotNews.ro, duminică, 20 decembrie 2009

and hunger are just some of them. These problems are however in competition with organized crime to the attention of politicians and limited resources, but their effect is to facilitate greater global unity.

3. International police cooperation. Theoretical fundamentals

i. How cooperation networks develop

International police cooperation networks usually develops after a three-level structured process that Professor Ethan Nadelman calls "the harmonization":

- (1) Regularization of relations,
- (2) Accommodation of different systems with each other,
- (3) Approximation to a common norm.

Simply put, this is a process involving a selection made over a period of adaptation, a period of compromises and adjustments, and an institutionalization of policies and hybrid procedures.

ii. Four conditions for the success of an efficient cooperation

Analyzing the process of evolution of international police cooperation from various other angles, we find that four distinguished conditions have to be met:

- (1) A perception embraced by all parties involved in the cooperation with regard to the seriousness that a certain type of crime requires,
- (2) Involvement of staff with experience in law enforcement to define the problem and propose solutions,
- (3) Involvement of policy officials on the part of funds and budget support,
- (4) Constant communication between the police and politicians throughout the process.

Whenever one of these principles was missing, broken or ineffective, international police cooperation did not occurred in terms of normality.

iii. Obstacles

Following the above model we can imagine that there are a number of obstacles for each of the essential conditions.

The first of all conditions, a common conception on the serious threat of a crime, "enjoys" the fewest obstacles in today's world.

The second, however, bringing officers with experience upfront in order to define the problem and find solutions is often overlooked by most agencies due to internal policies. In most of these agencies there are talented people with experience, conscientious practitioners - those who do work and have an invaluable knowledge base. Unfortunately, public agencies often take aback on such people. For example, most U.S. police agencies have at least one top management level where people are more likely appointed on political grounds, only for achievements at work or working knowledge. Such "political practitioners" often feel threatened or embarrassed to seek the expertise of colleagues and subordinates. If we want to get performance, not only in international cooperation, we need to find means of bringing upfront the professional expertise at all levels of police work.

The third condition, obtaining political support from each participating country, is absolutely essential to maintain conditions for international cooperation. All these relationships need legal authority to operate, only validating legislation or official permission, spending financial resources, staff hours, and other resources of the agency.

The first three obstacles in obtaining political support, in most cases, distort to:

- (1) Exceeding the accommodation time limit between countries,
- (2) Convincing politicians that change, although the unknown that makes it, inconvenience and anxiety that it composed, is required in terms of a certain status quo,
- (3) Convincing politicians and others involved about the benefits of effective international police cooperation, taking into account other time and financial issues of each country, to deserve attention immediate.

A forth serious obstacle to obtaining political support is the need to resolve fundamental law enforcement differences diplomatically. Different countries, in customs and historical backgrounds, have very different ideas about what constitutes a "well run" justice of the state. For example, Community law in the U.S. puts the spotlight on individual rights, trial court lawyer opponent processes and previous use as sources of law. By contrast, most continental European civil law tradition puts the interests of the community / state, informal, neutral, efficient inquisitorial processes, the superiority of law and consistency of legal philosophy. To join these two different styles in a single one, strong commitment is needed compromise and a sales process that can address both constituents.

Most politicians, perhaps more in U.S. than in other countries, have no direct diplomatic experience and do not feel too comfortable in a diplomatic position, being mainly concerned with the satisfaction of local constituents. They are opposed to involvement in an unknown area and, above all, the offence of voters.

The fourth condition, maintaining traditional lines of communication between law enforcement officers and policy officials across the border, is vulnerable to all the obstacles facing international communication in general - different time zones, different languages, unknown or heavy equipment use, and others. These obstacles can be easily overcome by determination, discipline, ingenuity and patience. Other specific needs of communication between law enforcement officers and would be knowledge of the policy to call in another country, knowledge of governmental contact and the appropriate protocol to communicate.

Another obstacle separately identified and unrelated to the above, but which is seen clearly in the total age of globalization, is the impossibility of the police to keep pace with technological developments, (due to bureaucracy national systems) unlike criminals, who are always aware of them.

4. Plans for the future

i. Actual trends

In the field of police cooperation one can discern between the following trends:

- (1) An increase in mutual legal assistance treaties (MLAT's) between countries,
- (2) An increase in the number of employees sent to work abroad
- (3) Increasing involvement of military personnel in police affairs,
- (4) Involvement of security forces and UN police role
- (5) Increased support for and use of Interpol as a resource for law enforcement,
- (6) Expansion of informal exchanges, fraternal police officers
- (7) Development of international relations work in some areas of law enforcement.

These currents will remain, perhaps in the future, or at least in the near future.

ii. MLATs or mutual legal assistance treaties

The existence of international police cooperation is dictated, in many cases, the content of treaties, agreements, conventions or agreements concluded or ratified by two or more states, or some agreements and protocols concluded on own initiative, requiring the execution of activities police nature.²⁷

MLAT's are a positive step toward the advancing of the principle of bilateralism. The main flaw as a method of international police cooperation is the very time limits of negotiations and may become available later, when urgent cases cannot be solved on their basis; each treaty reflects a unique agreement between states, which shows different criminal procedures addressing problems in different countries. Perhaps, along with Ethan Nadelman's theory of "harmonization" we will be able to accept an international model to treat the problem of sharing information on crime, arrest or extradition, research or removal of evidence. The annual meetings of the General Assembly of Interpol would be an excellent forum for discussion in order to develop such

²⁷ Luca, Iamandi, *Tactica cooperării polițienesci între state*, ed. Sitech, Craiova, 2009

universal models.

iii. Sending officers into other countries

Reference to post officers in other countries is acceptable as long as it is openly and with the permission of that country. There will always be temptation, if not the original intention, to work directly and not in an authorized manner in other countries.

iv. The military force

As an "auxiliary police force", the most recent role of the army, at least in the U.S., is to combat drug cartels and terrorist organizations and to defend "human rights" for people threatened by genocide. Pragmatically speaking, military force is ready with armed personnel and other resources of value. On the other hand, there are at least three types of needs:

(1) the need to give all participants the control and accountability for the participation of armed forces

(2) the need to provide military personnel participating in training civilian police procedures and laws, there where appropriate,

(3) the need to ensure at least the approval of UN Security Council before the invasion of another state, even under the noble goal of "protecting human rights".

Until these needs are not met fully, it is better to avoid using the army as international police officers.

v. The UN security forces

The use of UN security forces for maintaining peace in the bloody conflict zones such as the former Yugoslavia, Gulf War, is a fascinating development. It reflects the new world order accepted behind the UN actions, or in other cases, makes the UN look ever more like a government authority in the world that not only "barks", but "bites". However, UN police actions circumscribe the three needs listed above for military personnel (training, supervision, accountability) and Security Council approval.

vi. Interpol

It was wanted an expansion role of the Interpol in combating cross border crime because it is well structured, providing valuable resources and expertise in law enforcement and follows the basic principles discussed. The main limitation of the use of Interpol is complex procedures and distance from the officers on the scene (at least to those in the U.S.). In the event that an American cop would need information or assistance from a foreign agency, most would try to make contact directly with foreign political agency or the FBI, DEA for help. Subsequently, if the contact does not work, a detective tracking, FBI or DEA will contact Interpol. Using Interpol services takes time and money, especially if an arrest is involved, extradition and / or confiscation of goods. Due to these factors, Interpol potential cases should be reviewed, prioritized and rationalized.

vii. Officers exchange on the basis of fraternization

Along with tourism development and opportunities to travel much easier more officers started having their vacations in other countries, meet with fellow peers, socialize and corresponds by fax, e-mail, telephone and others. The International Police Association (IPA), an organization for police officers around the world, reported an increase in membership and applications for accommodation. Such exchanges provide extraordinary benefits. In addition to recreational activities developed together with officers from other countries, such cooperation entails an easier and more open communication, a better understanding of cultures and customs of different cultures, and a greater willingness to cooperate and to help in the process of work - a real explosion of "harmonization".

viii. Specialized work relationships

Police work, like most occupations, highly specialized in the latest years, and each area of specialization has developed a unique identity and a universal brotherhood based on a true conglomerate of knowledge, experience and terminology. Here are examples of police specialties: road, communications, economics, human resources, break-in investigation, investigating murders,

criminology, management training. When officers from a police unit in a country communicate with officers from other countries often do in a specialized area, and these specialized areas leading to the formation of specific professional organizations such as International Association of Association of Chiefs of Police and Investigators of murders in the United States. When officers travel to other countries, often have contact with officers under their specialty and compare information and learn from each other (exchange of best practices).

In order to promote the exchange of practices in a particular area and to keep practitioners abreast with latest developments in the field, many experts hold international conferences and / or joint training exercises. For example, the American Society of Trainers in law enforcement, with an impressive number of members still growing, annually sponsors an international conference. Cops from around the world, especially trainers, participate in or conduct regular joint training exercises in areas such as handling dogs-cops, investigating explosives or hostage negotiation. Such conferences and exercises are not considered to be a factor that in any way impede against the work of police, politicians or government, because they have to deal with a relatively narrow aspect of police operations. Such events should probably be extended.

ix. Focus on recruit training

Of all areas of specialization that develop international work relations employment, training recruits provides the best means to promote international police cooperation. This happens for at least three reasons:

- (1) Everything new officers are taught is built,
- (2) Involves methods and goals of education / teaching
- (3) Is one of the specialties most easily shared.

Knowing what a particular agency educates its police recruits gives us an excellent first step to their knowledge. But it is better if we can find out the 'why's behind the 'what', and most training programs offer this privilege.

Using educational goals and methods means that there is the involvement in transmitting information and knowledge, and that the instructor has the skills and equipment necessary for their purposes. Therefore, there is both motivation and ability to convey what recruits from outside are taught.

Conclusions

i. Short summary

To briefly cover everything discussed before, it must be said that, both in the public perception and in that of authorities, organized crime has increasingly become a problem more serious and more obvious in the last years and has become a matter of political discussion, with a pressure on international cooperation. Meanwhile, there are many conditions that make the development of international police cooperation to become more possible than ever. Given the paramount importance of this possibility, two basic principles should follow, built on values such as bilateralism, the principle of legitimacy and effectiveness, but also substance, so that cooperation should mark progress, and not regress. The process that occurs in the police cooperation, the harmonization, requires the fulfillment of four conditions, but there are serious obstacles to achieving these objectives. Of the seven currently discussed on international cooperation, one - development of specialist labor relations, has a great future in improving international police cooperation for the period to come.

ii. A few personal comments

There is very much to do in the future for the development of international police cooperation - involving, among others, academics, police units, Interpol, UN prosecutors and legal advisers, all those who manage training the curriculum, politicians. Unfortunately, this issue must be pursued elsewhere, on another forum as a possible discussion or research topic. What we can try for the future is to make sure that the guidelines described above are taken into account.

There is danger in the current political rhetoric to characterize criminals, domestic and international forces as foreign invaders from other worlds. Of course, what they do is to blame, and deserves to be punished for their behavior, but it is important to remember that criminals are individuals and members of our society - "blood brothers". Despite their behavior, they should be treated right and fair. It is important, to maintain our humanity and self-esteem.

There is danger of over-emphasizing the specialization and efficiency of police operations, internal and external. Some of them are required in order to keep up with all the necessary technical skills and knowledge of police agencies today, but too much attention to this effect leads to the division in organization and bureaucratic behavior in dealing with the public. Likewise, an over-assessment of the efficiency and effectiveness, especially when it comes to the size of "crime" tends to put police in a relationship of detente with the public.

This phenomenon is largely responsible for the popularity of "community police", which stresses the role and size of the police close to the public, as a good neighborly relationship.

Finally, the process of developing international police cooperation, harmonization, requires time and patience. Adjustments and mistakes will occur, perhaps temporary waivers. However, this process must take place gradually, even without much help from us, if not forced, because of developments and evolutions mentioned before.

References

Foreign authors

1. Anderson, Malcolm, *Policing the World: Interpol and the Politics of International Police Cooperation*, Oxford: Clarendon Press, 1989
2. Deflem Mathieu, "International Police Cooperation —History of" In Encyclopaedia of Criminology, edited de Richard A. Wright and J. Mitchell Miller, New York: Routledge, 2005
3. Deflem, Mathieu, *Policing World Society: Historical Foundations of International Police Cooperation*, Oxford; New York: Oxford University Press, 2002
4. Deflem, Mathieu, "*Technology and the Internationalization of Policing: A Comparative-Historical Perspective*" Justice Quarterly 2002
5. Deflem, Mathieu, "*The Logic of Nazification: The Case of the International Criminal Police Commission ('Interpol')*", International Journal of Comparative Sociology, 2002
6. Jensen, Richard B., "*The International Anti-Anarchist Conference of 1898 and the Origins of Interpol*", Journal of Contemporary History, 1981
7. Liang, Hsi-Heuy, *The Rise of the Modern Police and the European State System*. New York: Cambridge University Press, 1992.
8. Nadelmann, E., *Cops across borders*, Pennsylvania Park, PN: Penn State University Press, 1993

Romanian authors

1. Oprea, Ioan si colectivul, *Noul dictionar universal al limbii romane*, editia a treia, editura Litera international, 2008
2. Pele, Gh si Hurdubaie, Ioan, *Interpolul și criminalitatea internațională*, ed. MI, Bucuresti, 1983
3. Iacob, Adrian și Drgahici, V.C., *Cooperarea polițienească între state în domeniul crimei organizate*, editura Sitech, Craiova, 2009
4. Luca, Iamandi, *Tactica cooperării polițienești între state*, ed. Sitech, Craiova, 2009

Other sources

1. Lazorca, M., *Spre un guvern global?*, pe site-ul HotNews.ro, duminică, 20 decembrie 2009

2. Tratatul de la Lisabona

3. Fijnaut, Cyrille, "*The International Criminal Police Commission and the Fight against Communism, 1923-1945*", p. 107-128 în revista *Policing of Politics in the Twentieth Century : Historical Perspectives*, editat de Mark Mazower. Providence, RI : Berghahn Books, 1997

THE ECONOMIC CRASH OF 2008 AND ITS POLITICAL IMPACT

Maria CERNAT*

Abstract

The crisis of 2008 is not the first one to happen in the history of the XXth century. Other important economic breakdowns affected strong or weak economies over the last century: the stock-market crash of 1929 and the ensuing Great Depression or the Asian Financial Crisis of 1997 are just two of the most important examples of this phenomenon. The history of this type of events showed us how the major economic failure led, in some countries, to the collapse of the political regimes. The Great Depression was followed in Germany by the rise of fascism in 1933. The Soviet bloc's bankruptcy was followed around 1980 by a political crisis culminating with the rise of democracy. Of course, there are other important historical and social factors that led to the instauration of the Nazis or to the rise of democracy in the Soviet bloc. Still the question remains: are those examples the result of a mere contiguity or is there a causal relation between the two events, economic crash and the political crisis. The financial crash of 2008 happened in the core of liberal democracy, in the United States. Does the economic crisis create a stronger state? In other words, is there reason to fear the instauration of an authoritarian regimes in the countries affected by the crisis? The main purpose of this article is to address this problem by investigating the main risk factors that could lead to the conclusion that the economic crisis could leads to political crisis, that is, to a crisis of the liberal democracy.

Keywords: *economic crisis, financial crash, bankruptcy, democracy breakdown, regime change*

Introduction

The present crisis is not just a macroeconomic crisis. The global crash of 2008 seriously shaken people's trust in the established institutions. Thus people's anxiety is not centered only on the financial institutions. The liberal political perspective on deregulated free markets and the assumptions guiding the neoliberal economical perspectives are being more carefully examined by a mistrusting public. Maybe is to soon to evaluate the political repercussions of the actual economic crisis. The effects of this global crash will take years to work their way through the international system. But there is an important question to be ask: is this the end of capitalism and its counterpart the representative democracy? Will the elected politicians be able to contain the social discontent related to high unemployment rate and rapidly decreasing living standards? In the present paper I will investigate some of the answers given by several representatives of the political spectrum.

As expected, although the present crisis means lowering the living standards for a lot of people, the leftists are celebrating. One of the most peculiar effects of the present crisis is the rapidly increasing sales of Marx's *Capital*. But this is not the main reason for the leftist's satisfaction. Most of them feel that this is the moment they have all been expected, that is, the moment the Marxist prophecy coming true: the end of capitalism. Before gladly announcing the funeral of the capitalism and its political counterpart, representative democracy, those proclaiming it should take a closer look to what the other side of the political spectrum has to say about this. The liberals are very confident in the democratic alternation to power, especially the result of the presidential elections in the USA, and they think this has proved to be just the right element necessary to contain the possible chaos threatening to cover all the countries affected by the financial crash. The most objective analysis that we should use in our paper is that of Gasiorowski¹

* Lecturer Phd., Faculty of Journalism, Communication and Public Relations, *Spiru Haret* University, (E-mail: macernat@gmail.com.)

¹ Mark J. Gasiorowski : *The American Political Science Review*, Vol. 89, No. 4 (Dec., 1995), pp. 882-897

followed by Butcher's². This is a statistical analysis of the relation between economic crisis and regime change. The authors take into account the most important factors leading to regime change and they try to scientifically investigate using statistics tools if the economic crisis is in fact the cause of the regime change. As we shall see by examining their findings this is not the end of capitalism, but not for the reasons offered by the liberals.

Paper content

As stated earlier this is not the first crisis to occur in the recent history. One of the first impulses when dealing with the actual global crash is to compare it to what happened in the past. Some historical highlights should prove to be illuminating in the present case. The most severe of world's economic crises was the Great Depression of 1929. The crisis originated, as the actual crisis, in the USA, and it started with the stock market crash in on the 29 October 1929 – the infamous Black Tuesday. Most of those who investigated the Great Depression focused on what caused such huge economic failure. Although it was the center of most scholars' investigations there is still no consensus on what triggered the crisis. It is not the purpose of the present paper to offer a final answer in this matter. I will only try to point out some of the multiple causes of the crash of 1929 including structural weaknesses and some specific events. The historians focused on the structural factors (the bank failures and the stock market crash) and the economists are point out the less inspired measures taken by the US Federal Reserve that contracted money supply and the return of the Gold Standard decided by Great Britain. The historians perspective generates more questions that attempts to answer. That is, the bank failure and the stock market crash are the effects of deeper causes that have to be investigated. At the present time there are several types of theories dealing with those causes. The explanations spectrum can be described as follows: those who believe in large involvement of the state in the economy put the blame on the free market system, and those committed to the deregulation of the markets are aiming their criticism on US Federal Reserve's attempt to regulate interest rates. The New Deal is the name of the set of measures taken by Roosevelt in order to overcome the economic crash. This type of measures can be connected to Keynes perspective on the role of the state in economy. The famous British economist believed that it is impossible to maintain economic equilibrium without the state's firm measures. So, in order to keep people employed governments have to run deficits when the economy is slowing, as the private sector would not invest enough to keep production at the normal level and bring the economy out of recession. So the state has to increase or to cut taxes in order to maintain the economic equilibrium.

Those who believe in the deregulation of the financial markets are not necessarily contradicting this particular claim. They aim their critique to the financial regulations of that time. That is, monetarists, such as Milton Friedman, believe that the Great Depression was the direct result of the regulations regarding the Federal Reserve. Milton argues that the Great Depression could have been avoided if the Federal Reserve had provided emergency lending to the key banks or bought government bonds and increase the quantity of money. By fulfilling those conditions the result would have been a simple economic recession. The main reason the Federal Reserve did not act to limit bank failures and to prevent spreading the panic was exactly regulation. That is, the amount of credit of the Federal Reserve could lend was limited by laws that required partial gold backing of the credit. The limit of the gold backing the credit was reached during that time. This triggered a chain reaction. The Federal Reserved issued demand notes, that is, documents that allowed the person to demand the amount of gold written on that note. People's panic made them use those notes since they felt the demand notes being only a remote "promise of the gold". Since

² Charity Butcher, „Bridging the Gap between Theories: Economic Crisis and Regime Change”
http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation.php

the Federal Reserve had to give the gold to the anxious people the amount of money it could lend was constantly lowering. One of the first measures designed to help the financial system overcome the crisis by reducing the pressure on the Federal Reserve was turning the private ownership of gold coins bullions and gold certificates illegal.

Even if the economic crisis did not lead to a democratic failure in the USA, there were countries that, under such tremendous pressure gave up the democratic ideals and facilitated the instauration of authoritarian regimes. One of the most important examples is the case of Germany. Since American loans were mainly responsible for rebuilding German economy the country was heavily relying on those money to overcome the severe depression following the war. As the loans stopped unemployment reached 30% and the political power was seized by the Nazis. The economic crisis was not the only cause of the extremists coming to power. The peace settlement following the First World War had also very important political consequences.

As most scholars would argue the crisis of 1929 was also an ideological, social and political collapse of the liberal system flourishing in the XIXth century. This is an example of economic crisis that led to democracy breakdown. The collapse of the Soviet blocks is an example that shows us how the economic failure could lead also to the collapse of authoritarian regimes. The economic crisis of 1989 that the Soviet Union had to face was triggered by a drop of the price that Moscow could demand for oil, its key export. But this particular negative effect was only the last drop in a series of accumulated economic failures. After the surrender of the communist block even China's leaders has to reposition themselves in order to resist the sudden economic changes marking a turning point in the history of democracy.

The period that followed the Soviet block collapse was dominated by the spread and entrenchment of democracy worldwide. The internationalization of liberalism seemed unstoppable. Then came the crisis of 2008. We are facing again the same fears and questions. Would this be the end of capitalism, would this crisis mean a major democratic setback? As stated earlier there are people claiming that the Marxist prophecy has finally materialized. Distinguishing between "real" goods market and financial (derivatives) market there are some political theorist claiming that this financial stage of capitalism is also its final stage. (...) *financialization has resulted in a new hybrid phase of the monopoly stage of capitalism that might be termed "monopoly-finance capital."* (...) *It seemed that finance had developed a new magical M-M' circuit, in which money could be made solely out of money, without the intervention of actual production. The new secret of accumulation was presumed to be leverage and risk management, which allowed the purchase of assets that promised higher returns even if they carried a higher risk, and the borrowing of many times the amount the investor had in equity capital —perhaps ten, twenty, thirty, or in some cases a hundred times as much. (...) Finance capital has expanded in parasitic form.*³

On the other hand there are theorists expressing themselves very optimistically regarding the present crisis. They feel that democratic institutions are able to offer a solid and stable framework helping governments prevail over the authoritarian forces threatening to seize political power. Although it looks like propagandistic article designed to raise people's trust in the establishment, Laurence Whitehead is gladly proclaiming the revival of USA's economy and the undisputable virtues of the representative democracy's institutions:

The inauguration of a new president and Congress in Washington showed how effectively electoral alternation can channel and contain chaotic tendencies in a strongly institutionalized democracy. The extremes of risk aversion and contagious economic paralysis that threatened to run out of control at the end of 2008 contained the seed of their own reversal. This was not just a question of markets "overshooting and than self-correcting – it was also the result of a massive public policy response. The scale of the apparently looming disaster forced central bankers,

³ William K. Tabb, "Four Crises of the Contemporary World Capitalist System," *Monthly Review* (October 2008).

regulators, finance ministers and national political leaders to work together. Great names in private finance and business failed, but others [...] remained solvent and a few even seized new opportunities presented by the crisis.⁴

As other scholars⁵ show, the electoral campaign received more media coverage than the economic crisis. The fact that the last presidential elections were in many respects so different from other elections – who would have guessed a decade ago that two representatives of different minorities would compete for the democrat party's representative – is one of the many factors positively influencing economy. But, as even Whitehead agrees, it is far too soon to pronounce on the matter. Even if people enthusiastically embraced the election of an Afro-American the threatening economic chaos is still far from being completely contained.

The present crisis creates, as shown above a vivid debate between democracy's supporters and detractors. The most sensitive point of this debate is the neoliberal approach to economy. That is, most of today's theorists are incriminating the deregulation of markets that occur mainly on the Reagan-Thatcher era. The effects of this neoliberal approach are based on two key assumptions now being put into intense scrutiny. They can be synthesized as follows.

- The free combination of individual rational decisions leads to a socially rational allocation of resources

- The free market mechanism is the most useful system providing all the necessary incentives that can secure an efficient decentralization of resources.

There are several effects of this type of perspective. First of all, the financial markets being completely deregulated they can mainly operate outside the society's control through the state's institutions. This is why the taxpayers regarded hopelessly and with growing frustration how their money were given to failing financial institution and, in return, they had nothing to say about the best way to use those landed money since the state did not receive a voting right. So, those very financial institutions responsible for the crisis took the money and then offered important bonuses to some of their employees.

Secondly, the governors of the state's financial institutions are elected for fourteen years. This type of decision has important consequences. First of all, there is always a danger of placing authority for such a long period of time in the hands of one person. This is completely against liberal and democratic perspectives. As discussed earlier, there is a difference between the "real" goods market and the financial market consisting in stocks, futures, interest rates, insurances. In other words, the derivatives refer to a contract placing the risk on somebody else's shoulders. In recent years the financial market became the main source of enormous profits. But the problem on this market is that there is nothing supporting those amounts of money. They are just paper money and it doesn't take too much for this whole parasitic form of commercial exchange to crumble. That is why some important business man called them "financial weapons of mass destruction". This is the main reason the financial stage of capitalism that we experienced has been called *casino capitalism*. I prefer the term *gambling capitalism* because it does not relate this form of capitalism to some sort of institution, i.e., the casino, but to a type of practice – gambling. The fact that such large amounts of money came from the gambling market of derivatives highlights very important questions about the way the system works. That is, the most important source of profit, the financial market, is on the one hand deregulated, thus escaping social control through the state's institutions, and even the institutions calls upon supervising it are managed by people elected for fourteen years.

There are two declared reason for placing authority for such a long period of time in the hands of one person. The first one is related to the fact that economic stability cannot be reached if

⁴ Laurence Whitehead, „The crash of 2008”, *Journal of Democracy Volume 21, Number 1 January 2010*

⁵ Project for Excellence in Journalism, *Changing the Narrative: How the News Media have Covered the Slowing Economy*, <http://www.dowjones.com/economicsentimentindicator/pdf/PewEconomyreport2.pdf>

the management changes every four years. The second reason is related to politicians temptations to make electoral gifts before the elections in order to create the illusion of welfare. I argue that this perspective is undermined by paternalistic assumptions. In other words, this decision is made considering the people too naïve to see whether the politicians are trying to trick them. The same way, this decision considers that all politicians are rude and they will always use electoral gifts to deceive the public.

Those questions and observations sketch the theoretical framework of the debate on financial capitalism and representative democracy. But does this type of financial failure lead to a democratic breakdown. The most objective answer someone could get to this question has to consider the fact that there are also other important factors leading to regime change. The most comprehensive work that identifies those factors and tries to investigate whether they lead to regime change is that of Gasiorowski⁶. The author identifies some of the factors influencing political change: socioeconomic conditions (economic development, the extent of literacy and education, the degree of urbanization and the extent of mass communication). As expected, low levels of these factors often lead to authoritarian regimes. The “modernization theory” suggests that once the levels of these factors become higher there is a constant pressure guiding those countries to democracy. A perspective close to this one emphasizes the role of the emerging middle class that desires access to political power imposing a democratic system. The conditions influencing the nature of the political regime are related to the nature of the population. That is, the ethnic homogeneity, low or moderate inequality, relatively even distribution of power. These are also factors facilitating a democratic political system. More subtle approaches, such as Huntington’s for example, suggest that the most important factor that is conducting to democracy is the country’s political culture. In other words, the key element in developing a democratic political system is represented by the level of tolerance, trust, egalitarianism and willingness to negotiate and compromise. In the same vein the authors adopting such perspectives believe that it is most likely to have a democracy in a country religiously dominated by Protestantism than in a country whose dominant religion is Islam. The political culture is closely connected to the character of political institutions the most important one being the military. In other words, even if we have fair electoral rules, political parties and a parliament the role played by the military in the political system is crucial. As expected, if the military plays an important role the democracy will not be accepted as easily as a civilian dominated country. Another type of structural factors influencing the regime change is represented by the international political conditions. This has to do with the “power of example” – a very important tool of political battle. That is, if there are other countries, especially if they are close or big, that are enjoying a democratic system the internal pressure to adopt such a democratic regime would be higher.

As discussed above, the economic crisis is one of the many factors leading to regime change, and especially to democratic breakdown. Examining 97 countries Gasiorowski and than Butcher⁷ are trying to establish a close correlation between economic crisis and democratic breakdown. Their conclusions do not contradict common sense intuitions: authoritarianism always seems tastier on an empty stomach. To put it differently, the lower the living standards the higher the risk of authoritarian regimes: *The empirical analysis provides strong support for this hypothesis: high inflation increased the likelihood of breakdown from 1950 until the mid-1970s (though not thereafter), and slow or negative economic growth increased the likelihood of breakdown throughout the period under study (1950-89)*.⁸ There are other important findings in his study. The economic crisis does not reduce the legitimacy of any kind of political regime independently of other structural conditions. The lower the income per capita in a country the most likely to have an

⁶ Mark J. Gasiorowski: *The American Political Science Review*, Vol. 89, No. 4 (Dec., 1995), pp. 882-897

⁷ Charity Butcher, „Bridging the Gap between Theories: Economic Crisis and Regime Change”

http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation.php

⁸ Mark J. Gasiorowski: *The American Political Science Review*, Vol. 89, No. 4 (Dec., 1995), pp. 882-897

authoritarian regime. These findings are also present in a more recent similar study. The most important factor complementary to the economic crisis has proved to be the income per capita. The democracy breakdown is to be expected in countries with low levels of income. One finding contradicting common sense intuitions is related to the fact that the political culture and the characteristics of the political institutions have little effect on the democratization process. On the contrary, the „contagious” effect of having democratic regimes in countries surrounded by democratic neighbors has proven to be sustainable through statistical data.

Conclusions

The actual crisis is not only a macro economical one. It is a crisis undermining the core assumptions of liberalism. By applying liberal principles to economics we obtain a free market system that rests on the assumption that through the free combination of rational decisions we shall arrive to a socially rational allocation of resources. But the free market of derivatives has proven to be loaded with „financial weapons mass destruction”. Is this the end of capitalism as some leftists are happily proclaiming? I think the answer is a negative one but the reasons for that answer have nothing to do with some liberals extremely optimistic perspectives. My answer is not based on the American public enthusiastically embracing the election of a president representing a minority. It is not based on the excessive trust on the democratic institutions. My answer is based on statistical data proving that economic crisis leads to democratic breakdown only if other complementary factors such as the low income per capita are also present. So it is not the political culture, the democratic institutions and the alternation to power that saves the capitalism and its political counterpart, representative democracy, as Whitehead claims. The most important aspect of the politicians being able to contain the crisis is related to the high living standards that most Americans still enjoy since, as stated earlier authoritarianism always seems tastier on an empty stomach.

References

1. Butcher, Charity „Bridging the Gap between Theories: Economic Crisis and Regime Change”
2. http://www.allacademic.com//meta/p_mla_apa_research_citation.php
3. Gasiorowski, Mark J. *The American Political Science Review*, Vol. 89, No. 4 (Dec., 1995), pp. 882-897
4. Project for Excellence in Journalism, *Changing the Narrative: How the News Media have Covered the Slowing Economy*, <http://www.dowjones.com/economicsentimentindicator/pdf/PewEconomyreport2.pdf>
5. Tabb, William K., „Four Crises of the Contemporary World Capitalist System,” *Monthly Review* (October 2008).
6. Whitehead, Laurence Whitehead, „The crash of 2008”, *Journal of Democracy Volume 21, Number 1 January 2010*

MEDIA MYTHS OF THE 2008 ECONOMIC CRISIS

Maria CERNAT*

Abstract

There is always a difference between reality and the news reflecting reality. Although objectivity has always been a crucial standard of journalism the media has always been criticized for badly reflecting the surrounding reality. What about the actual crisis? The most common headlines dealing with the actual crisis are proclaiming loudly the financial panic, economic catastrophe and the long and painful recession. There are important ethical aspects of the biased, emotionally loaded articles on the matter, but there are also social and economic implications of the catastrophic image created by the media in search of higher audiences. It is a well known fact that our actual political and economic systems rely mainly on citizen's trust in the liberal and financial practices. Given the degree to which a decentralized market system rests on the trust and the confidence of the people, it becomes clear that the economic and social aspects of the catastrophic media image of the crisis represent a serious subject of investigation. This paper is about the most common myths created by the media regarding the actual financial crash. Our purpose is to point out the fact that the way our media handles the crisis is very important and might have unprecedented economic effects.

Keywords: *economic crisis, media myths surrounding crisis, painful recession, trust in decentralized market system, economic effects of media myths*

Introduction

One of the most obvious cases of journalism influencing financial markets is that of Northern Rock Bank collapsing after a BBC report in 2007. Most analysts agree on the fact that Northern Rock has made important mistakes but they also emphasize that it was the nature of the BBC report that created the public panic and anxiety that led to its collapse. This is one of the many situations revealing how sensitive and controversial the relation between the financial market and the financial journalism really is. In the first part of our paper we shall examine some of the media myths regarding what is nowadays called “the crash of 2008”. In the second part of our article we shall analyze some of the ethical aspects regarding financial journalism in order to highlight the most important controversial aspects regarding corporate financial journalism. This analysis could help us understand and maybe answer very important questions regarding the watchdog of the executive power, as journalism is often called: why was it unable to predict the actual crisis? Why were there no debates and critical opinions regarding the free market system, the financial market that eventually turned into a “casino-capitalism”?

Paper content

The most important myth created by the media regards the fact that today's neoliberal politics is shifting toward a statist way of regulating financial markets. Thus, most people believe that maybe we are dealing now with a “third New Deal” favoring a Keynesian perspective on state's intervention in economy. Most people believe that the major financial institutions are being “nationalized” since the state decided to help them overcome the economic crisis. As Takis Fotopoulos¹ is trying to prove, this is not the case. The public's belief that it is absolutely necessary to sustain major financial institutions with tax-payer's money is a media myth created in

* Lecturer Phd., Faculty of Journalism, Communication and Public Relations, *Spiru Haret* University, (E-mail: macernat@gmail.com.)

¹ Takis Fotopoulos, „The myths about the economic crisis, the reformist Left and economic democracy“, *The International Journal of INCLUSIVE DEMOCRACY*, Vol. 4, No. 4 (October 2008)

order to maintain an economic system build on free market trade. Thus, the banks are not “nationalized”, since they continue to escape social control through the state institutions. This is because, while giving large amounts of money to those institutions, the state does not have a say in what they should do with all that money. Deregulated financial markets were the creation of the Thatcher and Reagan neo-liberal economic perspectives, and today’s politicians seem very reluctant to abandon this *laissez-faire* principle. This is why the tax payers have nothing to say in how bankrupt financial institutions use their money. They can only witness how the very institutions desperately asking for their help give substantial bonuses to managers and continue the risky strategies that got them where they are in the first place.

The market economy rests on two types of markets: the “real” product market and the capital market. Once those markets were deregulated in the ‘70 they could escape social control through state institutions. In addition, the financial market became more important and the profits obtained in this financial field soared over the last decades. On this type of market, the most important way of gaining money through money is financial speculation aiming to gain from price fluctuation and form ingeniously juggling with the selling of bonds, stocks, currencies and other “derivatives”. All the products carrying a price can generate a derivative, that is, financial contracts used to transfer the risk to others. Those derivatives are financial products that played the central role in the actual crisis since they are individual contracts that escape all forms of control, operating outside the grasp of the state financial inspectors. This market is not dangerous by itself. It is its size and the fact that it is deregulated that causes the problems leading to today’s crisis. As Takis Fotopoulos argues, “*although, therefore, in themselves, derivative contracts are not dangerous, the “anarchy” of the market makes them potentially lethal. Even if one of these contracts goes wrong — “the bad 2 per cent” as it has been called— then the domino effect could have enormous, if not catastrophic consequences. This is because as derivatives are just paper money, there is nothing backing them—no reserve requirements of any sort, which could back their transactions on them.*”²

This type of market, allowing speculation to be the only way of obtaining profit has led analysts to call this stage of capitalism “monopoly financial capitalism”³, or even “casino capitalism”. It is obvious that this type of economy relying mostly on financial gambling is extremely sensitive to any type of rumor in the media. That is why we shall analyze in the second part of our paper some of the most effective methods journalists can use to influence the market.

The second media myth related to the present financial crisis regards the actual causes of this economic failure. The most common media explanation is the of a few rude bankers and financiers that used inside information to effectively speculate or to create products that could bypass the existing rules so they could get important profits or huge bonuses. The analyst Takis Fotopoulos regards this type of explanation as an effort to “personalize” the actual crisis, blaming everything else but the system of deregulated markets itself. This is a point that must be carefully examined because this myth is not entirely unrealistic. This type of financial gambling functioned flawlessly for several decades so why is it that the crisis stroke at this precise moment? Fotopoulos is right in affirming that it is the system that allows and even creates this type of greedy individuals using the

² Takis Fotopoulos, „The myths about the economic crisis, the reformist Left and economic democracy“, *The International Journal of INCLUSIVE DEMOCRACY*, Vol. 4, No. 4 (October 2008)

³ „(...) *financialization has resulted in a new hybrid phase of the monopoly stage of capitalism that might be termed “monopoly-finance capital.” (...) It seemed that finance had developed a new magical M–M’ circuit, in which money could be made solely out of money, without the intervention of actual production. The new secret of accumulation was presumed to be leverage and risk management, which allowed the purchase of assets that promised higher returns even if they carried a higher risk, and the borrowing of many times the amount the investor had in equity capital —perhaps ten, twenty, thirty, or in some cases a hundred times as much. (...) Finance capital has expanded in parasitic form.*” William K. Tabb, “Four Crises of the Contemporary World Capitalist System,” *Monthly Review* (October 2008).

“financial weapons of mass destruction”, as Warren Buffet called them, to their own benefit and disregarding any other type of moral constraint. On the other hand it is also true that those abusing the system cannot be completely exonerated. It is their fault, but also the free market system’s fault. If the neoliberals personalize the guilt, Fotopoulos “systemizes” it, creating yet another type of a myth.⁴ This is not, of course, a media myth. The dominant image in the media does not regard the system itself, but those people who engage in risky financial speculations that led to the crash of 2008.

Another myth created by the media is that this is the end of capitalism. One of the first effects of the present crisis was that *The Capital*, the famous work by Marx, recorded unprecedented sales incomes. The leftist euphoria created a distorted image favoring the idea that the “casino-capitalism” is in fact the final stage of capitalism. This type of perspective is completely unrealistic since the communist experiment failed in the ex Soviet block. The era of people being seduced by the idea of a society without classes is long gone and there are few people expecting a major and complete resolution of humanity’s most important problems through a political thinker’s solutions.

The fourth media myth I shall investigate regards a possible shift in the geopolitical area. It is a perspective fueling American anxiety towards the rise of China’s economy. This media myth concerns an eventual ending of American global leadership. Those trying to impose this type of perspective invoke the fact that this is not at all the end of capitalism, but only the end of a stage of capitalism, the financial one. So, in fact, this is not a systemic crisis, but a crisis of a highly unstable form of capitalism. *Here is a historic geopolitical shift, in which the balance of power in the world is being altered irrevocably. It is America's political class that, by embracing the dangerously simplistic ideology of deregulation, has responsibility for the present mess...In these circumstances, will the governments of countries that buy large quantities of American bonds, China, the Gulf States and Russia, for example, be ready to continue supporting the dollar's role as the world's reserve currency?*⁵ This myth is related to the idea that centralized economies such as the Chinese example are far more stable and able to develop rapidly since the world leader, USA faces major financial problems. As Fotopoulos states this is a very naive perspective disregarding the fact that the deregulated free market system allowed the major corporations to transform China into an assembly line. All China’s economy is relying on America’s buying power. If there are no more people willing or affording to buy Chinese toys or computer gadgets produced in the few islands of development in a desert of extreme underdevelopment characterizing nowadays China’s economy, this type of geopolitical shift is impossible.

The media myths discussed above regard the political interpretation of the crisis. There are also other types of myths surrounding the present crisis. Those are the myths related to the working environment. The crisis functions as the perfect excuse to cut bonuses, reduce salaries and fire people. In fact, financial bankruptcy provided a great opportunity for managers to take several unpopular measures regarding their employees. Even if people work in an industry that is not affected by the crisis, say computer software industry, the managers use it as an excuse to cut back the salaries, bonuses and other advantages. Thus we could say that not only that the present crisis was created by greedy people, but it has also provided the perfect environment for the same people to benefit from its existence.

⁴ There is no doubt of course that there is an abundance of such persons in the financial sector. The very nature of the profession, to make money for the bank or the financial institution, attracts talented graduates whose main talent consists in doing just this: to make money for the institution they work and for themselves. However, it would be as silly to blame these persons for the crisis[...]”Takis Fotopoulos, „The myths about the economic crisis, the reformist Left and economic democracy“, *The International Journal of INCLUSIVE DEMOCRACY*, Vol. 4, No. 4 (October 2008)

⁵ William K. Tabb, “Four Crises of the Contemporary World Capitalist System,” *Monthly Review* (October 2008).

The investigation of the images media creates in reflecting the actual crisis leads us to a subject of serious concern: the ethics of financial journalism. A research program regarding the way media covered the economic crisis⁶ empirically proved what we could all guess. People are interested in economy news, but this trend does not translate in more coverage, while more coverage is leading to increasing public's anxiety and deepening their worries regarding economy. There are several explanations we could take into account. First of all, this could be a result of what media theorists call *pack journalism*. That is, journalists are frequently reporting on subjects that brought success to their co-workers. So, if one media channel has gained important audiences by reporting on suicide attempts, for instance, it is likely that other channels will send reporters to investigate the same issue. This has an important effect on the public: more news about criminal acts reported in a given period of time will make the public believe that there is in fact a raise in delinquency acts. So, if there is more news about economic recession the public will believe that there is in fact something wrong with the economy. In the case of financial journalism this is an extremely important observation. As we discussed earlier, the financial market is relying heavily on people's trust. Spreading rumors and creating panic could prove to be a lethal weapon in a speculative environments such as those characterizing this form of financial capitalism that we could call *gambling* capitalism. However, no matter how many ethical codes we may develop, this kind of journalistic temptation will always lurk over the corner. And this temptation is amplified by the actual system of highly competitive corporate journalism.

Media myths and the lack of social responsibility are the results of a system that parallels deregulated markets. That is, in the same years when Thatcher and Reagan imposed the neoliberal principles resulting from Hayek and Friedman economic analysis, commercial television gained unprecedented advantages compared to the public service television. For a few decades commercial television has developed rapidly, imposing itself as the main form of media system. Just like in the case of the free market, commercial television could escape regulatory constraints imposed to public service television. That is, due to this lack of regulation, commercial television was able to convert all forms of public debate in an easy to digest TV show. The long praised First Amendment was often invoked in favor of highly controversial information delivered to the public. In the following part of this paper we shall argue that the freedom of the press is nothing but another myth we have accepted for several decades. The most interesting aspect of this situation relates to the fact that it was the apparent freedom granted to commercial television that lead to a form of corporate "tyranny".

The free press plays a key role in a democracy. First of all it offers citizens information that could guide them in the public debate. Secondly, it offers the possibility of putting the legislative, judicial and executive power under close scrutiny. This way, it becomes the watchdog of all other powers in a democracy. The fact that the actual crisis was not predicted by any of the most important economic media channels is the result of the media failing to be the watchdog working in the public's interest. To prove this point we first have to take into account some historical facts regarding the media. In the late '70 countries all over the world started deregulating the media. This offered private corporations the possibility to compete with the public service and in the end replace the public service model of the media with the market system. In the late '90 and in the new millennia several mergers took place thus concentrating media ownership in fewer hands. The result was the formation of giant media corporations controlling printed press, broadcasting, film, music and Internet sites.

Working in a highly competitive environment, journalists found themselves in a desperate quest for higher audiences. This constant competition has been weakening their critical skills and reflective abilities. This is why the quality of news has dramatically dropped leaving the door open

⁶ *The Changing Narrative How the News Media Have Covered the Slowing Economy*, <http://www.dowjones.com/economicssentimentindicator/pdf/PewEconomyreport2.pdf>

for cheap sensationalism and infotainment. I think that the media cannot function as any other commercial enterprise for several reasons. First of all, the production of news cannot be made automatically. The most important tool for raising productivity is using state of the art technology in the assembly line. But this industrial production process cannot be reproduced by the media simply because we can never use machines to produce news. That is, we could use state of the art computers, but our brains will ultimately do the job and so far there is no tested method to replace the brain with a technological tool. Therefore the production capacity is constant and imposing closer deadlines for the production of news could only lead to lower quality media products. The competitive pressure has negative effects reflecting in weakening the critical and reflective functions of media communication.

Another controversial aspect regarding the freedom of the press in the “deregulation era” is related to the fact that, although it may sound like a Marxist remark, concentrating the media ownership in fewer hands could lead to a dangerous monopoly. In addition it is plausible to assume that those huge media corporations will follow their own agenda and not the public interest. Thus, mainstream media will not address public social problems when those problems threaten corporate interests. There are several examples illustrating this claim. One of the most important regards the fact that mainstream media never hosted serious debates on *gambling* financial capitalism that could allow people to foretell the present crisis.

The actual crisis is bringing the media ethics closer to the important debates regarding mainstream journalism. This is because there are several ways financial journalists could influence capital markets. This was the case of the Daily Mirror columnist James Hipwell who was deliberately ramping shares in the column and profiting from the resulting share price fluctuation between 1998-2000. A subsequent criminal prosecution found him guilty of market abuse. So, financial journalists enjoy a privileged position that they can use to manipulate the market. The most important tools they can use are ramping, short selling and Insider Trading. Ramping was used by the Daily Mirror columnist and consists in buying up shares, boosting them with a news story then selling the inflated shares with a profit. Short selling is a technique that involves selling financial instruments that are not owned at the time of sale. In the expectation of declines in price, shares are borrowed then sold. Later they are bought back at a lower price for returning to the lender and the difference in value is the profit. By spreading false rumors, prices can be deflated. Insider Trading refers to trading on the basis of non-public information usually gathered through informal methods. These are ways in which one can influence the financial market even if there is no crisis taking place. The actual financial bankruptcy revealed another controversial aspect of journalism.

The most important method of crippling the watchdog of other powers in a democracy is through advertising contracts. This way, the media is no longer subject to political pressures but to economic pressures founding itself at the mercy of corporations using it to advertise their products. For instance, in 1997 Chrysler transmitted a material to the publications it had contracts with, specifying that they must point out the articles containing political, economic or sexual information that could damage the corporate image. The same year, the Harper-Collins Publishing House, part of the corporation controlled by Rupert Murdoch, refused to publish the book of Chris Patton, the last governor of Hong Kong. Although the editors considered it to be a best seller, the publishing house refused the contract because the text contained critical information regarding the Chinese government and Murdoch was planning to enter this market.⁷

The case of financial journalism is a very delicate one since, as shown above, the articles in this area could easily influence financial markets. But financial journalism has been subject to unprecedented pressures over the last decades. Danny Schechter, a well known investigative journalist, is one of the many media theorists accusing the media of failure to carefully analyze the

⁷ Mihai Coman, *Introducere in sistemul mass-media*, Bucuresti: Polirom, 1999.

exotic financial products that caused the crisis and to listen to the warnings issued by community housing organizations of the predatory lending practices in some of America's poorest communities. The famous journalist points out that the mainstream financial media failed to foresee the present crisis since their main source of income was the real estate advertising. Moreover, not only that the financial journalists failed in their role to serve the public, but they actually harmed those very people they had to serve by advertising the financial products that created the crisis. Schetcher points out that normally people do not spend the money they don't have, but this type of risky behavior was marketed to them through media advertising and lifestyle supplements. „*The media was part of this whole sales machine, and it happened at the same time that newspapers were cutting back on investigative reporting, and ironically expanding business news targeted at the business world; not at the general public, not on the economy and how it affects you and me.*”⁸ Another way the financial journalism lost its teeth relates to the fact that most financial journalists fell pray to the greed-is-good mentality. That is, they identify with the successful business man writing sycophantic articles on the „new masters of the universe” initiating the cult of the CEO. „*[...]as financial journalists cover business, they become part of the scene, they identify with the players, go to the parties, they are increasingly in a world of fewer and fewer people that is cut off from the mainstream of American life.*”⁹

Conclusions

We analyzed in this paper some of the media myths and some flaws of reporting on the financial crisis of 2008. The main media failure is related to the fact that the financial journalists did not investigate the risky financial products that were responsible for the actual crisis. The financial press received important amounts of money from the financial institutions through the commercial adds advertising the very products that led to the global crash of 2008. Therefore, financial journalists were reluctant in investigating those risky products since this would have been equivalent to investigating their own advertisers. In other words, this is a typical case where *the watchdog of the power* (the press) refused to bite the hand feeding it.

All those problems related to the media reflecting the economic problems come from an endemic internal contradiction characterizing all commercial media. That is, the contradistinction leading to this sort of problems is that the commercial media is enjoying the rights usually assigned to the public service media but it is not in fact using those rights to the public interest but to its own interest. In other words, commercial media is now using the public interest principle in order to assume liberties such as the protection of the sources and the freedom of expression, which are subsequently used for gaining private benefits.

References

1. Coman, Mihai, *Introducere in sistemul mass-media*, Bucuresti: Polirom, 1999.
2. Fotopoulos, Takis, „The myths about the economic crisis, the reformist Left and economic democracy“, *The International Journal of INCLUSIVE DEMOCRACY*, Vol. 4, No. 4 (October 2008)
3. Schechter, Danny, *Plunding Investigating Our Economic Calamity and the Subprime Scandal*, Cosimo Books, 2008
4. Tabb, William K., „Four Crises of the Contemporary World Capitalist System,” *Monthly Review* (October 2008).
5. Tambini, Damian, „What is Financial Journalism for? Ethics and Responsibility in a Time

⁸ Danny Schechter, *Plunding Investigating Our Economic Calamity and the Subprime Scandal*, Cosimo Books, 2008

⁹ Idem, p. 83.

of Crisis and Change”, www.polismedia.org

6. The Project of Excellence in Journalism *The Changing Narrative How the News Media Have Covered the Slowing Economy*, <http://www.dowjones.com/economicsentimentindicator/pdf/PewEconomyreport2.pdf>

THE DINAMICS ON CITIZENSHIP – A THEORETICAL APPROACH

Diana Elena NEAGA*

Abstract

In this paper I argue that the concept of citizenship is fundamentally a dynamic concept, a reflection of the society in which we live in. Thus, I identify participation as the main element of this dynamics. Starting from a simple definition – citizenship as the connecting point between individuals and the state through rights and obligations – I note that citizenship is called upon on one hand in order to legitimate a political community's authority, and on the other hand, in order to protect the individuals through guaranteeing a set of civil, political and social rights. In order to fulfill these functions, the institution of citizenship must permit a continuous negotiation and re-negotiation of the social contract, in a well-defined framework (in terms of time and place coordinates). Thus a particular mechanism emerges, transcending the classical theoretical approaches meant to explain who, how, for whom and why we discuss the issue of citizenship.

My paper follows a three-step argument: first, I will start by deconstructing the concept of citizenship to its component elements, stressing out those aspects I consider to be relevant in terms of dynamics. Secondly, I will look at the main theoretical approaches regarding citizenship, considered as the results of a modeling process which establishes particular relations between various elements composing a system. Finally, I will underline the importance of participation (active or/and passive) in the process of (re-)constructing the concept of citizenship. Also, in this last part, I will try to synthesize the main elements that contribute to the dynamics of citizenship.

Keywords: *citizenship, theories of citizenship, active participation, passive participation, dynamics.*

Introduction

The main thesis of my paper is that citizenship is essentially a dynamic concept, fundamentally depending on the context within it functions. Thus I argue that one of the core elements composing this dynamics is participation which, in relation with citizenship, develops at least two dimensions: *active participation* – implying effective and sustained implication of individuals and groups in the governing processes affecting their lives, and *passive participation*, which implies that the lack of action is a form of response or an implicit evaluation of the social contract at one given moment, thus a form of agreeing on the status quo.

Studying the dynamics of citizenship has in my view at least two major implications: first, it makes available the proper analytical tools with which one can understand the historical changes of the concept, and secondly, it may provide researchers with the ability to forecast future directions in which the concept may change and evolve.

Thus, in this paper I want to reveal the flexible points or aspects present in the concept of citizenship that can reveal its dynamic nature. I consider such an approach as necessary due to the fact that up until now, the relevant literature concerned with the concept of citizenship developed an integrated model of the concept's inner dynamics, therefore this essential aspect being taken into consideration only as a secondary element or as part of a wider context, but never as a core dimension of the concept.

On account of clarity, I find it necessary to draw up a first subchapter in order to ensure a clear definition of the concepts I will relate to and make use of along this paper, starting with citizenship and proceeding onwards with the concepts resulting from its deconstruction. At the

* PhD Candidate with National School of Political Studies and Public Administration (NSPSPA), beneficiary of the project "Doctoral scholarships supporting research: Competitiveness, quality, and cooperation in the European Higher Education Area", co-funded by the European Union through the European Social Fund, Sectorial Operational Programme Human Resources Development 2007-2013; (e-mail: diana_elena_neaga@yahoo.com).

same time, at this stage, my purpose would be to provide an analytical approach to the discussed concepts by a permanent reference to the core of this paper, namely citizenship as a fundamentally dynamic notion. The concepts that will be discussed hereafter are: citizenship, individual, political community, relationship, rights, obligations, participation.

What does citizenship stand for?

Isin and Turner define citizenship as a legal status held under the authority of a state¹, a social process by means of which individuals and groups undertake to follow their interests by shaping obligations and rights². Stressing the participative dimension of citizenship, Richard Bellamy refers to it as a particular set of political practices involving specific rights and obligations with respect to a political community.³

Other scholars emphasize the membership status entailed by citizenship and the relation between individual identities and the citizenship building process. For example, Thomas Janoski and Brian Gran approach citizenship from the membership standpoint, be it passive or aggressive, by the individuals to a nation-state that guarantees them universal rights and obligations on a certain level of equality⁴, a process in which each persons sees the relation between rights and obligations as an exchange and a swing by which the self develops in relation to the state and to a manifold of political groups⁵. Faulks stresses the importance of citizenship as mediating factor in the relationship between the civil society and the state and the fact that the citizens' understanding of how they are to exercise their rights and obligations is crucial to the soundness and stability of any system of government⁶.

We can see therefore that the definitions of citizenship are manifold, with certain elements however remaining constant, namely the *relation* between individuals and a *political community* embodied in a set of *rights* and *obligations*, elements that will be discussed in what follows.

What is the individual or to what sort of individuals do we refer to when taking radiography of the dynamics of citizenship?

In the existing literature on the matter, a distinction is set between two different approaches to the concept of individual, approaches which are complementary in my perspective, namely the bio-sociological⁷, emphasizing the social and/or biological determinism and the philosophical-political⁸ approach, grounded on a conception regarding human condition. Reality, or better said

¹ Isin, Engin F. și Turner Bryan S. "Citizenship Studies. An introduction", in Isin, Engin F. și Turner Bryan S., *Handbook of Citizenship Studies*, (Londra: Sage Publication 2002), p. 2;

² Idem 2, p. 4;

³ Bellamy, Richard. *What is Citizenship. A Very Short Introduction*, (New York: Oxford University Press, 2008), p. 3;

⁴ Janoski, Thomas și Gran, Brian. "Political Citizenship: Foundation for Rights", in Isin, Engin F. și Turner Bryan S., ed., *Handbook of Citizenship Studies*, (Londra: Sage Publication 2002), p. 13;

⁵ Idem 6, p. 14;

⁶ Faulks, Keith. *Political Sociology. A introduction*, (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1999), p. 126;

⁷ See Budon, Raimond, coord., *Tratat de sociologie (Treatise of Sociology)*, (București: Humanitas, 1997), p. 251);

⁸ In this case we operate with four fundamental perspectives on human nature: the **optimistic view**- mainly related to the liberal ideology and according to which humans have an intrinsic value deriving from their being reason-endowed (Țăranu, Andrei. *Doctrină politică moderne și contemporană (Modern and Contemporary Political Doctrines)*, (București: Fundației Pro, 2005), p. 17); the **pessimistic view**- mostly assumed by the conservative perspective, setting out from the assumption that the human being lacks a general inclination towards altruism, being more of an egoistic being, bound rather for idleness and acting only by virtue of self-interest, according to this approach individual rationality being profoundly marked by emotions (Socaciu, Mihail, coord., *Filosofia politică a lui Thomas Hobbes (Thomas Hobbes Political Philosophy)*, (Iași: Polirom, 2001), p. 37-38); the **rationalist view**- formulated by Grotius according to whom the innate sociability of human being represents its essential characteristic, adding up to the fact that everybody rigorously respects the promises and conventions they pledged themselves to (Turchetti, Mario. *Tirania și tiranicidul. Forme ale opresiunii și dreptul la rezistență din antichitate până în zilele noastre (Tyranny and Tyrannicide. Forms of Oppression and the Right Resistance from*

the perception of reality, is generated by the manner in which the manifold of the aspects related to biology, sociology and political philosophy configures itself, thereby engendering a model of the individual, or representing an Weberian ideal type. At the same time, one could easily guess that there is no single equilibrium point leading to the stabilization of the model, therefore that we are dealing with multiple equilibrium states intensified by the context in which the calibration of the model takes place⁹. The perspective that places the individual at the intersection between the philosophical-political approach and the bio-sociological one could prove very useful in providing answers with regard to the scope of the concept of citizenship, i.e. with regard to *who* and *why* should or shouldn't be citizen.

What does a political community stand for or what do we bear in mind when we speak of a political community with regard to citizenship?

Max Weber characterizes political structures depending on the source of the legitimacy, territoriality, available means of coercion and degree of institutionalization of the authority system¹⁰. Setting out from the assumption that power is part of any society and not just a mere derivative of economical domination and that, besides administration, it also involves governing people, power becomes as such a basic element for the construction of a political society¹¹. The manner in which the aforementioned elements combine and/or merge has a fundamental impact on the nature of the political community we refer to at any give moment.

The authors concerned with this issue especially refer to certain political communities when approaching the problem of citizenship, mainly discussing the ancient and the modern citizenships with respect to the specific organization of the fortress cities of Ancient Greece and Roman Empire¹², respectively the city-state¹³, as within these communities first takes place the coming of the individuals in the political sphere, identified and specified as such and having as fundament the equality of the citizens as members of a political community, which is a result of the replacement of the hierarchical and dominance relationships with reciprocity ones¹⁴.

In this context the gained legitimacy becomes very important, but it "must be constantly maintained and renewed by the legitimizing process [...] the mixed character of the political power is bestowed by this joint and not necessarily harmonious dynamics"¹⁵. As such, we are dealing here with a political arrangement that stabilizes itself by its very capacity of continuously adapting to the needs of the governed.

What does a relation consist of and what kind of relation does citizenship entail?

By its simplest definition, a relationship is a link, a connection between things, ideas, facts, processes, terms etc. In the corresponding literature, the relation between individuals and the political communities they belong to is defined as an inclusion relationship that, with respect to the

Antiquity to Present), (București: Cartier, 2003), pp. 615-618)); the **Marxist view**- Marx's deterministic historic-materialistic approach also shapes its view of human nature- the existence determines consciousness.

⁹ Two such equilibrium states are elaborated in Locke's and Rousseau's theories of natural and civil right.

¹⁰ Weber, Max, *Politica, o vocație și o profesie*, , (Bucharest: Anima, 1992), p. 8;

¹¹ Chazel, Francois, *Puterea (Power)*, in Budon, Raimond, coordinator, *Tratat de sociologie (Treatise of Sociology)*, (Bucharest: Humanitas, 1997, p. 248;

¹² The perspective on the organization of the *polis* was a pure utopia, the reality of the political life being completely different. The fact that the basis for its construction was represented by a small number of citizens, that should have had sufficient common interests, further enforced directly by participating in the decision making resulted in the fact that Greek citizenship was rather exclusive than inclusive. As such, women and long term residents enjoyed only partially the civil rights, while slaves were denied the citizenship. Another source of exclusion resulted from the fact that freedom and equality were profoundly bound to the membership to the polis, more precisely to land ownership. See Dahl, Robert A. *Democrația și criticii ei (Democracy and its Critics)*, (Bucharest: Institutul European, 2002), pp. 31-32;

¹³ See Schulze, Hagen, *Stat și națiune în istoria Europei (State, Nations and Nationalism: from the Middle Ages to the Present)*, , (Iași: Polirom, 2003), chap.1, 2;

¹⁴ Bachelier, Christian, *Ce este cetățenia?, (What is Citizenship?)*, (Iași: Polirom, 2001), p. 7;

¹⁵ Bachelier, Christian, *Ce este cetățenia?, (What is Citizenship?)*, (Iași: Polirom, 2001), p. 7;

view of the individuals and of who must or deserves to be a citizen, and to territoriality¹⁶ as well, automatically entails an exclusive dimension. The inclusion relationship entailed by citizenship is one of order, even of complete order¹⁷ as citizens are considered to be equal with respect to their rights and duties, therefore comparable in this respect. As such, the assumption by which we proceed is that given the class of the individuals, one of its subclasses is represented by the included individuals and the other by the excluded ones. In the next step of the analysis, the inclusion criteria become important, assuming that citizenship is desirable. Further, the desirability of citizenship as against the inclusion relationship it entails, involves the fact that the inclusion relation has value, value that I personally find mainly instrumental, therefore extrinsic¹⁸, in nature, as long as the citizen status represents both the basis for the guarantee of the civil rights and for the enforcement of the obligations, desirability that entails a permanent process of forcing the *boundaries* of citizenship, therefore dynamic in nature.

Citizenship: rights and obligations

Citizenship is also seen as “the right to have rights”¹⁹, namely that certain something that conditions the access to certain rights upon the belonging to a political community. In the specialized literature we basically find two approaches to the citizen’s rights, the first from the standpoint of the functions of the rights, the second from that of their scope. With regard to their corresponding validity domain, and we are mainly speaking here of *legal or civil rights* (personal security, access to justice, consciousness and choice), *political rights* (personal political, organizational, membership rights), *social rights* (empowering rights, opportunity development rights, redistribution and compensation rights) and *participation rights* (labor market rights, consultative or determinative rights mostly referring to rights resulting from collective negotiation and co-determination rights, capital control rights). From the standpoint of their *validity domain* we can speak of *universal rights* (involving all citizens found in the capacity to make use of them) and of *particular rights* (applicable to a small body of citizens by virtue of some specific differences separating the respective group from the mass of the citizens)²⁰.

Just as in the case of the rights, the discussion regarding the obligations involved with citizenship depends on the manner in which the different approaches to the individuals and the political communities, configure around the inclusion relation, thereby together modeling the substance of citizenship in different theoretical configurations. It is certain however that irrespective of the theoretical approach, the obligations mainly involve the submission to and equality of the citizens with respect to the law, law which is devised in such a manner as to satisfy the needs of the citizens at a given time. Obligations, just as rights, are shaped along a continuous process of adaptation to reality, process that provides the substance of the political construction

¹⁶ Reality still compels us to refer to city states, even if in the specialized literature there are ample elaborations of the theories concerning cosmopolitan citizenship.

¹⁷ An order relationship in which any two given elements are comparable bears the name of *total order relationship*.

¹⁸ One could also find arguments for an intrinsic value of citizenship to the extent that, for example, in a world of citizens one could want to be a citizen just for the sake of being released of any ulterior benefits and obligations, citizenship thereby gaining intrinsic value. However, I personally find this aspect to be of lesser importance in the analysis I set forth, as I believe it can be subsumed to the multitude of possible arrangements in the configuration of the individual and, as such, the effects of the swing on this dimension are to be felt in the dynamics of the citizenship irrespective of its being included in the characterization of either the relation, or the individuals.

¹⁹ Bellamy, Richard. *What is Citizenship? A Very Short Introduction*, (New York: Oxford University Press, 2008), p. 15;

²⁰ See Janoski, Thomas and Grant, Brian “Political Citizenship: Foundation for Rights”, in Isin, Engin F. and Turner Bryan S., ed., *Handbook of Citizenship Studies*, London: Sage Publication 2002; Janoski, Thomas, *Citizenship and Civil Society: A Framework of Rihts and Obligations in Liberal, Traditional and Social Democratic Regimes*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), pp. 28 - 35;

within which these are undertaken by the citizens, thereby legitimating the government.

Five basic theories of citizenship

Essentially, in the presentation of the five basic theories, I will attempt at providing an analysis of the manner in which the elements I have presented in the previous pages, come together in the form a unitary explicative vision of citizenship, more to the point, of the manner in which a certain vision on human nature, political edification, the nature and the role of the relationship between individuals and political community is embodied in rights and obligations that, in their turn, become apparent in the institutionalization of the state by the citizen. The multitude of the existing theories²¹, is proof to the diversity of the answers that can be given to this question and to the intense current debates, enlivening the scholarly field concerned with citizenship. They will be presented hereafter.

The liberal theory of citizenship. The edification of the liberal citizenship²² sets out from the individuals, as they are the ones who, by association, set up all the other constructions pertaining to citizenship. The placement of the individual before everything else is grounded on an optimistic view with respect to human nature, namely by virtue of the rationality bestowed upon equal and free individuals. Thereby they are the most qualified to administrate their own lives, the aims of which limit themselves to the optimal satisfaction of the personal interests²³. The development of the conception of the individual has obvious effects upon shaping the criteria for the right government. Therefore, what we are dealing here with is a relativization of the *best government*, as the latter is permanently being set against the interests of the individuals, interests that, in the extent in which they can be satisfied by the market, by the regulation of the invisible hand, involve the maximum possible reduction of the state's attributions by virtue of its incapacity to properly estimate the nature of a government just by the legitimacy bestowed upon it²⁴.

Setting out from this basis, liberal citizenship can be defined as that distinct view on citizenship having as main finality the maximization of the citizens' individual freedom²⁵. In such a structure, the individuals act in keeping with the rights being guaranteed by the political community, by their own beliefs and values. They are free to choose whether and how they participate, civically or politically, in what sort of market transactions they partake, thereby also assuming the effects of the choices they make. The individual rights are universal and precede both the obligations and the state, but at the same time, the liberal citizens are tolerant with respect to the obligations deriving from the necessity of respecting the rights of the others. Collective rights are secondary to the individuals and are not attributed to some abstract entities. The state must provide for a climate in which the citizens can enjoy equal opportunity, climate that is best generated by mainly ensuring the civil and political rights. By providing civil and political equality by virtue of the rationality of the citizens, the liberal citizenship tolerates inequality in wealth and

²¹ See Beiner, Ronald, *Theorizing Citizenship*, (New York: State University of New York Press, 1995), Introduction;

²² The liberal doctrine knows nuance differences that became apparent in the distinction between classical, social and neoclassical liberalism; the same assumptions however are subjacent to each of them. For further details see Țăranu, Andrei. *Doctrină politică modernă și contemporană (Modern and Contemporary Political Doctrines)*, (București: Fundației Pro, 2005), pp. 23 – 30;

²³ Țăranu, Andrei. *Doctrină politică modernă și contemporană (Modern and Contemporary Political Doctrines)*, (București: Fundației Pro, 2005), pp. 17 – 18;

²⁴ The aim of the liberal conception on the role of the state is to avoid the risks entailed by the fact that the relation between the individuals and the political community in which they act is regulated by the legitimacy that covers only the good part of the government, the bad part thereby eluding control. Therefore, according to the liberal conception, as long as there is an alternative formula guaranteeing the promotion of the interests of the individuals, namely the market, the role of the government can be limited, thereby also minimizing the risks of the emergence of illegitimate governmental actions.

²⁵ Suck, Peter. H., "Liberal citizenship", in Isin, Engin F. and Turner Bryan S., ed., *Handbook of Citizenship Studies*, (Londra: Sage Publication 2002), p. 132

income gained from the performance on the market, fact leading to an incompatibility with the redistributive policies.

The communitarian theory of citizenship. An alternative to the liberal view on the citizenship is provided by the communitarian theories²⁶. The ground pillar around which the communitarian citizenship is constructed is the community²⁷, which is considered to precede the political order and the state.

With regard to human nature, the communitarians claim²⁸ that there is no immutable reference system and that it would be more pertinent to speak of a dynamic, gradually developing human nature. As such, according to this view, we do not get born humans, but become as such. Setting out from this assumption, the communitarians, totally opposed to the conservatives, believe that individuals, in the extent that they are being embedded in a favorable, moral environment, which is rich in values, develop ever more virtuously. Socialization, namely *right socialization*, becomes essential and along with it, the socialization environments become the focal point of the communitarian approach. Family, school, community and communities of communities are the basic moral infrastructure for the shaping of the individuals.

Regarding the political community, the state, the communitarians claim that we should dispense with the idea that the state should be neutral, backing the conception that the state should be involved in the life of the community, in the production of the common good, by its capacity to impose certain limitations on self-determination, “which are necessary for preserving the social conditions capable of generating and strengthening self-determination”²⁹.

According to this approach, citizenship emerges within a community characterized by a specific cultural dimension, thereby stressing the social dimension of the rights and obligations. For the communitarians, citizenship involves the participation to the political life of the community, while, at the same time, accounting for a way to preserve its identity, thereby representing, in one way or another, a challenge to the universalism of the liberal citizenship that, from this standpoint, becomes rather problematic with respect to the integration of a set of very different identities.³⁰ Mindful of the differences, the communitarians support the equal dignity of the citizens and find that the majority should make concessions in favor of the minorities and, very important, claim that the state should grant them formal recognition.

The republican theory of citizenship. The republican tradition, according to Dahl, sets out from the assumption that the human being is, by its very nature, a social and political being that must cohabitate within a political association. “[...] a good man must be a good citizen; a good political organization is an association made up of good citizens; a good citizen is one endowed with the quality of civic virtue; virtue is the predisposition to seek everybody’s wellbeing with respect to public issues; therefore, a good political organization is one that not only reflects, but

²⁶ “The main foe of communitarians is liberalism. This adversary is not gregarious in nature, of in corpore rejection of the liberal ideas, it is a process of dynamical borrowing of concepts and of relocating them in a new space- the social space”. (Țăranu, Andrei. *Comunitarismul – doctrină contemporană. O filosofie a binelui comun – Communitarianism- a Contemporary Doctrine. O Philosophy of the Common Good-* (Chișinău: Arc, 2005), p. 33);

²⁷ “The community therefore becomes a group of persons tied together by specific interests in a social group, characterized by a specific structure and culture, resulting from the relationships and psychosocial processes within. Țăranu, Andrei *Comunitarismul – doctrină contemporană. O filosofie a binelui comun – Communitarianism- a Contemporary Doctrine. O Philosophy of the Common Good,* (Chișinău: Arc, 2005), p.11);

²⁸ Several nuance positions emerged within the communitarian perspective- communitarians, civil republicanism, liberal communitarians. These differences do not concern this study, that attempts at providing a general perspective on the communitarian theory with respect to the elements that are related to citizenship.

²⁹ Țăranu, Andrei. *Comunitarismul – doctrină contemporană. O filosofie a binelui comun – Communitarianism- a Contemporary Doctrine. O Philosophy of the Common Good-* , (Chișinău: Arc, 2005), p. 109;

³⁰ Delanty, Gerard. „Comunitarism and Citizenship”, în Isin, Engin F. and Turner Bryan S., ed., *Handbook of Citizenship Studies*, (London: Sage Publication 2002), pp. 159 – 175;

also promotes the virtue of its citizens³¹. Therefore, the republicans emphasize in great extent the *civic virtue*, but at the same time they stress the fact that it is not immutable, but, au contraire, a people or its leaders can become corrupt, the greatest danger being represented by the emergence of certain political factions promoting a state of conflict within the republic³².

The republican citizenship is set somewhere between the liberal and the communitarian one, attempting at finding a balance between rights and obligations, individual and community, by promoting both cooperation and competition. The republicans find that the best instrument for promoting this balance is the participation, be it civic, political or on the market, criticizing liberal theories for their over-stressing of privacy, individual rights and underrating of the promotion of the civic virtues, which can lead citizens to a better performance of their duties.

Another important aspect of the republican citizenship regards its legal status. The republican tradition sees freedom as a product of the laws generated by the citizens through participation, unlike liberals who claim that laws are a necessary evil the function of which would be to preserve that much freedom for the individuals as to enable them to live together³³. Therefore, while liberals emphasize individual autonomy, the republicans support the cohesion of the community, which governs itself on the basis of the legality resulted from the participation of the citizens in the very laws they are subject to³⁴.

In nuce, republican citizenship seeks to become a *via media* between the communitarian and the liberal approaches, by the fact that: both individuals and communities are important and therefore participation represents the best way to consensus; groups must respect the rights of the individuals, which, being underrepresented, must form groups so that their interests can find representation, as groups have a higher negotiation capacity; there is a complex balance between rights and obligations, between the universal and the particular, that is being generated through the rule of law; the institutions resulting from such an interaction between the individuals and the political community create the necessary spaces for the citizens to actively participate in the decision making.

Cosmopolitan citizenship, multicultural citizenship. In the end of this section, I find it necessary to draw up a short presentation of two approaches that are often considered to be antithetical and that become ever more apparent within the field of citizenship, namely the cosmopolitan and the multicultural approaches³⁵.

Cosmopolitan citizenship originates with the philosophy of Immanuel Kant who, being strongly influenced by the Cartesian philosophy, by the logic according to which there is a certain *a priori*, an undeniable essence, set the basis for a universal system of ethics having as fundament the aforementioned “essence”, namely the very capacity as human being, especially by postulating the categorical imperative- *Act only according to that maxim whereby you can at the same time will that it should become a universal law!*, respectively *Act in such a way that you treat humanity, whether in your own person or in the person of any other, always at the same time as an end and*

³¹ Dahl, Robert A, *Democrația și criticii ei, (Democracy and its critics)*, (Bucharest: Institutul European, 2002), p. 39;

³² Idem 32;

³³ Bellamy, Richard. *What is Citizenship. A Very Short Introduction*, (New York: Oxford University Press, 2008), p. 43;

³⁴ Ciprut, Jose V., *Citizenship: Mere Contract, or Construct for Conduct?*, in Ciprut, Jose V., ed., *The Future of Citizenship*, (London: The MIT Press, 2008), p. 11;

³⁵ In the literature one could also find references to other approaches to citizenship, such as sexual citizenship, cultural citizenship, and ecological citizenship. However, I have found it more important to draw up a presentation of the cosmopolitan and of the multicultural citizenships with respect to the manner in which the redefinition of the relationship between individuals and the political community they belong to, takes place, namely by challenging the nation-state as sole political entity for the citizenship to develop in (the cosmopolitan approach) and by stressing the importance of the processes by which the identity of the citizens is built (the multicultural approach).

*never merely as a means to an end!*³⁶ This universal ethics is guided by a principle according to which any human being must be treated humanely, that is according to an inalienable dignity that becomes in turn a global attachment to a culture of non-violence and respect for life, to a just economic order, to tolerance, to a life guided by truth and, last but not least, to the principle of equal rights³⁷. In the definition of citizenship, Alejandro Colas makes use of the following three principles: 1. all individuals are members to a single moral community by virtue of their humanity; 2. as such, they are morally bound to each other and these obligations transcend the boundaries of ethnicity, nationality or of any other particular definition of identity and 3. these obligations require political involvement with respect to their being put into practice³⁸.

The cosmopolitan approach to citizenship is most often criticized for the alleged fact that it imposes a rather utopian view of citizenship instead of a pragmatic one, namely one that could be actually embodied in exercisable rights and obligations. Assuming some of these criticisms, the theoreticians of the cosmopolitan citizenship continue to challenge the traditional approaches that restrict citizenship to the nation-state, emphasizing the fact that individuals are members to the international society and subjects to international law³⁹.

Multicultural citizenship. The theoreticians of multicultural citizenship claim not only that universal citizenship and its classical, nation-state bound, form are unrealistic alternatives, but that these forms of citizenship are *a priori* undesirable. As such, setting out from the assumption that any society is essentially multicultural, made up of a manifold of populations of different religions, genders, social environments or ethnicities, citizenship should provide a favorable space for the management of these differences so as to guarantee, in equal measure, the identity development of all the citizens. Multiculturalists claim that the rights of the minorities cannot be subsumed to the human rights as the international standards to which the latter are subject to, cannot provide answers to questions such as: What language should there be used in administration? Should any ethnic group receive financing for native language education? Should the inner boundaries of states be drawn in such a manner as to insure, within them, the majority of the various ethnic groups? Should governmental authority be decentralized? Should attributions be imparted in proportion to the ethnical diversity within the respective state? Should minorities become integrated? Is it their responsibility to do so? etc.⁴⁰. Therefore, common civil rights, originally devised by and for the white christian male, cannot cope with the specific needs of other groups, while an integrative citizenship must take into account these differences⁴¹.

Kymlicka separates between three types of group rights bound with differentiated citizenship: a) the special representation rights within representative political institutions; b) self-government rights (the right of the respective minorities to decide with respect to the aspects of the

³⁶ Kant, Immanuel; trans. Ellington J.W. [1785] (1993), p. 36;

³⁷ Dallymar, Fred. Cosmopolitanism. Moral and Political, *Political Theory*, Vol. 31, No. 3 (Jun., 2003), pp. 421-442, p 6;

³⁸ Robinson, Fioana Cosmopolitan Ethics and Feminism in Global Politics, *All Academic Research*, accesat pe http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/0/7/4/3/8/pages74386/p74386-1.php

³⁹ An important step to the consolidation of the cosmopolitan citizenship is represented by the *Nürnberg Chart* giving army men the right to refuse compliance with the orders of the superiors if these lead to crime against humanity. At the same time, the CONVENTION FOR THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF GENOCIDE (1948), the CONVENTION AGAINST TORTURE, INHUMAN AND DEGRADING TREATMENT (1984), the UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS (1948), THE INTERNATIONAL CONVENTION FOR SOCIAL AND POLITICAL RIGHTS (1966) constitute important steps in defining cosmopolitan rights. Another very important step is represented by the implementation of the individual petitioning system, allowing an individual to call for the international law system against his/her own state. See Linklater Andrew. *Critical Theory and World Politics. Citizenship, sovereignty and Humanity*, (Londra: Routledge, 2007), chap.7; Linklater, Andrew. "Cosmopolitan Citizenship", in Isin, Engin F. and Turner Bryan S., ed., *Handbook of Citizenship Studies*, (London: Sage Publication 2002);

⁴⁰ Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship: a liberal theory of minority rights*, (Oxford: Oxford University Press, 1995), p. 5;

⁴¹ Idem 41, p. 181;

outmost importance for the respective community- such as education, language, family etc.), c) multiethnic rights (the protection of the specific religious and cultural practices of the community in question, protection that isn't provided by the existing legislation)⁴²

In nuce, the grounding framework for the multicultural citizenship would reside in the following claims: the complex identities of the individuals must be reflected by civil rights and obligations; the groups identified by ethno-cultural characteristics may benefit from collective rights; universal rights are not sufficient, as they cover only part of the needs of the individuals in an manifold society; citizens build their identities within groups with the help of group rights, so they may and must militate for gaining them.

Citizenship and participation. Modern citizenship is necessarily grounded on democratic principles⁴³. Irrespective of the citizens' actually participating or not in the decision making process, the very fact that they can do it, fundamentally changes their position within the respective political community and the manner in which individuals shape themselves and their political identity. The existence of the mechanisms which are necessary to make participation to the governing process possible⁴⁴, by virtue of the sovereignty derived by the people and for the people, engage two mechanisms that are fundamental, in my opinion, for regulating the democratic construction and, at the same time, the rights and obligations involved with the citizen status: *legitimacy* and *responsibility*. As such, in a democratic regime, even if there is no generally shared vision of the way in which equality, freedom and security may combine, thereby generating the optimal conditions for the citizens, we can speak of an arena for the debate with respect to these aspects and within which consensus can be built. By this consensus the citizens legitimate a form of government, that, in turn, by virtue of this legitimacy, must act responsibly with respect to the mandate by which it has been legitimated. At the same time the citizens, having the possibility to negotiate their contract, must in turn act responsibly with respect to the political community to which they became subjects of by virtue of its legitimacy. Thereby the civil rights and obligations are born.

In this context I find it necessary draw attention on the fact that when I say participation I refer to at least two dimensions of it⁴⁵: a) *active participation*, calling for actual, involved participation by the individuals and groups in the governing process affecting their lives⁴⁶, b) *passive participation*, involving the fact that lack of action is a form of answer or of evaluating the social contract at a given time, a form of acceptance of the status quo⁴⁷. Both participation forms respect the rules of the game⁴⁸, they involve legitimacy, responsibility and accountability.

⁴² Idem 41, p. 37;

⁴³ The fact that we would find it hard calling democracy what was so called in Ancient Greece or even one century ago has to do with the manner in which the concept has evolved. However, as democracy grew ever more inclusive, citizenship developed alongside. In time, the concept of citizenship changed aside with the transformation of the manner in which political communities were build and also by virtue of the loosening of the necessary conditions that had to be fulfilled in order to become citizen: starting with Ancient Greece, the Roman Empire and ending with the nation states and the challenges brought upon them by multiculturalism and cosmopolitanism.

⁴⁴ I refer to the representative government in particular.

⁴⁵ Janoski speaks of the *legal status of being*- represented by civil rights that involves a rather passive position, and of the *legal status of doing*- represented by the political rights, entailing a meta-right of creating rights and calling for an active position by the citizen. He also reminds of Hohfeld's classification of rights- freedoms, claims, powers and immunities, situating participation among the powers. For further details see Janoski, Thomas, *Citizenship and Civil Society: A Framework of Rihts and Obligations in Liberal, Traditional and Social Democratic Regimes*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), pp. 29 – 30;

⁴⁶ Starting with an informed and responsible vote and continuing with an active involvement in voluntary activities, ONG activism or various causes, lobbying, protesting etc..

⁴⁷ The leaders' actions do not displease me so much as to take steps in this respect and I do not act though I have the necessary instruments to do so to my disposal.

⁴⁸ The fact that I do not participate does not place me outside the contract, it only makes me subject to obligations and duties in the negotiation of which I did not want to take part.

Correlating the way in which individuals make value judgments with respect to the government, to the way in which they act, Thomas Janoski and Brian Gran advance the following citizen typology, that I personally find very useful to understanding the way in which the negotiation and renegotiation mechanism of the contract between the individuals and the political community in the edification of the rights and obligations, operates: the incorporated citizen- he is part of the elite, or at least feels himself to be, actively supports the party interests, belongs rather to the power than to the opposition, has a great deal of trust in the leaders, operates somewhat selflessly as benefits by the very fact of being part of the political system in power; *the active citizen*- takes part in several political activities, is interested in the other members of his group, at many times he is in conflict with the establishment's elites, may belong to a party or to an organization, he tends to be in the opposition, is to a certain extent radical, reformist, altruist; *the deferential citizen*- non-participative, accepts the authority of the exiting elites, does not internalize the goals of the party or the state, easily manipulable, has the tendency for trusting the leaders as he has the impression that they work at his advantage, leaves political participation at the hands of the elites, but goes to vote and contacts the politicians if he/she needs to; *the cynic citizen*- he/she acts similarly to the active citizen, but does not participate as he completely lacks confidence, is rather passive and very critical; *the marginal citizen*- he/she is detached, alienated with the system due to lack of material resources and power, stressed, votes rarely and stochastically, oriented towards family and friends (the immigrants); *the opportunistic citizen*- makes rational decisions concerning the fulfillment of short term material interests, participates only when being directly interested in doing so, more of a free rider.⁴⁹

The typology above draws attention on an aspect which I find of the outmost importance, namely the symbolical construction of citizenship, more precisely the fact that citizens, in relation to the state, form a personal concept with regard to the rights and obligations they perform⁵⁰. Therefore, the construction of citizenship is at many times symbolical and indirect, citizens being indirectly informed and interested on what is happening within the political sphere, but acting depending on the way in which they personally perceive and interpret the information which they encounter. This symbolic construction of citizenship does not weaken in the very least the responsibility, either of the citizens, or of the members of the government.

The way in which citizenship squares and embodies itself in a set of rights and obligations represents a reflection of the wishes of the members of a community, transmitted through the mechanisms that guarantee their participation in the decision making, more precisely the guarantee of the participation rights. Therefore, three aspects of citizenship- the belonging to a democratic community, the rights and obligations deriving from the membership status and the participation in the political, economic and social processes taking place within the respective community- they combine in various forms to generate the social layout specific to a certain moment.

The dynamics of the concept of citizenship. As resulting from the issues discussed so far, citizenship is a complex, multidimensional concept, that, beyond the theoretical approaches, has a very specific practical finality resulting from the creation of an instrument devised to ensure a good government, on the basis of the participation of the citizens in the decision making process, government that is embodied in the guarantees of the civil, political, social and participation rights and through the promotion of the policies resulting from the contract between the citizens and those in power.

⁴⁹ Janoski, Thomas and Gran, Brian. „Political Citizenship: Foundations for Rights”, in Isin, Engin F. and Bryan S. Turner, eds., *Handbook of Citizenship Studies*, (London: Sage Publication 2002), pp. 39 - 41;

⁵⁰ The case of the ritualization of the vote in 19th century France in Schnapper, Dominique and Bachelier, Christian *Ce este cetățenia? (What is citizenship?)*, ? , (Iași Polirom: 2001), pp. 97 – 98;

The instrumental quality of citizenship has to do with the fact that “it is not an immutable essence that we should maintain and pass on. It represents a historical construction”⁵¹, a product found at the intersection between the various perspectives on human nature, on the types of political communities, and of relationships that can be established between the individuals and the political communities, on the materialization of this relationship in rights and obligations, on the source and nature of legitimacy etc.. Therefore, we can identify, for the moment, at least two practical dimensions of the concept: one derived from the fact that the very comprising elements can take various forms, the second resulting from the establishment of directed relations between these components. Various arrangements thereby emerge, that are best grasped in the main theories of citizenship. At the same time, theories find themselves in a continuous reconstruction process so as to be able to offer the best possible explanation to the way in which the concept of citizenship evolved- therefore they are dynamical as well.

A historical retrospective on the development and edification of citizenship brings out the fact that it is fundamentally bound to the various democratic organizations of the society. Participation is therefore bound with citizenship, it is guaranteed through the civil and political rights and becomes, at the same time, both an internal factor (through rights) and an external one (as the substance of citizenship is subject to the people’s sovereignty principle) that determines the dynamics of the construction of the concept. In representative democracies, participation involves, in a sketchy representation, a mere electoral mechanism, but that allows citizens to control the governing process. If the elected govern well, the citizens have the possibility of reiterating their legitimacy with the next elections, granting them their vote anew, while if their government is poor, they loose their capacities along with the elections. Outside the electoral process, the citizens can resort to a multitude of ways to influence decision making: trade unions participating in the negotiations with the government, NGO militating for various causes etc..

As such, we are speaking of efficient, or less efficient governments depending on their actual capacity to guarantee citizens’ rights and obligations, capacity dependant on the resources administration, on the extent to which those in power abide by the rules of the democratic game, on the ideology at hand, on the citizens’ civic culture and on the way in which they take part in the edification of the government power etc., therefore on a multitude of factors that shape the context in which that political community acts.

By way of conclusion.

What changes? The following do change: a) individuals- on the one side, with respect to assuming one of the understandings of human nature, on the other, the product of the social construction of the individuals changes, while, last but not least, individuals have an impact on the dynamic of citizenship by the way in which they relate to it in the participation process, and I refer here especially to the symbolic construction of citizenship; b) political communities- they can be more or less effective; c) the nature of the inclusion relationship, more precisely the criteria by which the citizen status is granted and, implicitly, the scope of citizenship; d) rights and obligations- they vary a great deal from one state to the other, precisely because they are the product of a complex of factors depending much on the economical, political, and social context in which they are negotiated; e) the theoretical perspectives- they always face new challenges, such as the new right, the new left, the feminist, multiculturalism, environmentalist, movements, post-modern theories that stress identity, sexuality, life-style etc..

What causes change? Citizenship has a mainly instrumental value. By its means the relationships between individuals and a political community are regulated, the purpose being the creation of a good government. A good government is a government by the people and for the

⁵¹ Schnapper, Dominique and Bachelier, Christian. *este cetățenia? (What is citizenship?)*, (Iași Polirom: 2001), p. 95;

people. Therefore, citizenship represents the reflection of a permanent adaptation to new contexts—the passing from the traditional legitimacy of the government to the legal-rational one, the industrialization, the emergence of the state, the recent challenges contesting the organization of the state, the various social movements such as the slave liberation movement, the feminist movement etc..

How does change take place? As it is directly bound to the democratic regimes, the reshaping of citizenship takes place by the abidance by the rules of the democratic game, entailing that the people are the owner of sovereignty and, by virtue of this fact, those entitled at most to rule, hence to self-government. The effective enforcement of this principle occurs through representation and direct participation in the civic and political community. As such, the driving force of change consists in safeguarding the participation mechanisms, fact that has major impact both upon the individual (the awareness of the possibility to participate is in itself empowering, while the symbolic edification of citizenship takes the shape of various types of action), and upon society as a whole (participation, be it active or passive, translates into equal rights and obligations for all the citizens).

From a dynamic perspective on citizenship, it becomes evident that it is a regulatory instrument of the relation between individuals and the political community, a relation which is meant to assure a good government or those being sovereign and which are the legitimating agents of the governing power, for the citizens. In conclusion, a clear identification of the component elements of citizenship that can regulate a stable and solid equilibrium regarding citizen's interests at a given moment it is absolutely necessary in order to provide a better understanding of the historical evolution of citizenship and also in order to enable the researcher to anticipate future transformations of the concept.

References

1. Alienikoff, T. Alexander and Klusmeyer, Douglas, ed., *Citizenship Today. A Global Perspective and Practice*, Washington: Brookings Institution Press, 2001;
2. Bachelier, Christian, *Ce este cetățenia? (What is Citizenship?)*, Iași: Polirom, 2001;
3. Beiner, Ronald, *Theorizing Citizenship*, New York: State University of New York Press, 1995;
4. Béland, Daniel, Insecurity, Citizenship, and Globalization: The Multiple Faces of State Protection, *American Sociological Association*, Vol. 23, No. 1 (Mar., 2005), pp. 25-41;
5. Bellamy, Richard. *What is Citizenship. A Very Short Introduction*, New York: Oxford University Press, 2008;
6. Bloomer, Martin and Rees, Anthony M., ed., *Citizenship Today. The contemporary Relevance of T. H. Marshall*, London: UCL Press, 1996;
7. Breslin, Beau. *The Communitarian Constitution*, London: The Johns Hopkins University Press, 2004;
8. Bridges, Thomas, *The Culture of Citizenship*, Washington: The Council for Research in Values and Philosophy, 1997;
9. Budon, Raimond, coord., *Tratat de sociologie (Treatise of Sociology)*, Bucharest: Humanitas, 1997;
10. Buergenthal, Thomas și Weber, Renate. *Dreptul internațional al drepturilor omului (International Right of Humman Rights)*, Bucharest: All, 1996;
11. Ciprut, Jose V., ed., *The Future of Citizenship*, London: The MIT Press, 2008;
12. Dahl, Robert A. *Democrația și criticii ei (Democracy and Its Critics)*, Bucharest: Institutul European, 2002;

13. Dallymar, Fred. Cosmopolitanism. Moral and Political, *Political Theory*, Vol. 31, No. 3 (Jun., 2003), pp. 421-442;
14. Deutsch, L. Kenneth and Soffer, Walter, ed. , *The Crisis of Liberal Democracy. A Straussian Perspective*, New York: State University of New York, 1987;
15. Ene, George, coord., *Filosofia politică a lui John Stuart Mill (John Sturat Mill Political Philosophy)*, Iași: Polirom, 2000;
16. Etzioni, Amitai, ed., *New Communitarian Thinking: persons, virtues, institutions, and communities*, The University Press of Virginia, 1995;
17. Faulks, Keith. *Political Sociology. A introduction*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1999;
18. Flew, Anthony. *Dicționar de filosofie și logică (Philosophy and Logic Dictionary)*, Bucharest : Humanitas, 1979;
19. Giddens, Anthony, *Sociologie (Sociology)*, Bucharest: All, 1997;
20. Goodin, E. Robert și Klingemann, Hans-Dieter. *Manual de Știință Politică (Political Science Manual)*, Iași: Polirom, 2005;
21. Hannon, Bruce și Ruth, Matthias. *Dinamic Modeling*, New York: Springer – Verlag, 2001;
22. Heater, Derek. *A Bref History of Citizenship*, Edimburgh: Edimburgh University Press, 1999;
23. Isin, Engin F. și Turner Bryan S., ed., *Handbook of Citizenship Studies*, London: Sage Publication 2002;
24. Janoski, Thomas, *Citizenship and Civil Society: A Framework of Rihts and Obligations in Liberal, Traditional and Social Democratic Regimes*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998
25. Jason A. Scorza, Liberal Citizenship and Civic Friendship, *Political Theory*, Vol. 32, No. 1 (Feb., 2004), pp. 85-108;
26. Kant, Immanuel; trans. Ellington J.W. [1785] (1993);
27. Keechang, Kim, *Aliens în Medieva Law. The Origins of Modern Citizenship*, London: Cambridge University Press, 2004;
28. Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship: a liberal theory of minority rights*, Oxford: Oxford University Press, 1995;
29. Lessnoff, Michael H. *Political Philosophers of the Twentieth Century*, Oxford: Balcwell Publisher, 1999;
30. Linklater Andrew. *Critical Theory and World Politics. Citizenship, sovergnity and Humanity*, London: Routledge, 2007;
31. Manent, Pierre, *O filosofie politică pentru cetățean (A Citizen Political Philosophy)*, Bucharest : Humanitas, 2003 ;
32. Mann, Michael. The Social Cohesion of Liberal Democracy, *American Sociological Review*, Vol. 35, No. 3 (Jun., 1970);
33. Marx, Karl; Engels, Friedrich. *Ideologia germană (German Ideology)*, Bucharest: E.S.P.L.P, 1956;
34. Miroiu, Adrian, *Fundamentele politicii. Preferințe și alegeri colective (The Foundation of Politics. Preferences and Collective Choices)*, Iași: Polirom, 2006;
35. O’Neill, Onora. Justice, Gender and International Boundaries, *British Journal of Political Science*, Vol. 20, No. 4 (Oct., 1990), pp. 439-459;
36. Robinson, Foana. *Cosmopolitan Ethics and Feminism in Global Politics*, All Academic research,
access
onhttp://www.allacademic.com//meta/p_mla_apa_research_citation/0/7/4/3/8/pages74386/p74386-1.php
37. Rourke, P.J.O’. *On the Welth of Nations*,New York: Atlantic Mounthly Press, 2007;
38. Schnapper, Dominique and Bachelier, Christian. *Ce este cetățenia?(What is Citizenship)*,

Iași: Polirom, 2001;

39. Schulze, Hagen. *Stat și națiune în istoria Europei (State and Nation in Europe History)*,

Iași: Polirom, 2003;

40. Shafir, Gershon, ed, *The citizenship debates: a reader*, University of Minnesota Press, 1998;

41. Socaciu, Mihail, coord., *Filosofia politică a lui Thomas Hobbes (Thomas Hobbes Political Philosophy)*, Iași: Polirom, 2001;

42. Spinner, Jeff, *The Boundaries of Citizenship. Race, Ethnicity, and Nationality in Liberal States*, Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994;

43. Tamaș, Sergiu. *Dicționar Politic. Instituțiile democrației și cultura civică (Political Dictionary. Democratic Institutions and Civic Culture)*, Bucharest: Editura Academiei Române, 1993;

44. Turchetti, Mario. *Tirania și tiranicidul. Forme ale opresiunii și dreptul la rezistență din antichitate până în zilele noastre (Tyranny and Tyrannicide. Forms of Oppression and the Right Resistance from Antiquity to Present)*, Bucharest: Cartier, 2003;

45. Țăranu, Andrei. *Comunitarismul – doctrină contemporană. O filosofie a binelui comun (Communitarianism- a Contemporary Doctrine. O Philosophy of the Common Good)*, Chișinău: Arc, 2005;

46. Țăranu, Andrei. *Doctrine politice moderne și contemporane (Modern and Contemporary Political Doctrines)*, Bucharest: Fundației Pro, 2005;

47. Weber, Max. *Politica, o vocație și o profesie*, Bucharest: Anima, 1992;

THE HIGHER EDUCATION AS A PROVIDER OF KNOWLEDGE WORKER AND ITS IMPACT ON SCHOOL-TO-WORK TRANSITION. THE CASE OF ROMANIA

Simona NICOLAE*

Abstract

The main objective of this paper is to present the characteristics of school-to-work transition in Romania for higher education graduates. The paper raises a question whose answer may change the way we look the solutions for insertion of young graduates in the labor market: in a society that wants to become a Knowledge Based Society, is to become a Knowledge Worker a solution to increase the labor market insertion of young people? And if the answer is yes, what role do the universities play in shaping the behavioral types of highly qualified human resources? The approach is based on analysis of statistic data provided by The National Institute of Statistics and Economic Studies and on specialized literature.

The Results of the work doesn't claim to exhaust the subject but clearly emphasize the higher education role in shortening the transition from school - to - work for Romanian students. Moreover, if they are trained as Knowledge Workers, their chances of insertion in the labor market increase considerably.

The Conclusions drawn from the present paper and also the opened gates to the further analysis, will be useful to all actors involved in realizing the long-term strategy in Romanian higher education sector (both at macroeconomic and microeconomic level).

Keywords: *knowledge worker, school - to - work transition, labor market, unemployment*

Introduction

In a rapidly changing world, affected by a multitude of factors that are interconnected and often reinforce each other, human resource is forced to raise its professional level but also the flexibility that must accompany each decision.

This paper aims to present a topic less discussed in relation to the theme proposed that it refers at higher education as a provider of Knowledge Workers. (Sure, this one is not just the quality of the higher education but also of other educational levels more or less).

The importance of the subject lies in the topicality of the proposed theme in an economic world that must rediscover and multiply its resources and revive from its own ashes like the Phoenix bird. The world economic crisis requires, more than ever, the world's states to reconsider their position over the basic issues for anyone who is trying to study the economic phenomenon: resources, needs, waste, etc. The human resource has a dual position on this crisis. It is the one that started the circle and also the one who should not close it but creates a spiral of economic evolution. It is, also, the one that led to the entrance of the crisis and also suffering its consequences: unemployment, bankruptcies and all kind losses. Reconsidering its position in the economy, the qualities necessary to support out of the crisis, both at the macroeconomic and microeconomic level, becomes imperatives in a world of dramatic transformations. Although the notion of knowledge worker was cited by Peter Drucker since 1957 it is extremely present in conditions that cross the economy today. The subject was debated by many authors but its close relationship with higher education level was not so much emphasized. This is also how the author of this article intends to relate to the matter proposed in the paper: in a society that wants to become a Knowledge Based Society, is to become a Knowledge Worker a solution to increase the labor market insertion of young people? And if the answer is yes, what role do the universities

* Lecturer, PhD, Department of Management – Chair of Economics, Politehnica University of Bucharest, nsim2005@yahoo.com

play in shaping the behavioral types of highly qualified human resources?

The paper will approach the subject in two parts:

1. The link between Knowledge Worker and the higher education
2. The school-to-work transition in Romania.

Literature Review

Individuals are most employable when they have an education and a broad-based training and basic and portable high-level skills, including teamwork, problem solving ability, communication technologies and information, knowledge of languages, communication and ability to learn how to learn and skills to protect themselves and protect their colleagues against occupational hazards and diseases. The combination of skills enables them to adapt to changes in the world of work. (Serrat, 2008)

The production of knowledge, much of which represents invaluable intellectual capital, lies at the heart of modern organizations. However, the value of any knowledge product hangs on its effective dissemination to present and future audiences: without outreach the efforts of knowledge workers are wasted. For this reason, dissemination is a core responsibility of any organization tasked with generating and sharing knowledge products, especially of new kinds of unique (and uniquely valuable) content that are as usable and accessible as possible. Dissemination of knowledge is just as important as its production. (Ordoñez & Serrat, 2009)

Many academics argue that knowledge production and the consequent transfer of knowledge from experts to laypersons (or professors to students) is a significant role of the university. A growing number of academics are concerned with the current trends of society and call for a transformative shift in what universities teach and how universities create and regard knowledge production.... Academic institutions have access to enormous amounts of information about what constitutes good practice in teaching and research. Unfortunately, there are few rewards for educators willing to embrace alternative practices in their classrooms and even fewer classrooms that create space for social change and action. (Moore, 2005)

So perhaps the most important success factor in building STW programs is designing appropriate initiatives and taking a detailed, hands-on, personal interest in their development, implementation, and evaluation. Programs that are simply arranged with little or no feedback to participants (everyone involved) do not succeed. "Teaching" in STW is really a curricular and extracurricular management exercise that requires detailing learning goals, creating nontraditional assessments, and developing and implementing a mechanism for continual feedback. (Good, 2008)

The higher education as a provider of knowledge worker and its impact on school – to – work transition. The case of Romania

I. The link between Knowledge worker and higher education

Education and training make individuals employable and help them gain access to decent work and escape poverty and marginalization. Education and training also improve individuals' productivity and income-earning opportunities at work and their mobility in the labour market, and widen their choice of career opportunities.

Economic growth and social development of countries are invariably associated with large and sustained investments in education and training. Countries with the highest incomes are also those where workers are most educated, as evidenced by their enrolments in primary education (universal), secondary education (almost universal) and tertiary education (about 50 per cent of the relevant age group). (ILO, 2002)

Higher education is a highly complex phenomenon whose analysis requires instruments that go beyond purely economic or partial approaches and take in the need to strike balances between the needs of the productive sector and the economy, the needs of society as a whole, and the no less important needs of the individual as a human being, all within a particular historical,

social and cultural context. (Bernheim & Chau, 2003)

As it stated at the beginning of the work, to become knowledge worker requires a difficult paths and a large expanse in time. The grain of knowledge worker should be planted in the early years of schooling and continued well beyond the last level of education attained. The education of a knowledge worker is both formal and informal, is conducted in a rigorously structured education system but is also influenced by the environment in which a knowledge worker lives and is trained.

A term first used by Peter Drucker in his 1959 book, *Landmarks of Tomorrow*, the knowledge worker includes those in the information technology fields, such as programmers, systems analysts, technical writers, academic professionals, researchers, and so forth. The term is also frequently used to include people outside of information technology, such as lawyers, teachers, scientists of all kinds, and also students of all kinds. (CRM, 1999).

The Business Dictionary states that knowledge workers refer to all “Employees such as data analysts, product developers, planners, programmers, and researchers who are engaged primarily in acquisition, analysis, and manipulation of information as opposed to in production of goods or services.” (Business Dictionary.com)

As we can observe, all these people have a high level of education. If you have the characteristics of knowledge worker even in the absence of a higher education, to be considered a knowledge worker involves clearly attending a higher education level.

Strategies for attracting, developing and retaining highly-skilled workers are perceived as requisites for success in the New Economy... Knowledge workers are seen as critical to the process of competitive restructuring in all sectors of the economy. (Beckstead & Gellatly, 2004). The changing workplace necessitates the education and training of *knowledge workers* capable of operating in the knowledge rich environment of a *learning enterprise*. The nature of work is undergoing a profound transition and education and training must keep pace with such changes. The nature of workers is also changing, being transformed from *operatives* performing repetitive, assembly-line, tasks to *knowledge workers* in learning organizations. (Wilson, 2005)

In the following we attempt to present the link between characteristics of knowledge workers and valences that provides higher education to transform simple intellectual acquisitions in characteristics of a knowledge worker.

KNOWLEDGE WORKER	HIGHER EDUCATION
<p>Lavoie and Roy classified knowledge workers into five subcategories: applied science, pure-science, engineering, computer science, and social sciences and humanities.(Lavoie & Roy, 1998)</p>	<p>One of the leading roles of higher education is to provide, first of all, the future trainers. On their quality and their mobility of thinking depends the possibility of the future Knowledge worker to manifest their abilities. The World Declaration on Higher Education for the Twenty-First Century states that higher education should enhance its contribution to the development of the whole education system, notably through improved teacher education, curriculum development and educational research. (UNESCO, 1998)</p>
<p>Boothby (1999) found that knowledge occupations are more skill-intensive and require larger investments in education.</p>	<p>University education has from the outset pursued the aim of creating, transmitting and disseminating knowledge. (...) “Today, more than ever before in human history, the wealth – or poverty – of nations depends on the quality of higher education.”(Gillis, 2000)</p>

<p>They have greater freedom in choosing their jobs, comparing with traditional workers. Sure, all these are the ones who may have temporary difficulties in finding a job if their country's economy is not ready to use the knowledge workers. In this situation occurs or is accentuated the brain drain phenomenon.</p>	<p>Supports a process of self-discovery and learning, fosters personal development, and helps people find their role in society, as well as strengthening communities and stimulating social progress. (Cruz & Escrigas, 2009)</p>
<p>Knowledge workers are engaged in creative work, instead of simple and repetitive procedure work.</p> <p>They often use their information in an original way, discovering valences that the traditional workers do not notify.</p> <p>Sure, the information to become knowledge must be verified and retrieved. (Bojnord & Menhaj, 2009)</p>	<p>The higher education also, should be the main provider of verified information that can be transformed in knowledge. In this regard all the universities should have the possibility to involve their own students in practical aspects of any area of study they provide.</p>
<p>The premises of becoming a knowledge worker are: leadership, organization, learning and technology</p>	<p>The activities developed in higher education institutions should be more linked to “social engagement than academic detachment” (Scott, 2007)</p>
<p>The original “prototype” used by Drucker when he created the concept of “knowledge worker” was a MD/PhD developing new drugs for a pharmaceutical firm.(...) They can be part of any group or department, but they tend to be part of R&D, management strategy, IS/IT, or design groups, and they typically have an advanced degree in their chosen field. They’re usually technology-literate and perhaps even technology-driven.(Brand, 1994)</p>	<p>Inspires, provokes and motivates the free and active participation of individuals in their reality.</p> <p>Equip people with tools that enable them to construct a new approach to problems in their physical and temporal environment. (Cruz & Escrigas, 2009)</p>

1.1. The higher education in Romania

Higher education in Romania is offered in both public and private higher education institutions. All higher education institutions are coordinated/report to the Ministry of Education and Research. Under the authority of the ministry there are agencies that play a very important role in fields such as financing and scientific research or partnerships with social and economic environment.

- The National Council for Higher Education Financing
- The National Council for Scientific Research in Higher Education
- National Agency for Qualifications in Higher Education and Partnership between Universities and Socio-Economic Environment (ACPART)

In Romania, at the present there are:

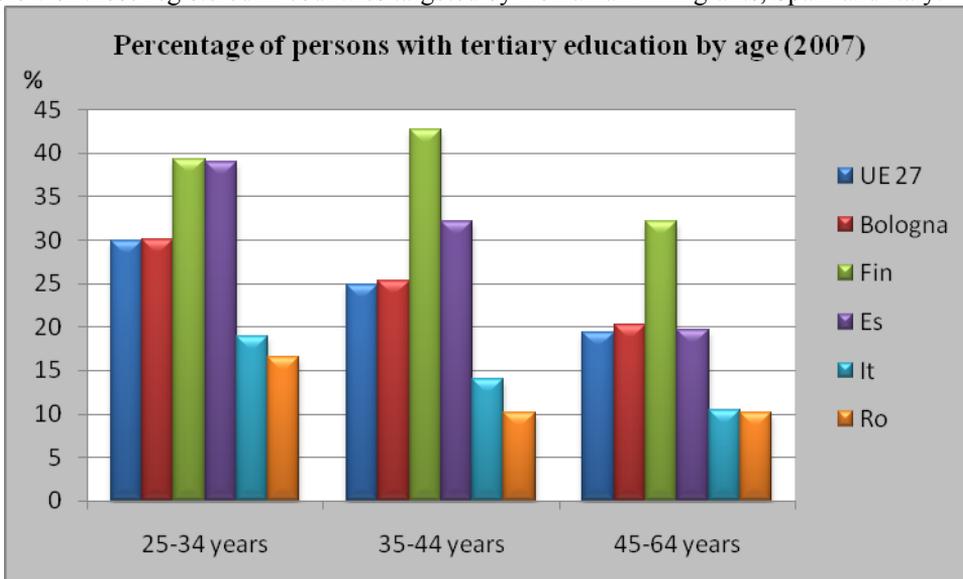
- 56 state accredited higher education institutions (49 civilian state higher education institutions and 7 military universities),
- 29 private accredited higher education institutions,
- 28 private accredited higher education institutions authorized to function provisory,
- 6 post university academic schools.

Types of higher education institutions in Romania:

☑ *Academies* are higher education institutions that prepare their graduates in a certain specific domain (economy, music etc.).

☑ *Polytechnic Universities* train students for technical domains of study. (RNR, 2007)

Higher education in Romania has undergone many transformations over the past 20 years, in qualitative terms as well as in terms of quantity and diversity. If, before 1989, there was about 50 public institutions of higher education (with a relatively small number of specialties), nowadays to them have added another 57 private institutions of higher education. Even in these conditions, the number of persons with higher education by age is well below the EU 27 countries, the countries that have adopted the Bologna system or Finland as a knowledge society. Moreover, these figures are below of those registered in countries targeted by Romanian immigrants, Spain and Italy.



Source: EUROSTAT

There are multiple academic controversies concerning the role of universities in economic, social and even political life of any society. Access to higher education has become similar to the access to commodities but this would not necessarily be seen as negative. Sure, the way we look at the role of universities in economic and social life of society depends the development and progress that Romania will achieve. To propose the increasing of the quality of education at university level is commendable but often the implementation of this idea have difficulties that would seem that we cannot overcome.

Education ministers from European countries, meeting in conference in Berlin on September 19, 2003, reaffirmed their government’s determination to achieve the objectives of the European Higher Education Area program. Berlin Declaration sets out the main lines of action for the period 2003-2010. Of these, three objectives were given priority, with the horizon of achievement in 2005:

- a) Ensure quality by developing new institutional arrangements, national and European
- b) Adopt a structure of the study programs based on cycles: bachelor, master and doctorate.
- c) Promoting mobility of students and academic and administrative staff.

On this occasion, Romania also stated its education policy priorities by 2010. These ones are:

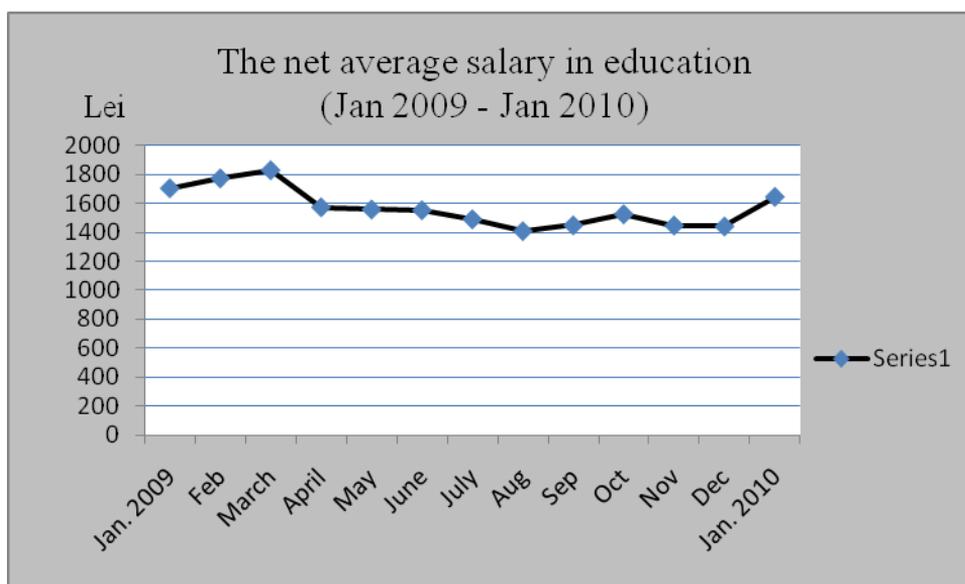
- Consider education as a true national priority
- Develop a new legal base of education, especially of the higher education.

- The transition from reparative reforms to systemic reforms
- Integration into the European Higher Education area
- Ensuring the quality of educational services
- Increase budgetary allocations for higher education

Marian Gabriel Hancean, ARACIS expert, presented the report *Status assurance in higher education in Romania in 2009, subtitled Barometer Quality – 2009*, finished at the end of the first year of the project "Quality Assurance in Higher Education in Romania in the European context". The report highlights a gap between the national system of quality assurance, positively evaluated at European level, and the ability of universities to implement mechanisms to ensure and improve the quality. The main conclusions of the report are:

- There is a shortage of quality in terms of teaching and learning at the university level, a lack of competitiveness of many academic qualifications and a shortage of production of scientific knowledge and innovation in our universities compared with the performance of universities in other countries;
- There are various evaluation and understanding contexts of the quality of education;
- Romanian universities are not among the top study destinations for students of any European Union countries;
- There is a shortage of teachers;
- The gap between the number of students registered and the number of graduates is increasing. (ARACIS, 2009)

To all these conclusions can be added one more, in fact a very important factor in motivating teaching staff from universities: the level of payment. In Romania the base salary in education reflects the way the government looks at the teaching staff role: they are at the margin of the society together with the staff from medical area and the research. In addition, blocking of academic positions, it is also a very big problem for all those teachers who invest labor, time and financial resources from their own family budgets in order to publish articles in the prestigious magazines and international conferences. The funds for research are also much reduced in conditions in which the research is part of the "obligation" assumed by the didactic staff in higher education.



Source: www.insse.ro

Professor Ioan Panzaru said in the conference held at the Central University Library that "A university is a tertiary educational institution where teaching is intertwined with research so that what is transmitted is a particular mental, investigative and creative form. Analysis of this definition would indicate that only a certain kind of education can be considered as being an university level one: that in what the mind of the trainers is oriented to new, and wakes up in the minds of the trained, whether younger or older, the impulse to assess what it is and to produce other new ideas".

But when both teachers and students have living problems the quality is often left on the second place. Or on the third place. Maslow's Pyramid is applied perfectly in education as in any other medium. Maybe it is true that in difficult and austere conditions the great ideas are born, but in Romania these conditions last for too long and may have as a result the succumbing of the one that should produce them.

Creativity and intelligence are native data of the human resource but without an appropriate framework for expression these are being wasted. This framework should be offered by higher education as part of the environment in which is formed and developed a knowledge worker.

To become a knowledge worker in Romania is a huge challenge for the one who proposes this to himself. Romania's economy is not yet prepared to work with those who fit into this category. The causes can be many: the mentality existing in the small and medium enterprises based on the idea that an employee must be good at everything and rewarded less, an underfunded education system and with an educational policy that is changing very rapidly and too much, a social value system that often excludes any attempt to promote quality, access to information technology and education still poor compared to countries which may be considered knowledge societies, etc.

In Romania, the problem of transforming the university graduates into knowledge workers is raised more and more lately in the academic area or in the scientific events but the link between the real economic life and this area is often short circuited by the lack of financial funds and the few possibilities for dissemination.

Moreover, a person who is considered as being a knowledge worker has any possibility to find its fulfillment into Romanian labor market? To what extent the labor market in Romania is ready to work with knowledge workers and to reward them? Because investing in knowledge worker training requires an appropriate rate of return. Is the knowledge worker, in Romanian vision, an ascetic, a recluse that would be just to judge, to generate ideas and disseminate them generously without expecting a reward? If the answer is yes, then it is possible to provide knowledge workers, if the answer is no, then we should reform the education system.

II. The school-to-work transition in Romania

According to the secondary analysis of data from field surveys: "The situation of youth and its expectations Diagnosis 2004 and Diagnosis 2006 ", conducted on a sample of 1219 persons and that of 1103 people aged between 15 and 29 years: "The work is not seen by young Romanian as an important way to succeed in life in Romania. Only 11% of respondents considered work as a first condition for success in life in Romania. For a young to succeed in life, in Romania, the most important condition is that he comes from a wealthy family. This lack of confidence in the ability of the work to create welfare in Romania is a prerequisite for erosion of the motivation to work. (Ph.D. Attendant Andra-Bertha Sănduleasa, researcher, INCSMPS - *Attitudes of young people in Romania to work*, scientific session in 2007). (MMFES, 2007)

According to the same analysis only 9% of young people considered the intelligence and talent as a condition for success in life and 18% of them focus on increasing skill levels as a driver of it. 8% of them considered, as a success factor, the level of education attained by their parents.

In EU countries where only a low proportion of the overall population has completed tertiary education, people are less likely to complete this level irrespective of the level of education

of their parents.

People whose parents have completed upper-secondary education are less likely to leave school just after lower secondary education and have better chances of completing higher education than people whose parents achieved lower secondary education. In most countries, less than 15 % of young people whose parents have achieved upper-secondary education have themselves completed only lower-secondary education. (EUROSTAT, 2009) Why this? The conclusions highlighted in the previous subsection may be a response.

In the European Union, activity rates generally increase with the completed level of education, with the exception of a few Member States.

Table 1. Activity rates of young people aged 25 – 29 by educational attainment level – 2007 (%)

	Total		
	Low	Medium	High
EU 27	74.2	81.9	89.3
Spain	85.3	81.7	88.5
Romania	64.4	75.2	91.1
Italy	69.8	73.8	69.3
Finland	65.7	83.9	91.2

Source: EUROSTAT, 2009

In Romania there is, also, a correlation between the level of education attained and youth labor market insertion.

Distribution of persons aged 15-34 years who left the national education system by highest level of education graduated reveals that more than half of them were graduates of middle – level education institutions (55,3%) – mainly high schools (29,5%) and vocational, complementary or apprenticeship schools (21,8 %). Persons with low education represented 28,0% of total young people aged 15 – 34 years who left education and those with tertiary education had a share of 16, 7 %. (INSSE, 2009)

By level of education it can be noticed that 30.8% of young people who had at least one significant job graduated high – school and 22, 6% graduated vocational, complementary or apprenticeship schools. The share of young tertiary graduates in this category was nearly a fifth (19, 6%). Sure, the number of graduates of higher education is not the same with the number of knowledge workers produced by this but, as in the absence of higher education we cannot speak about knowledge worker in the true sense of the word, we considered useful presenting the evolution of this category of youth. Moreover, becoming a graduate of a higher education institution gives a number of advantages that can be revealed through high employment rates for this category and the low level of unemployment. Even in these conditions, the difference between academic training programs and actual labor market needs remain considerable even though some adaptations in this respect have taken place.

Table 2. The link between the level of education and the unemployment rate and the occupational rate

Years	Total		Level of education					
			Higher education		Medium education		Low education	
	O _R	U _R	O _R	U _R	O _R	U _R	O _R	U _R
2006	58.8	7.3	86.1	3.8	64.9	7.8	39.6	7.6
2007	58.8	6.4	85.8	2.9	63.9	6.9	40.3	7.1

2008	59	5.8	85.7	2.7	63.5	6.0	41	7.1
2009*	59.2	6.3	85.6	2.7	62.9	6.7	42.8	7.3

*in trim. II 2009 (O_R = occupational rate, U_R = unemployment rate)

Source: INSSE, 2006, 2007, 2008, 2009

To the developments presented can be added one more in order to support our approach of the benefits of higher education: the impact of economic crisis on human resources in the labor market. The report made in 2009 by the European Commission on developments in the labor market in conditions of recession show that the low skilled have undergone a much stronger reduction in employment than other skill levels: their employment dropped by around 4.9% compared with a fall of only 2.6% for the medium-skilled, while for the high-skilled employment actually expanded by 3.1%. Also, focusing on skill levels in line with the strong decline in employment for the low-skilled, their unemployment rates have increased by 3.4 percentage points over the year to the second quarter of 2009, compared with rises of 1.9 percentage points for the medium-skilled and 1.1 percentage points for the high skilled. This reflects the fact that the majority of the rise in unemployment consists of low- or medium-skilled people (accounting for 40% and 44% of the rise in unemployment, respectively) and much less so of the high- skilled (less than 16%). As a consequence, one of the recommendations of the EC refers to special attention that should be paid to adequate training and education schemes in order to avoid the emergence of skill gaps and shortages. (DG EMPL, 2009)

Transition rates - from unemployment to employment (U_E) and from inactivity to employment (I_E) – represent a favorable transition for those concerned, and a successful mobilization of under or unused labor/human resources for the economy as a whole. As expected, higher education is associated with higher transition rates, particularly I_E , where it appears to be particularly critical in helping inactive persons find a job. The widest ‘education gaps’ occur in the Czech Republic, the UK and Poland, and the narrowest in Estonia, Greece and Germany. For Romania this education gap tend to be about 10% both for U_E and I_E transition. (DG EMPL, 2009).

Conclusions

The proposed paper has raised two important questions: in a society that wants to become a Knowledge Based Society is to become a Knowledge Worker a solution to increase the labor market insertion of young people? And if the answer is yes, what role do the universities play in shaping the behavioral types of highly qualified human resources?

Our approach was to respond, even if sometimes partially, to these questions and to make recommendations based on the conclusions drawn. If the link between education level of the human resource and its degree of insertion into the labor market is highlighted and it is the subject of analysis both at national and EU level, the connection between knowledge worker and school-to-work transition is easily inferred and argued but extremely difficult to prove. Why so? Because becoming knowledge worker doesn’t mean only attending a form of tertiary education. As I said earlier in the paper, being a graduate of a higher education institution does not confer the status of knowledge worker. But taking into account that the labor market is extremely dynamic, our proposal is heading towards achieving further analysis that highlight and follow, for a period of about 5 years, what happens to each institution of higher education graduates in the labour market. Sure, in this analysis the efforts must be concerted and supported by a significant number of social partners: Ministry of Labour, Ministry of Education, the Management of the Universities included in the analysis. The results of this analysis can be surprising and extremely useful in determining the position of Romania in providing human resources that can be considered knowledge workers. The more so as, at least in words, Romania is supposed to head towards a knowledge society.

References

1. ARACIS, http://www.aracis.ro/fileadmin/ARACIS/Comunicate_Media/conferinta-final.pdf, 2009
2. Beckstead, D, Gellatly, G., *Are Knowledge workers found only in High-technology Industries?*, Statistics Canada, Microeconomic analysis Division, May 2004, Ottawa, Ontario, Canada, ISSN 1705-6896, ISBN 0-662-37239-5, p. 12
3. Bernheim C. T., Chaui, M de Sousa, *Challenges of the university in the knowledge society, five years after the World Conference on Higher Education* UNESCO Forum Regional Scientific Committee for Latin America & Caribbean, Paris, December 2003, p.11
4. Bojnord, N.H., Menhaj, M.B., "What is knowledge and how it can be evaluated?" *Communication of the IBIMA*, vol 11, 2009, ISSN 1943-7765, p. 114-122
5. Boothby, D. 1999. *Literacy Skills, the Knowledge Content of Occupations and Occupational Mismatch*. Applied Research Branch Working Paper W-99-3E. Ottawa: Human Resources Development Canada.
6. Brand J.L, *Productivity beyond the Corner Office*, Haworth, Employee engagement white papers, 1994 <http://www.haworth.com/en-us/Knowledge/Workplace-Library/Documents/Rewarding%20Knowledge%20Worker%20Productivity%20Beyond%20the%20Corner%20Office.pdf>
7. CRM, <http://searchcrm.techtarget.com/definition/knowledge-worker>
8. Cruz, Y, Escrigas, C, "A broad approach of the higher education role beyond training professionals to educating responsible citizens", International Association of Universities (IAU) 2009, International Conference http://www.iau-aiu.net/conferences/Lebanon2009/Presentations/Cruz_Escrigas_p.pdf
9. DG EMPL, *Employment in Europe 2009*, European Commission, Belgium, 2009, ISBN: 978-92-79-13372-5, p.39, 68
10. EUROSTAT, 2009, *Youth in Europe. A statistical portrait*, European Communities, 2009, ISBN 978-92-79-12872-1, Theme: Population and social conditions, Collection: Statistical books
11. Good, T. L., "Economics and School-to-Work." *21st Century Education: A Reference Handbook*. 2008. SAGE Publications. 22 Sep. 2009. <http://www.sage-reference.com/education/Article_n30.html>.
12. INSSE, 2009 – *Entry of young people into the labor market*. ISSN: 2067-3485, INSSE, 2009, p.32
13. ILO *Learning and training for work in the knowledge society*, Report IV (1), Geneva, International Labour Office, 2002, ISBN 92-2-112876-8, p 4
14. Janet Moore "Is Higher Education Ready for Transformative Learning?" *Journal of Transformative Education*, Vol. 3, No. 1, 76-91 (2005)
15. Lavoie, M. and R. Roy. *Employment in the Knowledge-Based Economy: A Growth Accounting Exercise for Canada*. Working paper R-98-8E, June, Ottawa: Human Resources Development Canada, 1998.
16. Malcolm Gillis, President of Rice University, cited in the report of the Task Force on Higher Education and Society of the World Bank and UNESCO entitled: *Higher Education in Developing Countries: Peril and Promise* (Washington: World Bank, 2000).
17. MMFES, 2007 <http://www.mmuncii.ro/pub/imagemanager/images/file/Rapoarte-Studii/310507tineret.pdf>
18. Muriel Ordoñez and Olivier Serrat, *Disseminating Knowledge Products, Knowledge Solutions*, No 43, May 2009) <http://www.adb.org/Documents/Information/KnowledgeSolutions/default.asp?pg=2&mo=&yr=&kstype=4&p=kmmat>

19. Olivier Serrat, "Managing Knowledge Workers", *Knowledge Solutions*, No 12, October 2008, Asian Development Bank)
20. <http://www.adb.org/Documents/Information/Knowledge-Solutions/Managing-Knowledge-Workers.pdf>
21. *Romania National Report, 2007*, <http://www.edu.ro/index.php/resurse/7942>
22. Scott, P., "From Professors to 'Knowledge Worker': profiles of the academic profession", Essay Review, *Minerva*, vol 45, No 2, p 206 (205-215), June 2007, ISSN 0026-4695
23. Wilson, D., "The education & training of Knowledge workers", J. Zaida (ed.), *International Handbook on Globalizations, Education and Policy Research*, p. 49-64, 2005, Springer
24. http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration_eng.htm

YOUTH EDUCATION IN ROMANIA – A STATISTICAL OVERVIEW ON PATTERNS AND TRENDS IN PARTICIPATION AND COMPLETION

Camelia CĂMĂȘOIU*
Nicoleta CARAGEA **

Abstract

Education is one part of young people's lives. Education and training are central to the Lisbon agenda for growth and jobs and a key element for its follow-up with the 2020 perspective. Creating a well-functioning 'knowledge triangle' of education, research and innovation and helping all citizens to be better skilled are crucial for growth and jobs, as well as for equity and social inclusion. Education enables the individual to understand and study the real life situation and to develop an opportunity for creating confidence in the minds of younger generation, and provide a strong base for rational and value oriented and nation building progress. In terms of this paper, we analyse the rates of enrolment, repetition and drop-out in educational institutions in Romania, by level of education, according to International Standard Classification of Education ISCED 97. In this paper I will also investigate the current situation of the quality of higher education and study activities by Romanian young population, especially by age between 15 years and 24 years.

Keywords: education, participation rate, level of education, drop-out rate, education quality

Introduction

Education and training are central to the Lisbon agenda for growth and jobs and a key element for its follow-up with the 2020 perspective. Creating a well-functioning 'knowledge triangle' of education, research and innovation and helping all citizens to be better skilled are crucial for growth and jobs, as well as for equity and social inclusion. The economic downturn puts these long-term challenges even more into the spotlight. Public and private budgets are under strong pressure, existing jobs are disappearing, and new ones often require different and higher level skills.

Education and training systems should therefore become much more open and relevant to the needs of citizens, and to those of the labor market and society at large. Education enriches people's understanding of themselves and world; it could improve the quality of their lives and leads to broad social benefits to individuals and society.

The relationship between education and employment has been the subject of substantial research over the last decade across the world, the knowledge being considered the most precious good and the source of human capital development. Knowledge has become the major factor for economic productivity. Basically, knowledge and productivity are related in two ways: through research and innovation processes leading to the creation of new knowledge and its application in new (or better) products and services; and through education and training leading to a skilled labor force better able to produce and apply knowledge and information.

At individual level, education activities play a special role in the total time available to a person daily. The decision to invest in education means connecting the individual to the values of society, the rules of social conduct and long-term positive effects of obtaining the economic, cultural, personal, etc. Education enables the individual to understand and study the real life situation and to develop an opportunity for creating confidence in the minds of younger

* Professor Ph.D., Ecological University of Bucharest.

** Lecturer Ph.D., Ecological University of Bucharest (e-mail: nicolcaragea@gmail.com)

generation, and provide a strong base for rational and value oriented and nation building progress (Myers & Harbison, 1965; Mingat and Tan, 1986).

From the society side, the lack of education means lost opportunities to individual and company level, economic and social development. Time for education is thus a resource that provides individuals, such as factor and the effect of its development.

The role of education and training underpinning the knowledge triangle needs to be reinforced. Patterns and trends in educational opportunities and outcomes are notoriously difficult to describe with any precision and to interpret meaningfully. First, the data are highly context-dependent.

Innovation and growth will be weak without a broad foundation of knowledge, skills and competences which promotes talent and creativity from an early age and is updated throughout adulthood. Education is thus one of the fundamental factors of development. During the twentieth century, education, skills, and the acquisition of knowledge have become crucial determinants of a person's and a nation's productivity.

There is a substantial literature that shows that people with higher levels of education are more likely to participate in the labour market, face lower risks of unemployment, and have greater access to further training.

For much of the developing world there are few, if any, explicit connections between youth and education. In many countries youth is not traditionally viewed as a distinct and autonomous life phase that exists above and beyond family, kinship and intergenerational relations. Youth policies and measures are not necessarily developed independently, but may be incorporated in other frameworks. Educational policies understandably place priority on ensuring universal basic education, and in many cases this means first of all reaching the target of universal primary education and significantly reducing illiteracy rates as soon as possible.

In this paper I will investigate the current situation of education and study activities by Romanian young population, especially by age between 15 years and 24 years, data being provided by National Institute of Statistics. It is also analyzed the higher education quality in Romania.

Theoretical Background

In terms of this paper, we analyse the rates of enrolment, repetition and drop-out in educational institutions, by level of education, according to International Standard Classification of Education ISCED 97. Education process in Romania is conducted according to the following levels of education:

➤ ISCED 1- Primary education is the appropriate level 1 of education, whose main function is to provide a basic education.

➤ ISCED 2- Secondary education is lower secondary education level 2, based on at least 4 years of training that provides general education. The lower secondary level of education generally pursues the basic programmes of the primary level, although teaching is typically more subject-focused, often employing more specialised teachers who conduct classes in their field of specialisation. The end of this level is grade 8 in Romania.

➤ ISCED 3- Higher secondary education is secondary education and vocational level 3, providing general education and / or specialty. ISCED 3 corresponds to the final stage of secondary education. The entrance age to this level is typically 15 or 16 years. There are substantial differences in the duration of ISCED 3 programmes, typically ranging from 2 to 5 years of schooling. ISCED 3 may either be "terminal" (i.e. preparing students for direct entry into working life) and/or "preparatory" (i.e. preparing students for tertiary education). ISCED level 3 programmes are sub-classified according to the a) destination for which the programmes have been designed to prepare students (educational/labour market) and by b) programme orientation (general/pre-vocational, vocational) - namely 3A, 3B, 3C. ISCED 3A programmes designed

mainly to lead pupils to a deeper understanding of a subject or group of subjects, especially, but not necessarily, with a view to preparing pupils for further education at the same (ISCED 3B) or a higher level (ISCED 5A). Such programmes are typically school-based. ISCED 3B programmes covers education that prepares participants for direct entry, without further training, into specific occupations or direct access to ISCED 5B. ISCED 3C programmes covers education that is mainly designed to prepare participants for labour or prepare them for entry into further vocational or technical education programmes (ISCED 3B).

♦ ISCED 4- Higher post-secondary non tertiary education is the post, according to education level 4, which provided for admission is completion of higher secondary education. ISCED 4 level covers programmes that bridge the boundary between upper secondary and post-secondary education. According to ISCED-97, level 4 programmes cannot be regarded as tertiary programmes. They are often not significantly more advanced than programmes at ISCED 3 but they serve to broaden the knowledge of participants who have already completed a programme at level 3. The students are typically older than those in ISCED 3 programmes.

♦ ISCED 5- Post secondary tertiary education - the first stage (license) is accordingly higher education level 5, the condition for admission is completion of higher secondary education. ISCED 5 programmes have an educational content more advanced than those offered at levels 3 and 4. Entry to these programmes normally requires the successful completion of ISCED level 3A or 3B or a similar qualification at ISCED level 4A or 4B. Programmes at level 5 must have a cumulative theoretical duration of at least 2 years from the beginning of level 5 and do not lead directly to the award of an advanced research qualification (those programmes are at level 6).

♦ ISCED 6- Post secondary tertiary education - the second stage (master, post-graduate studies, doctoral, post-doctoral studies, etc.) - the corresponding higher education level 6, which provided for admission is completion of the first stage of tertiary education.

To the formal education in the frame of national educational system could be added the continuing vocational training. In Romania, the continuing vocational training is structured in two components: initial education and adult vocational training. The both of two components have distinct objectives and own methodologies of development. This study is referring especially to the second component of vocational training. Continuing professional development of employers is often provided by major companies for their own purposes. Very few countries perform any functions in this area which could enhance transparency (e.g. comparability of qualifications) and quality assurance. In Romania, the importance of lifelong learning for participation in the knowledge society and for the labor market's changing needs is only gradually being recognized. At this moment, continuing vocational training is not able to cover all the needs of the labor market being still an un-developed area.

National system of education in Romania – a focussed look on higher education

The Ministry of Education, Research, Youth and Sport regulates the Romanian educational system base on the Law of Education that was adopted in 1995. There are around 1,8 million students enrolled in 2008, in higher education, from which 891,000 in tertiary level. Under the authority of the ministry there are agencies that play a very important role in fields such as financing and scientific research or partnerships with social and economic environment.

The National Agency for Qualifications in Higher Education and Partnership between Universities and Socio-Economic Environment (ACPART) is the specific body whose mission is to promote the partnerships between higher education institutions and the social and economic environment.

Higher education in Romania is offered in both public and private higher education institutions. These include universities, academies and colleges organized in specialized departments.

Romania has made major steps towards the European Higher Education Area by reorganizing the entire spectrum of university programs. A new higher education structure has been adopted by the Law 288/2004 on the organization of university studies, providing the legislative framework for the introduction of the three cycles, Bachelor, Masters' and Doctoral studies, according to the Bologna objectives. The Law came into force in the 2005/2006 academic year and the first generation of Bachelor students graduated in 2008/2009. Organization of the academic year for higher education is decided yearly by the university senates following the general guidelines provided by the Ministry of Education, Research and Youth. According to the in-force legislation, the academic year in Romania has a number of fixed reference points – the periods for courses, seminars and practical activities, examination sessions, vacations and holidays.

Starting from 1990, the number of higher education institutions (including private ones) and the enrolment quotas increased rapidly, together with a large diversification of the specialization of studies being offered. This development led in 1993 to the elaboration and promulgation of the legal framework for the accreditation of the higher education institutions and diplomas recognition procedures (Law 88/1993 amended through Law 144/1999) – previous to the Education Law (Law 84/1995). The legal framework basically sets the national quality standards for higher education providers, ensuring a quality-control over the rapid development of both public and private education. In order to be recognized as part of the national education system, private education institutions have to be accredited through specific procedures established by the law. Accreditation of public or private higher education institutions is possible only through dedicated laws. Diplomas and certificates emitted by the accredited private or education institutions produce the same effects as the ones emitted by the public education institutions. Organizing bodies of private education institutions are entirely responsible of the administration and financing of the activities within the established legal framework. Tuition fees are established autonomously by the private higher education institutions, according to the provisions of the law.

Patterns and trends in Romania youth education

1. Enrolment of youth population

During the academic years 2000 – 2009, the rates of youth enrolment in education increased by levels of education, mainly for ISCED 3 (from 69,4% in 1999/2000 to 89,3% in 2008/2009) and for ISCED 5 (from 23,1% to 51,7% in 2008/2009).

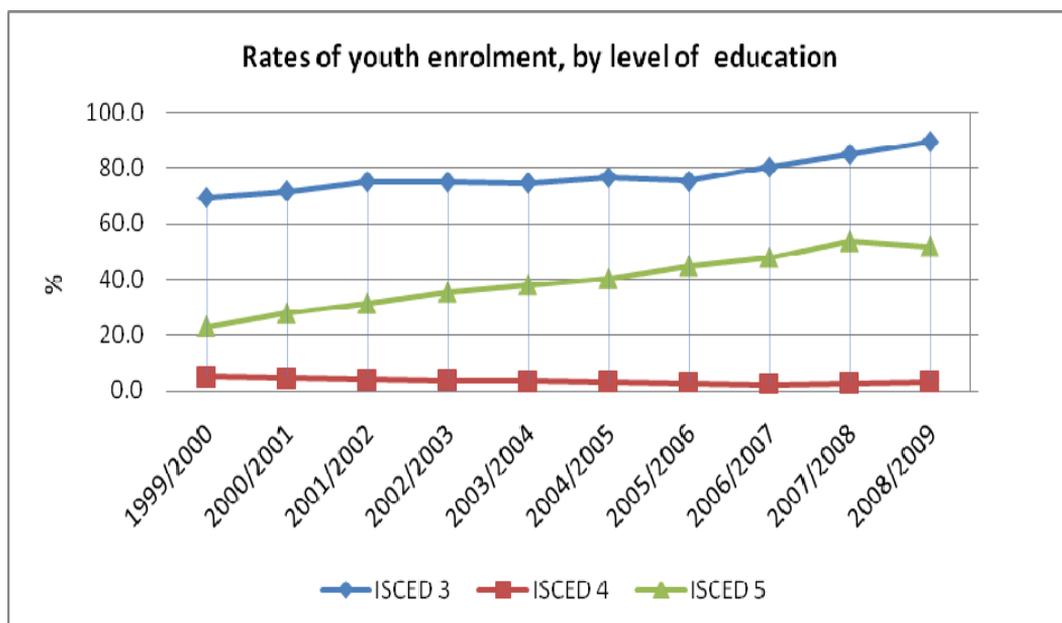
Methodologic note

Statistical data on tertiary education (number of faculties, enrolled students, graduates and teaching staff) also include short term higher education (colleges), as well as foreign students who study in Romania; Romanian students who study in other countries are not included.

Enrollment rate for school aged population represents the ratio between number of pupils from a certain age group, no matter of education level and total population of the same age group. Enrolment rates are expressed as net enrolment rates, which are calculated by dividing the number of students of a particular age group enrolled in all levels of education by the number of people in the population in that age group.

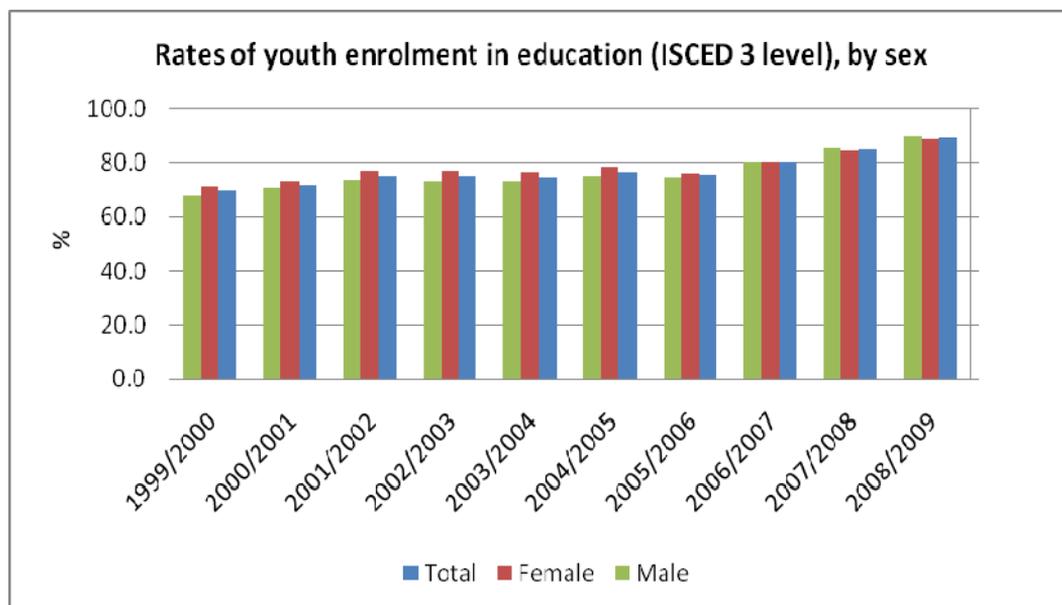
Data source: Statistical surveys carried out at the beginning and at the end of school year (academic year) in educational units of all types by type of ownership and level of education.

In the case of post secondary non tertiary education (ISCED 4) the gross enrolment rate decreased from 4,8% in the academic year 1999/2000 down to 3,2 in 2008/2009. The main reason is because the students follow now the tertiary education.



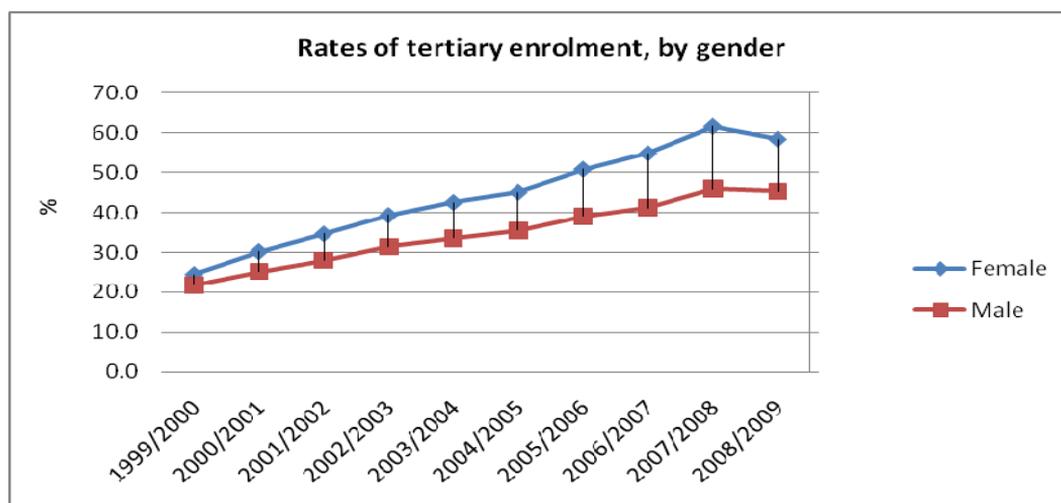
Source: National Institute of Statistics, 2010

By gender, the rates of youth enrolment is very good balanced (for female - 89,3%, respectively for male - 89,0%), that because there are not big differences between male and female population in Romania.



Source: National Institute of Statistics, 2010

The situation observed in tertiary education (ISCED 5) is different. There, the youth rate enrolment in the academic year 2008/2009 is higher for women (63,0%) than for men (47,1%).



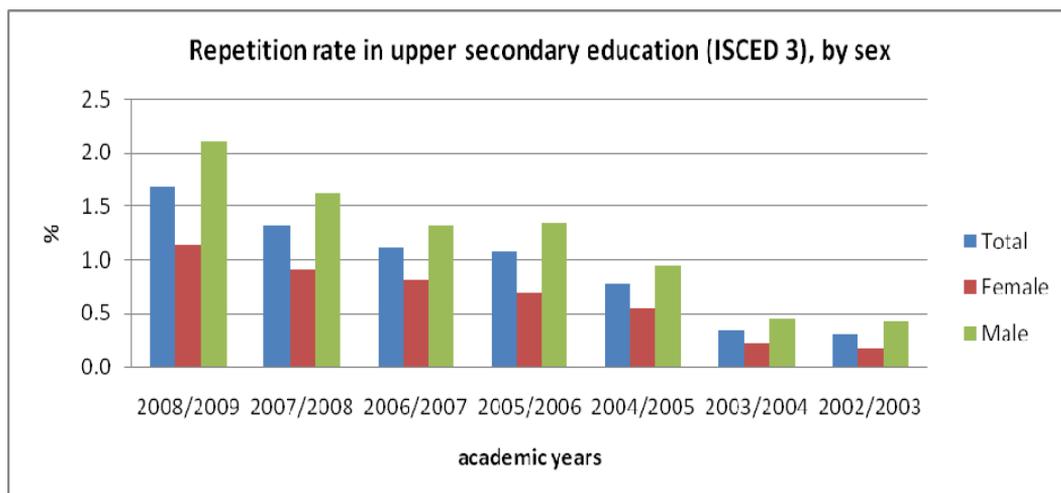
Source: National Institute of Statistics, 2010

2. Repetition in youth education

The repetition rate is the proportion of students from a cohort enrolled in a given grade at a given school-year who study in the same grade in the following school-year. It measures the phenomenon of pupils repeating a grade, and its effect on the internal efficiency of educational systems. In addition, it is one of the key indicators for analysing and projecting pupil flows from grade to grade within an educational cycle.

For the upper secondary education (ISCED 3) the repetition rate is low in Romania: 1,7% in the end of academic year 2008-2009, being higher for males (2,1%) than females (1,1%).

The situation is better for the ISCED 4 level of education where the repetition rate is insignificant (0,3% at the end of the academic year 2008-2009).



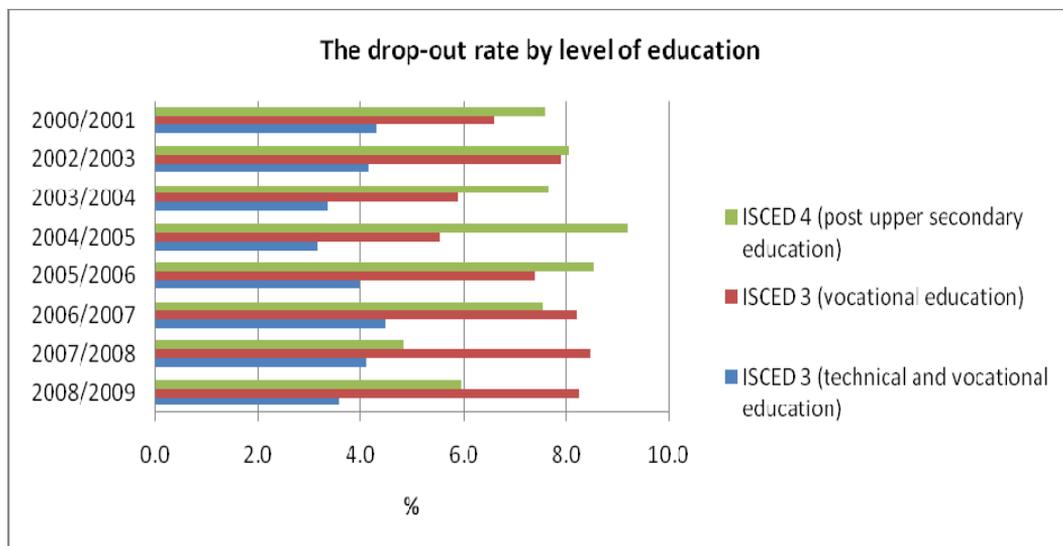
Source: National Institute of Statistics, 2010

3. Youth who drop-out

The school drop-out rates are viewed as an indication of the success or failure of Romanian educational institutions. Drop-out is defined as those students who leave the specified level in the

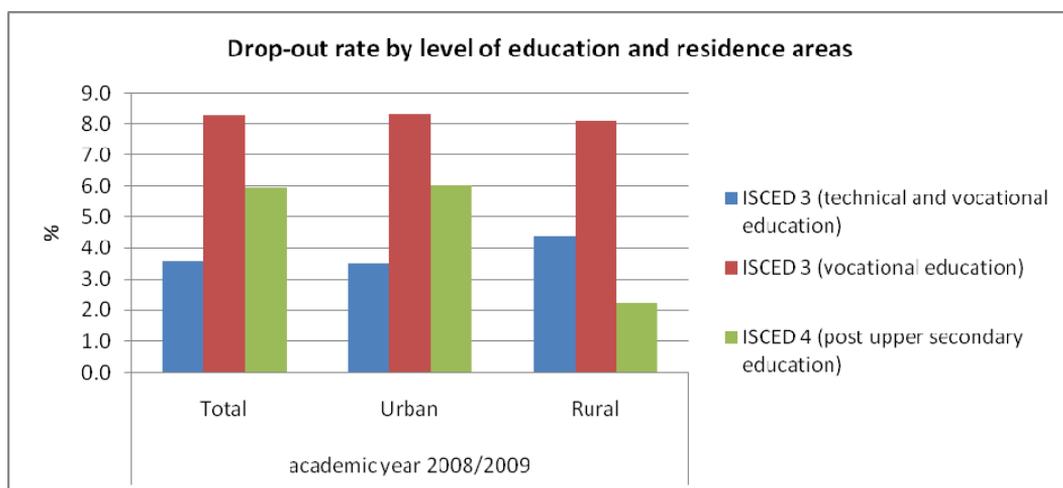
educational system without obtaining a first qualification. Young people who don't complete high school face many more problems in later life than do people who graduate. While national leaders have demanded that schools, communities, and families make a major effort to retain students, the dropout rate remains high.

In the analyzed period, the drop-out rates increased for the vocational education. For that level of education, in the academic year 2008-2009, the drop-out rate was 8,3%, higher with 1,7 percentage points than 2000-2001.



Source: National Institute of Statistics, 2010

There are differences of drop-out rates by residence areas, for all level of education. In the academic year 2008-2009, in the post upper-secondary education (ISCED 4), the drop-out rate was 2,2% in rural area, compared to 6,0% calculated for the urban area. The differences are generated by the fact in the rural area, the number of student enrolled in that level of education is small.



Source: National Institute of Statistics, 2010

The quality of higher education in Romania

In any country higher education is the moment of truth for the entire society. With many pressures from technical developments, a deficiency in designing higher education is a very costly endeavor paid by a country. The qualified job market suffers directly and one of the numerous direct consequences will be the decreasing number and quality of teachers and professors involved in the educational system. Unfortunately, this is the case in Romania, where the educational system still has many gaps. Even though, the quality of education and training is considered in Romania, as well as in all Member States to be a concern of the highest political priority. High levels of knowledge, competencies and skills are considered to be the very basic conditions for active citizenship, employment and social cohesion. Lifelong learning is an important means of shaping one's future on a professional and personal level, and high-quality education is essential in the light of labor market policies and the free movement of workers across the European Union. On the other side, the success in higher education is not only a question of academic excellence. Despite the development of mechanisms promoting equity in education systems, the level of education of parents still has an impact on success in higher education. People whose parents have a high educational level have better chances of accessing and completing tertiary education than others.

The academic evaluation and the accreditation procedure are based on an assembly of general criteria and obligatory standards. The criteria refer to the fundamental organising and functioning domains specific to higher education: teaching staff, educational content, material basis, research activity, financial activity, and institutional, administrative and management structures. The standards refer to each criterion and specify the minimum obligatory levels during the evaluation and accreditation period (these levels are differentiated for the provisory functioning period and for the period subsequent establishment through the law). The general criteria and the basic obligatory standards are set by the law whilst the specific criteria by reference domain and specialization of study are established by the evaluation commissions subordinated to ARACIS.

The Romanian higher education needs an evaluation based on the international standards. The Minister of Education, Research, Youth and Sport underscored the need to use the final results when evaluating the universities and stressed he would back financing the universities based on their scientific results. But it should be said that the evaluation of the quality in higher education is – almost always – a subjective issue, even though the evaluation method is based on the statistical data. The subjectivity should be viewed as a perception of the various actors participating into the educational system.

The first statistical indicators used in order to evaluate the quality of youth education have been set according to the Bologna Process¹ recommendations.

Regarding the formal implementation of the principals of Bologna Process, the image of higher education in Romania is not only a positive one. In this sense, a weakness is given by “the delays registered on the implementation of the national framework of qualification²”.

Other points of view on the level of quality in higher education are presented below:

■ until now, the academic quality of the national system of education is mostly focused on the input indicators (participation to higher education as a number of students), not on the education results; the most important risk is to inflation of graduates that are not in to a positive correlation with their professional competencies;

■ although the higher education in Romania has a good image at European level, the

¹ The Bologna Process is an intergovernmental initiative which also involves the European Commission, the Council of Europe and UNESCO-CEPES, as well as representatives of higher education institutions, students, staff, employers and quality assurance agencies. It aims to create a European Higher Education Area by 2010, and to promote the European system of higher education worldwide.

² *Barometrul calității 2009*, Agenția Română de Asigurare a Calității în Învățământul Superior – ARACIS

academic policies should be elaborated and applied in order to assure the control of education quality. The current institution (ARACIS³) is still perceived as a agency that not resolve that problem;

■the higher education is full of divergences and differences between views of students and academic staff regarding the education quality. The employers have also different opinion on quality of higher education. These divergences conduct to confusions about the quality standards of education.

As a particular conclusion, Romanian Higher Education is often a field of great contradictions and high volatility as government after government completes a never ending cycle of reforms and amendments on present laws. Of course, not all of these reforms affect the interests of students, but most are beneficial to overall quality and to student welfare. The exit of the current situation of higher education should be correlated with the economical and social situation in Romania at the present, but the economic crisis should be viewed as a driving forces and key features.

Conclusions

Education is indispensable to economic development. No economic development is possible without good education, especially for young population. A balanced education system promotes not only economic development, but productivity, and generates individual income per capita. On the individual side, acquiring education and training that is relevant to the job market improves an individual's employment opportunities. This often leads to acquiring a better paying job, increasing savings, and ensuring economic security. Developing new skills and knowledge relevant to the job market, enables a person to apply to a wider variety of jobs.

In Romania, increasing the participation of higher education should be a major objective of the educational policy. Some of measures should be taken into account by institutions to increase their efforts to widen participation in higher education.

We need everyone who has the ability to participate in higher education if we are to expand to meet our future economic needs without sacrificing quality. But all those engaged in higher education will recognize that there is more to be done to realize this ambition.

References

1. Becker, G. Stanley, 1998, *Human Capital and Poverty, Religion and Liberty Archive*, Chicago, University of Chicago Press. Conn. and London: JAI Press. p 1-18;
2. Caragea N., 2009, *Adult Education Survey – A Major Tool Towards a Coherent and Comprehensive Statistical Information System on Education and Learning*, Ed. Cartea Studențească
3. Caragea N., 2009, *Education, Training and Labor Market in Romania*, p. 1583-1588, ISBN 978-973-129-447-6: http://www.univnt.ro/upload/sesiune_stiintifica/2009/CKS_e-Book_2009.pdf

³The Romanian Agency for Quality Assurance in Higher Education (ARACIS) is officially established by Government Emergency Ordinance No. 75 of July 12th, 2005, modified and approved by Law 87/2006, Published in the Romanian Official Journal, Part I No. 334 of April 13th, 2006 . Also, as per the same Law, ARACIS assumes and carries on the official rights and obligations of the former Romanian National Council for Academic Assessment and Accreditation (NCAAA - in Romanian: CNEAA) as well as its archives and goods. The former NCAAA was established by the Law No.88/1993, being one of the first Accreditation and QA Agency in the countries of the former East European block. The Romanian Agency for the Higher Education Quality Assurance is set up for the purposes of the external quality assessment in the field of higher education as well as for the external assessment prior to and required for accreditation.

4. Caragea N., Armstrong, C., 2009, *Time Spent in Education - a Resource of Human Capital Development* in LEX et SCIENTIA nr. XIII, ISSN: 1583-039X
5. Caragea N., 2008, *Education, Training and Labour Market in Romania*, București, LEX et SCIENTIA, nr. XV vol. 3/2008, ISSN: 1583-039X
6. Denison, E., 1962, *Source of Economic Growth in United States and the Alternative Before Us*, Committee for Economic Development;
7. Ilahi, Nadeem, 1999, *Children's Work and Schooling: Does Gender Matter? Evidence from the Peru LSMS Panel Data*, The World Bank;
8. Istrate, G. and Caragea, N., 2007, *Time Spent for Education – a Key Resource for Social and Economic Development*. Paper presented at the annual international conference for the International Association of Time Use Research, October 17-19, in Washington, DC, US;
9. Istrate, G. and Caragea, N., 2005, *A link between education and paid work*. Paper presented at the annual international conference for the International Association of Time Use Research, November 2-4, in Nova Scotia, Canada;
10. Mincer, Jacob, 1974, *Schooling, Experience, and Earnings*, New York: NBER Press;
11. Mingat, A., and J.P.Tan, 1986, *Financing Public Higher Education in Developing Countries*, Research Division Education and Training Department, The World Bank, USA;
12. Myers, C. and Harbison, F., 1965, *Education, Manpower and Economic Growth: Strategies of economics*, Volume 16. Polachek, Solomon W., ed., Associate Editor: John Robst. Greenwich;
13. Perț, S.. 2003. *Investiția în Capitalul Uman - O Prioritate Națională*, edited by Aurel Iancu. Vol. *Dezvoltarea Economică a României*. Bucharest: Romanian Academy Press;
14. Pert, S. 2004. *Societatea Informațională - Societatea Cunoașterii. Educația și Formarea Forței de Muncă. Studii și Cercetări Economice*. Bucharest: CIDE;
15. Psacharopoulos, G., 1993. *Returns to investment in education: a global update*, *Policy Research Working Paper Series* 1067, The World Bank;
16. Schultz, T. P., 1992, *The Role of Education and Human Capital in Economic Development: An Empirical Assessment*, paper presented at the conference on Economic Growth in the World Economy, Institut für Weltwirtschaft, Kiel;
17. Schultz, Theodor, P., 1961, *Investment in human capital*. American Economic Review;
18. Agenția Română de Asigurare a Calității în Învățământul Superior – ARACIS, *Barometrul calității –*
19. 2009
20. CEDEFOP, 2003, *Learning for employment. Second report on vocational education and training policy in Europe*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities;
21. NIS, 2006, *Caracteristici ale formării profesionale continue în România*, Bucharest: National Institute of Statistics Press;
22. Eurostat, *The Bologna Process in Higher Education in Europe*, 2009
23. www.insse.ro.

THE FIRST STAGE REPRESENTATION OF A PLAY PUBLISHED BY A WOMAN WRITER IN ROMANIA

Carmen D. CARAIMAN*

Abstract

The appearance of feminine theatre in Romania in 1870 (marked by the publication and stage representation of Constanța Dunca-Schiau's play – Martiria inimei¹) was generated by the educational and cultural emancipation that middle/upper class women started to enjoy both under the influence of the Western feminist movement, and also under the influence of socialist ideas (supported in Romania and spread during the second half of the 19th century and at the beginning of the 20th century by an important number of left-wing oriented magazines²). The beginning of feminine theatre lacked aesthetic value almost entirely, but it represented the thematic and typological patterns on which women's dramatic literature was to evolve for almost one hundred years in Romania.

Keywords: *feminine literature, Romanian feminine theatre, women's educational and cultural emancipation, aesthetic value, thematic and typological patterns.*

Introduction

In Romania the study of women's literature (named in the present paper *feminine literature*) has concerned not only the feminist thinkers³, but also literary critics⁴ interested in the aesthetic, typological and thematic particularities of this type of writing. In fact, the approach of feminine literature oscillates between two basic perspectives: the cultural one (adopted by feminists) and the aesthetic one (adopted by equidistant literary critics). The two perspectives often intermingle in the specialists' papers.

From a cultural point of view, the concept of *genre* is used for interpreting literature as *a set of signs* that individualize a literary production through its relation to the culture that has generated it and has thus instituted a set of textual practices shared by its readers:

"Genre is a concept that relates the way a text works as a set of signs to the culture(s) within which it is produced and consumed. It enables the gender analyst to trace how and why particular textual practices are gendered."⁵

From a literary point of view, Romanian contemporary critics pay a particular interest in *feminine writing*, more precisely in feminine prose, trying to investigate it either through E.

* Lecturer, Ph.D. candidate, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest (e-mail: cdcaraiman@univnt.ro).

¹ in English: *A Martyr of Her Own Heart* (my translation);

² Here is a list of the most active Romanian socialist magazines: *Contemporanul*, *Revista socială*, *Viata românească*,

Amicul familiei. *Litere-știință-arte-pedagogie-industrie*, București, 15 March 1863 – 31 Oct. 1865, May 1868), dir. Constanța Dunca-Schiau; *Alțițe și bibiluri*, 1893-1894, dir. Smaranda Andronescu; *Rândunica*, 1893-1894, dir. Elena D. Sevastos; *Dochia*, 1896-1898, dir. Adela Xenopol; *Revista noastră*, 1905-1907, dir. Constanța Hodos; *Românca*, 1905-1906, dir. Adela Xenopol; *Revista scriitoarei*, 1926-1943, dir. Adela Xenopol up to 1928 and Aida Vrioni up to 1943;

³ see Mihaela Miroiu, Stefania Mihăilescu, Laura Grunberg, Otilia Dragomir, Adina Brădeanu etc.;

⁴ see Elena Zaharia-Filipas, Ioana Pârvulescu, Sultana Craia, Daniel Cristea-Enache, Simona Sora, Catrinel Popa, Mihaela Mudure, Andreea Deciu, Ileana Orlich, Mihaela Ursu etc.

⁵ „Conceptul de gen ne ajută să stabilim conexiuni între un text, conceput ca un set de semne, și cultura/culturile care îl produc și îl consumă. Cu ajutorul acestui concept, cel care efectuează studii de gen poate identifica în ce mod și din ce cauză anumite practici textuale poartă marca genului.” (trad. n.). Anne Cranny-Francis, Wendy Waring, Pam Stavropoulos, Joan Kirkby, *Gender Studies. Terms and Debates*, New York: Palgrave Macmillan, 2003, pag. 106;

Lovinescu's perspective (as Elena Zaharia-Filipas does), while pointing out the advantages and risks brought by this approach, or through the typology specific for this literature (as Sultana Craia, Ioana Pârvulescu do).

In fact, Romanian equidistant critics (mentioned in the previous article) carry on the tradition inaugurated in our literature by E. Lovinescu, G. Ibrăileanu and Tudor Vianu who used the attribute *feminine* to describe the new literary sensitivity identifiable in women's literature.

The critics' particular interest in feminine prose and not in feminine drama can be easily explained if we take into consideration the modest contribution brought by women to the development of drama and the flourishing of theatre in our country during the 19th century. This paper attempts to make reference to an ignored segment of creation which appeared almost unnoticed in the realm of Romanian literature. However, despite its obscure beginning, during the 20th century and afterwards, Romanian feminine drama was to find its recognition at a national and international level, too⁶.

Feminine literature is a phrase used by critics to describe the original literary style and vision proposed by women writers. A selective presentation of the main meanings attributed to this concept by Romanian critics will reveal a variety of connotations that it has gained in the course of time. For G. Ibrăileanu, the concept of *feminine literature*⁷, used with reference to Hortensia Papadat-Bengescu's creation, is equivalent with stylistic innovation:

"Out of the sum of impressions that continue to persist when you finished reading Hortensia Papadat-Bengescu's volume, two basic characteristics emerge: her original work and its basically *feminine* character."⁸ (My translation)

On the other hand, in Vladimir Streinu's opinion⁹, the analytical perspective adopted by Hortensia Papadat-Bengescu in her prose has all the attributes of maleness thanks to its accurate psychological observation and objectivity:

"In *Concert din muzică de Bach* everything, the accent, energy, the power of suggestion – and also the power to dissect, as well as her intellectual refrigerence and the control of the epic substance, all indicate an author and not a woman writer."¹⁰

According to T. Vianu¹¹, the appearance of *feminine literature* was a consequence of the changes produced in woman's social condition:

"A *feminine literature* sprouts right beneath our eyes. This, constantly rising above the common level accomplished by the male writers, cannot remain unnoticed. The unanimous aspiration of the feminine soul, at us and abroad, points out the appearance of a new femininity (something totally different from the slightly ridiculous fuss and the instance of modernity which is labelled as feminism)."¹²

⁶ During the 20th century, the most important woman dramatist was Ecaterina Oproiu, who enjoyed appreciation at international competitions; nowadays, Saviana Stanescu's name is well known in the USA thanks to the prizes it has been awarded for her excellent dramatic activity in this country;

⁷ Garabet Ibrăileanu, *Studii literare*, vol. I, Bucharest: Editura Minerva, 1979, pag. 340;

⁸ „Când ai isprăvit de cetit volumul doamnei Hortensia Papadat-Bengescu, din suma impresiilor ce-ți rămân, două se degajă mai întâi: originalitatea operei și caracterul ei eminentemente *feminin*. Dar, în ultimă analiză, aceste două însușiri se condiționează și se presupun una pe alta.” (orig. text) - Garabet Ibrăileanu, *Studii literare*, vol. I, Bucharest: Editura Minerva, 1979, pag. 340;

⁹ Vladimir Streinu, *Pagini de critică literară*, Bucharest: Editura pentru Literatură, 1968, pag. 121;

¹⁰ „În *Concert din muzică de Bach*, totul, accent, energie, puterea de a sugera – dar și de a diseca, refrigerență intelectuală și dominare a materiei epice, indica un autor, iar nu o autoare.” - Vladimir Streinu, *Pagini de critică literară*, Bucharest: Editura pentru Literatură, 1968, pag. 121;

¹¹ Tudor Vianu, *O ideologie feminină – Noua feminitate*, in *Sburătorul*, Year I, no. 3, 3rd of May 1919, pag. 68;

¹² „Se înfiripează, sub ochii noștri, o *literatură feminină* românească. Aceasta, ridicându-se mereu deasupra nivelului comun realizat de bărbați, nu poate scăpa nici unei priviri. Iar tocmai unanima aspirație a sufletului feminin, în alte părți ca și la noi, dovedește formarea unei noi feminități (ceva cu totul osebit de agitația puțin ridicolă și de speța de mondenitate care se numește feminism).

Thirdly, G. Călinescu¹³ (assessing Hortensia Papadat-Bengescu's work, including its drama) regards *feminine literature* as strictly determined by woman's sexual condition, hence her disinterest for "general ideas" and the metaphysical dimension of existence:

"Her literature /.../ is fundamentally *feminine* and trapped in its sexual condition, lacking any interest for general ideas, for the remote borders of the universe, for symbols and the cosmic death problem. The only values it cultivates are the life of the senses, home and society, alongside with its implied trust in these values."¹⁴

On the other hand, nowadays the concept of *feminine literature* is questioned by Eugen Negrici, who discourages the attempt to accomplish literary criticism through the gender perspective, which he regards as facile and useless:

„Neither the style, nor the artistic or moral creation act perspective provides sufficient strong arguments for assigning a certain sex to literature. The facile, advantageous concept of *feminine literature* has perturbed – like any false problem do – the Romanian critics' perception, in such a way that it provokes our antipathy."¹⁵ (My translation)

However, none of the critics mentioned above defined *feminine writing* in a balanced way. A notable exception is represented by E. Lovinescu¹⁶. During the inter-war period, the great critic assessed the work of any beginner (no matter if a woman/a man writer) with patience, gentleness, decency and correctness. His attitude made it possible for *feminine literature* to flourish in Romania. Noticing the growing interest of the contemporary writers for literature and the original talent of many women writers (Hortensia-Papadat Bengescu, Ticu Archip, Henriette Yvonne Stahl, Ioana Postelnicu, Lucia Demetrius), E. Lovinescu found it essential to investigate the new literary direction he identified, naming it *feminine*. The critical approach was doubled by his effort to shape the creative substance of the new literature in accordance with the aesthetic program of the literary society he organized (*Sburătorul*) and to adapt it to the masculine canon – prevalent at the time. But E. Lovinescu ignored 19th century feminine drama, which he probably regarded insignificant since it did not produce anything remarkable. Our paper aims to cover this unexplored area of our literature in order to point out its original thematic and typology, which constituted in a pattern that was to give birth to an innovative generation of women playwrights.

An early attempt to individualize *feminine literature* was initiated by Ecaterina Săndulescu and Mărgărita Miller-Verghy¹⁷, who, contrary to E. Lovinescu (interested in depicting the creative direction from an aesthetical and stylistic point of view), manifested a particular concern for gathering and organizing general data concerning the biography and literary work of the women writers included in the volume. Their work is the first effort to organize the existing biographic and bibliographic information about Romanian women writers in a volume.

¹³ G. Călinescu, *Istoria literaturii române de la origini și până în prezent*, Bucharest: Editura Minerva, 1988, pag. 738;

¹⁴ „Literatura sa /.../ e o literatură fundamental *feminină*, fără nici o scăpare din cercul închis al condiției sexuale, lipsită întâi de toate de interes pentru ideile generale, pentru finalitățile îndepărtate ale universului, pentru simboluri și pentru problema morții cosmice. Viața simțurilor, a căminului și a societății, cu încrederea implicită în aceste valori, sunt singurele aspecte cultivate.” - G. Călinescu, *Istoria literaturii române de la origini și până în prezent*, Bucharest: Editura Minerva, 1988, pag. 738;

¹⁵ „Nici stilul, nici viziunea artistică și nici planul moralei actului creator nu furnizează destule argumente viabile pentru a atașa un sex anume literaturii. Lesniciosul, avantajosul concept al *literaturii feminine* a perturbat și perturbă – ca orice falsă problemă – percepția criticilor români, și o face într-o măsură care ne trezește antipatia.” (orig. text)

¹⁶ see E. Lovinescu, *Critice*, vol. I, Bucharest: Editura Minerva, 1982; E. Lovinescu, *Opere*, vol. VIII, Bucharest: Editura Minerva, 1989; E. Lovinescu, *Hortensia Papadat-Bengescu*, in *Sburătorul*, Year I, no. 17, 9th August, 1919, pag. 378.

¹⁷ Mărgărita Miller-Verghy, Ecaterina Săndulescu, *Evoluția scrisului feminin în România*, Bucharest: Editura Bucovina, 1935;

In Mărgărita Miller-Verghy and Ecaterina Săndulescu's book – *Evoluția scrisului feminin în România* – we can find several names that are relevant for the first generation of Romanian women playwrights (Sofia Nădejde, Hortensia Papadat-Bengescu, Elena Văcărescu and Matilda Cugler-Poni). However, Constanta Dunca-Schiau (the first woman whose play was represented on the stage in our country) is absent in this volume. Yet, her name appears in some of the most important books dedicated to Romanian drama¹⁸.

The study of *feminine Romanian drama* is an innovative critic attempt to recover past and most of the time unknown plays while outlining the evolution of this literature starting with the first play ever represented on the stage in our country, and continuing with the inter-war, post-war and present valuable works of women writers like: Hortensia Papadat-Bengescu, Ticu Archip, Igena Floru, Lucia Demetrius, Ecaterina Oproiu, Alina Nelega, Andreea Vălean, Saviana Stănescu, Geanina Cărbunariu and others.

Constanta Dunca-Schiau is the first woman whose play was represented on the Romanian stage¹⁹. The presence of a woman's dramatic work on the National Stage in Bucharest was enthusiastically welcome by the public²⁰. The author belonged to the first generation of women writers who paid a constant interest in drama (Carmen Sylva, Elena Văcărescu, Sofia Nădejde, Constanta Hodos), while basically creating poetry (Elena Văcărescu, Carmen Sylva) and prose (Carmen Sylva, Sofia Nădejde, Constanta Hodos). In fact, in this first generation of women playwrights, Constanta Dunca-Schiau was the sole author who wrote only theatre, which she regarded as a means of propaganda for supporting her feminist views.

Constanta Dunca-Schiau assiduously supported woman's emancipation in the conferences she organized during the second half of the 19th century and the beginning of the 20th century: *Femeia Femeii* (Woman's Woman), 1863, *Femeia în familie* [sic!]. *Conferința publică* (*The Woman in the Family. Public Conference*), *Feminismul în România. Conferință* (*Feminism in Romania. Conference*), 1904, *Educațiunea copilului nostru. Conferință* (*Educating our Child. Conference*), 1906, *Fiicele poporului* (*Our People's Daughters*).

In her only²¹ preserved play, *Martira inimei*, Constanta Dunca-Schiau, who was a lawyer, approached woman's condition through the perspective of the basic rights that Romanian women lacked during the 19th century. Since the author does not write for the sake of writing, but to convince, to argument and to draw the contemporaries' attention towards the flaws of the legal provisions regarding Romanian woman's rights and freedoms, the aesthetic problem comes secondary in her creative effort. In *Martira inimei*, the author exemplifies the woman's terrible fate as the victim of a seduction act (which transforms her in a pariah), as well as her impossibility to legally sanction the seducer by making the father responsible for his baby. From this point of view, Constanta Dunca-Schiau's play is a plea for altering legal provisions with a view to protect women in case of seduction, and to hold the seducer responsible for his offspring.

Constanta Dunca-Schiau's play marks the birth of *feminine Romanian drama* and it represents an original way of conceiving characters and the plot, as well as a new stage language. The author creates the first feminine Romanian dramatis persona that is no longer depicted as an illiterate, frivolous (see V. Alecsandri's and I.L. Caragiale's heroines), docile (see Barbu

¹⁸ *Istoria teatrului în România*, Bucharest: Editura Academiei Republicii Socialiste România, 1965; Ioan Masoff, *Teatrul românesc. Privire istorică*, Bucharest: EPL, 1961; Mihai Vasiliu, *Istoria teatrului în România*, Bucharest: Editura Didactică și Pedagogică, 1995; Vicu Mândra, *Istoria literaturii dramatice românești*, Bucharest: Editura Minerva, 1971; Doina Modola, *Dramaturgia românească între 1900-1918. Acumulări, valori, perspective*, Cluj-Napoca: Editura Dacia, 1983; Mircea Ghițulescu, *Istoria dramaturgiei române contemporane*, Bucharest: Editura Albatros, 2000;

¹⁹ Constanța Dunca, *Martira inimei*, drama in V acts, Bucharest: Tipografia Statului, 1870 (the play's first night took place on the 14th of May 1870, at the National Theatre Bucharest).

²⁰ see Ioan Masoff, *Teatrul românesc*, Bucharest: Editura Minerva, 1974.

²¹ The second play written by Constanța Dunca is: *Motiv de despărțanie sau Deputatul muț*²¹, edited by Tipografia Statului, Bucharest: 1871. This play is not available at any public library in Bucharest.

Stefănescu-Delavrancea's heroines) or ambitious character (see the historical plays published in the 19th century in Romania), but rather as a victim doomed to unhappiness and social isolation by prejudice and an inappropriate legislative frame.

In this paper we intend to bring into evidence the innovative typology, topic and stage language created by Constanta Dunca-Schiau in her play *Martira inimei*.

Martira inimei is a feminist melodrama on the inequitable 19th century Romanian legislation and the indifference manifested by our society as to the fate of illegitimate children and their mothers. The dramatic plot outlines the destiny of a woman (Angela Verru) who finally loses her mind and comes to commit infanticide. Her lover (Costică Orezeanu) manifests indifference towards the seduced woman's fate, while enjoying protection before the law as an illegitimate father since no kind of penalty was provided for these offenders at the time. In his acts, Costică Orezeanu lets himself driven by his instincts and thirst to upstart by any means (this theme is going to be re-approached by Sofia Nădejde in the play *Fără noroc*, 1898).

The dramatic conflict is conceived in a simple manner, between Costică Orezeanu (lawyer, by profession) and Angela Verru, the daughter of a former important landlord, Alesandru Verru. Angela is the victim of her passion for the man she loves, who seduces and abandons her. She is also the victim of her father's pride who cannot accept his daughter's mistake and consequently repudiates her. The plot is built on a moral pattern and it brings into evidence the contrast between the educated upper-class representatives (Angela și Alesandru Verru) and the inhuman upstarts (Costică Orezeanu and Olympia Candelianu).

As Vicu Mândra noticed, in *Martira inimei*, Constanța Dunca selects her dramatis personae from the bourgeoisie or the noble class, regarded by authors as "a reservoir"²² of typologies, in the spirit of the classical tradition.

In the past, Olympia Candelianu shared Angela's fate. She is another victim of Costică Orezeanu. Out of despair, Olympia adopts an aggressive attitude towards life:

"**Olimpia**: nothing is sacred in life; all are toys, I should deride everything... May all cry for I have cried myself, too...20 years...it's 20 years now (...)"²³ (My translation)

Olympia's fate illustrates the fact that women like her and Angela Verru are not only the victims of their passions or weaknesses, but also of a social mechanism, which ignores and destroys them.

The portraits of the characters are reduced to only one dimension: morality or immorality, hence the impression that the heroes are lifeless like some puppets handled by means of strings. The rudimentary means the author uses to compose the play's plot outline the heroes' portraits reducing, however, its aesthetic value to a dramatic extent.

The characters are depicted by inadequate dramatic techniques that betray aesthetic and stylistic immaturity. When the writer intends to represent the mood of a character, she frequently uses the *aparthé*:

"**Angela** (*aparthé*): Is he thoughtful? Is he discontent? ... jealous?"

Costică (*aparthé*): I want to see how devoted they are now...but they must not meet [about Angela and Olympia]...What a day! I can be twice a winner!²⁴
and *melodramatic soliloquies*:

"**Angela**: How much he loves me! And I, who doubted...he is right, we, women, do not know how to love. There can be no love without trust. No!"²⁵

²² Vicu Mândra, *Istoria literaturii dramatice românești*, Bucharest: Editura Minerva, 1971, pag. 193-194;

²³ „**Olimpia**: nimic nu este sfânt în lume; toate sunt jucării, să-mi bat joc de toate...Plângă toți, căci destul am plâns și eu...20 de ani...sunt acum 20 de ani (...).” (orig. text)

²⁴ „**Angela** (a parte): El stă gânditor? Să fie oare nemulțumit? Gelos?”

Costică (a parte): Acum să le văd devotamentul...dar nu trebuie să se întâlnească [despre Angela și Olympia]...Ce zi! Pot fi de două ori victorios!

²⁵ „**Angela**: Cât mă iubește! Și eu, care mă îndoiam...are dreptate, noi, femeile, nu știm iubi. Fără încredere nu poate fi amor. Nu!” (Actul I, sc.IV)

The frequent use of the *aparthé* as a means of characterization affects the fluency of the dialogue. In consequence, replies are interrupted and isolated. At the same time, the dramatic art of the author is artificial: the plot advances by means of readymade scenes.

The action is conceived in such a way as to mark the movement from within the private to the public space: Act I takes place at Verru's home, the IInd Act - at Orezeanu's place, the IIIrd - in the Columbeloru Street, while the IVth Act is settled in the Court of Law and the Vth - in the Theatre Square.

Once Angela Verru's dramatic fate becomes public (the young woman's case being judged in court), the author inserts a fragment meant to point out an act of legislative injustice that aggrieved woman's basic rights. This inequity is presented as a reply uttered by an anonymous young man whose voice identifies with the writer's:

"Doesn't Romania have laws to punish these villains! And tomorrow, tomorrow, he is going to be a minister! Oh! I would to God that I could enter the Legislative Body one day and give my country right laws!"²⁶ (My translation)

The characters' lack of complexity is due to their unilateral moral-immoral depiction, which reduces the *dramatis personae's* stage representation to behaviour schemes/attitudes. Consequently, the language abounds in pathetic replies/comments and self-reflexive soliloquies, which impose action a static character. The stage language fails to accomplish its main aims (to characterize and structure the plot) remaining a mere propaganda instrument, meant to illustrate an ideological topic.

Conclusions

Despite its shortcomings in depicting the dramatic action and the conceiving the characters, the play is significant for having thematically revolutionized Romanian drama. The theme concerning woman's condition in society, inaugurated by Constanța Dunca-Schiau in Romanian playwriting, was subsequently approached and developed by important women writers such as: Hortensia Papadat-Bengescu (*Bătrânul*), Ticu Archip (*Inelul, Luminița*) and Ecaterina Oproiu (*Nu sunt Turnul Eiffel, Interviu, Cerul instalat deasupra noastră*).

References

1. *Istoria teatrului în România*, Bucharest: Editura Academiei Republicii Socialiste România, 1965.
2. G. Călinescu, *Istoria literaturii române de la origini și până în prezent*, Bucharest: Editura Minerva, 1988.
3. Anne Cranny-Francis, Wendy Waring, Pam Stavropoulos, Joan Kirkby, *Gender Studies. Terms and Debates*, New York: Palgrave Macmillan, 2003.
4. Constanța Dunca, *Martira inimii*, drama in V Acts, Bucharest: Tipografia Statului, 1870 (the play's first night was on the 14th of May 1870, The National Theatre, Bucharest).
5. Constanța Dunca, *Motiv de despărțanie sau Deputatul mut¹*, Bucharest: Tipografia Statului, 1871.
6. Mircea Ghițulescu, *Istoria dramaturgiei române contemporane*, Bucharest: Editura Albatros, 2000.
7. Garabet Ibrăileanu, *Studii literare*, vol. I, Bucharest: Editura Minerva, 1979.
8. E. Lovinescu, *Critice*, vol. I, Bucharest: Editura Minerva, 1982.
9. E. Lovinescu, *Opere*, vol. VIII, Bucharest: Editura Minerva, 1989.

²⁶ „Să n-aibă România legi pentru a pedepsi pe acești mizerabili! Și mine, mine el va fi ministru! O! De aş trece odată pragul Camerei legiuitoare să dau legi drepte țarei mele!” (*Martira inimii*, Actul V).

10. E. Lovinescu, *Hortensia Papadat-Bengescu*, in *Sburătorul*, Year I, no. 17, 9th August, 1919, pag. 378.
11. Ioan Massof, *Teatrul românesc. Privire istorică*, Bucharest: EPL, 1961.
12. Ioan Massoff, *Teatrul românesc*, Bucharest: Editura Minerva, 1974.
13. Vicu Mândra, *Istoria literaturii dramatice românești*, Bucharest: Editura Minerva, 1971.
14. Mărgărita Miller-Verghy and Ecaterina Săndulescu, *Evoluția scrisului feminin în România*, Bucharest: Editura Bucovina, 1935.
15. Doina Modola, *Dramaturgia românească între 1900-1918. Acumulări, valori, perspective*, Cluj-Napoca: Editura Dacia, 1983.
16. Eugen Negrici, *Iluziile literaturii române*, Bucharest: Editura Cartea Românească, 2008.
17. Vladimir Streinu, *Pagini de critică literară*, Bucharest: Editura pentru Literatură, 1968.
18. Mihai Vasiliu, *Istoria teatrului în România*, Bucharest: Editura Didactică și Pedagogică, 1995.
19. Tudor Vianu, *O ideologie feminină – Noua feminitate*, in *Sburătorul*, Year I, no. 3, 3rd of May 1919, pag. 68.
20. Elena Zaharia-Filipaș, *Studii de literatură feminină*, Bucharest: Editura Paideia, 2004.

THE BENEFITS OF CSR PROGRAMS IN EDUCATION WHEN DEALING WITH ORGANIZATIONAL AND IMAGE CRISIS

Sorin Alexandru GHEORGHE*
Irina-Florentina BĂJAN**
Silvia-Elena POPESCU (IACOB)***

Abstract

In present day, we are witnessing a transformation from a resource-intensive to a knowledge-intensive economy, which leads to changes in people's beliefs, structures and institutions. The recent changes are unavoidable, complex and every day faster. In order to measure to the challenge, firms will have to find new ways to stay ahead of the competition and avoid the perils of organizational or image crisis. The paper considers corporate social responsibility as a solution to the modern firm's problem. In the new economy, an organization's efficiency is not bound only to the firm's economic performance. As a long term solution, firms must adopt strategies and policies and transform themselves into socially responsible businesses. We take the case of firm's investments in education through CSR programs and demonstrate that the beneficiaries of such campaigns are not only the state and the community, but also the firm itself. Lastly, the article analyzes the costs and benefits of a CSR campaign in education, in order to demonstrate its impact on all parties involved.

Keywords: *knowledge society, corporate social responsibility, education, organizational crisis, cost-benefit analysis*

Introduction

Today's economy is referred to as the knowledge economy because knowledge became the central part of any economic activity. This led to a change in firms' management, organization and processes.

The present paper discusses the concept and practice of corporate social responsibility (or CSR) in the modern firm. The knowledge economy raises the bar for competitiveness on the national, as well as the international market, but it also brings a lot more organizational risks than the past, especially when it comes to the firm's image.

We show that CSR practices are becoming more and more usual in the business sector, because of the link they create between the company and the community and also because of the many benefits they can bring to a company, one of which is reducing the risk for an organizational crisis by strengthening customers' loyalty and the company's reputation.

As the knowledge economy puts a greater and greater emphasis on education and training, the private sector is also trying to promote them, through on-the-job training but also through CSR practices.

We take the case of firm's investments in education through CSR programs and analyze the benefits for all parties involved, the company, the community and individuals and also the state.

Finally, the paper demonstrates the effectiveness of CSR programs in education and their impact for everyone involved, by studying the case of a recent CSR campaign triggering education – the Start! Business program sponsored by BCR.

* Ph.D. Student, Academy of Economic Studies, Bucharest (e-mail: gheorghesorinus@yahoo.com)

** Assistant Ph.D. student, Academy of Economic Studies, Bucharest (e-mail: irina.bajan@yahoo.com)

*** Assistant Ph.D. student, Academy of Economic Studies, Bucharest (e-mail: popescusilviaelena@yahoo.com)

Challenges of the knowledge society

Knowledge has always been the driving force of change, a powerful determinant of progress in all areas. As people have come to better understand the surrounding reality, have created new tools and means to improve their lives, have divided and accumulated knowledge, society prospered gradually, passing through many phases and going through many changes. Since the invention of the wheel and the discovery of fire in prehistory to the invention of the steam engine in the eighteenth century and the development of genetic engineering or telecommunications today, passing through periods of intense change like the industrial and agrarian revolution, society has evolved, relying more on knowledge than on the use of natural resources. Thus, innovation and creativity, the ability to create new knowledge, are the real engines of growth in our world. They influence the success of companies, global competitiveness, growth and development of the entire society.

However, knowledge has always been integrated into activities, products and human organizations. Under these circumstances, we can not help but ask the following questions: why refer only to the recent times society as a "knowledge society"? What is different in this stage of the evolution of society from the other stages?

Peter Drucker first used the term "knowledge society" in 1993, in his work entitled "Post-Capitalist Society." He believed that change came when knowledge began to be applied to other knowledge, while in the past it was applied to materials and labor. The concept can be explained by the following analogy: "what comes to the silversmith's workbench is silver and what leaves is still silver, but is worth more than it was before. The silversmith's work has added value to silver. Similarly, what comes to the *knowledge worker's*¹ desk is knowledge and what leaves is also knowledge, but the knowledge worker has done something to add value to it. What arrives might be market research; what leaves might be the draft of a marketing plan ... it need not always be creative, but it must in some fashion render knowledge more meaningful, accessible, reliable, relevant or applicable to particular purposes."²

Today's society is in a rhythm of constant change, in a fast paced development. In order to make it on the global market, governments are concerned with regional and global competitiveness, which leads them to search for new avenues of development. Thus, a clear manifestation of the recent changes is the radical advances made in computer science and technology. Sub-adjacent changes manifested in human knowledge management, in the creation and distribution of knowledge as well as in the organization of society. Current dynamics in the global economy is linked to computers and software, telecommunications and biotechnology, genetic engineering and nuclear technique, spatial navigation and the green revolution, the financial markets and the media. There is not, as previously thought, a transformation from industrial production to services. We are witnessing a transformation from an economy based predominantly on the use of natural resources to a knowledge-based economy primarily focused on ways in which knowledge is created, disseminated and used. "The knowledge economy has entered our economic life, driven by commercialization of knowledge, skills and information, and has come to dominate the world economy taking the place of the material economy."³

The main pillars of the knowledge economy are:

- Investing in innovation and research and development represents some of the most important sources of new knowledge formation. An acceleration of the speed and intensity of

¹ The term of „*knowledge worker*“ (or knowledge specialist) designates those employees that use their skills and knowledge to interpret information in a specific are.

² Carl Bereiter and Marlene Scardamalia, "Beyond Blooms taxonomy: Rethinking Education for the Knowledge Era", *Fundamental Change: International Handbook on Educational Change*, Springer Netherlands (2005): 7

³ Shuming Zhao, "Application of human capital theory in China in the context of the knowledge economy", *The International Journal of Human Resource Management* 19: 5(2008): 803.

technological innovation will lead to faster economic growth.

- Learning by doing and dissemination of knowledge, which will help individuals self-assess and modify their training process depending on what knowledge they need to acquire in the future. This can be a powerful form of knowledge creation in many professions.

- Capital accumulation, which would generate positive technological externalities.

- A better education and training system, which would increase labor productivity and become an engine for sustainable economic growth.

Firms, in turn, understood the need to integrate knowledge into their business process, as a source of competitive advantage. The main features characterizing knowledge management are⁴:

- Build a culture of knowledge
- Leadership
- Partnerships
- Acting as a learning organization
- Team work
- The development of communication
- The sharing of knowledge between workers and other stakeholders
- Using data bases that incorporate knowledge
- Learning from good and bad examples

„Knowledge has become the key economic resource and the dominant source of competitive advantage. It has become the core element of every activity in our society. The management has become aware of the importance of valuable human and knowledge resources, this is why they intensify their efforts in gathering, sorting and sharing knowledge.”⁵

Organizational and image crisis

The new economy has a huge impact on the way firms conduct their business. Knowledge is a great source of progress but it can also bring a lot of risks that, if not managed properly, can result into a crisis. First of all, the recent development of communication technology makes it easier for rumors about a certain company to spread into the public. For example, in 1993, the image of PepsiCo (Pepsi) was jeopardized when a US TV channel reported that a man and his wife had found a syringe in a can of Diet Pepsi. This was soon followed by numerous other reports that claimed consumers found other objects in Diet Pepsi cans. Within no time, 52 such cases were reported from 23 states in the US. These reports were later found to be untrue but, nevertheless, the company struggled to clear its image at the time. Nowadays, new media, like social networks, blogs or micro blogs, discussion forums and others, make it even more difficult for a company to handle the public perception.

Secondly, communication became an important part of the firm's management, both externally and internally. Now companies have the possibility to communicate with its stakeholders through newsletters, emails, the company's website, intranet, etc. When this communication is not done in an efficient manner, the company's image can be badly hurt.

Moreover, the modern firms are considered to be learning organizations. This entails a careful consideration of the firm for its employees training and education, for the processes that promote learning by doing in the firm.

If they do not reflect on the changes that the knowledge economy determines on its economic activities, any firm can be subject to an organizational or image crisis.

⁴ Ovidiu Nicolescu and Ion Verboncu, *Fundamentele managementului organizației*, (Bucharest: Editura Universitară, 2008), 51.

⁵ Ioana Orzea and Simona Agoston, *Tacit Knowledge*, (paper presented at the “International conference on Business Management”, Braşov, October 16-17, 2009)

Pearson and Clair⁶ define an organizational crisis as “a low-probability, high- impact event that threatens the viability of the organization and is characterized by ambiguity of cause, effect, and means of resolution, as well as by a belief that decisions must be made swiftly.”

Crisis can often be fatal to companies but, although they cannot be planned, they can be anticipated. According to Dilenschneider and Hyde, the consequences of not planning are damaging to employees, to profits, to morale, and to every other aspect of the organization. They give a few examples of what could happen if an organizational crisis has not been anticipated properly⁷:

- Failure to have a plan for reaching employees after a major plant accident resulted in a shift reporting for work when the plant had been closed down;
- Reporters and TV cameramen, unable to reach company representatives relied on adversary interviews and quotes;
- The inability of the company to respond constructively when confronted by newsmen with reports of sensational and very damaging rumors resulted in widespread media reports that triggered a huge sell-off of the company's stock.

Many companies, large or small, had to deal with image problems for many years after a crisis, only because they did not know how to act on the spot.

No one can anticipate every crisis that might conceivably arise, but there are a few steps every company can take to prepare for whatever crises do come up. A coherent approach begins with identifying potential crises. These would include currently existing situations that have the potential to become crises, crises that have beset the company in the past and that might recur, and crises that are known to have beset comparable companies.

Corporate social responsibility

“Corporate Social Responsibility, or CSR, is the commitment of business to contribute to sustainable economic development, working with employees, their families, the local community and society at large to improve their quality of life, in ways that are both good for business and good for development.”⁸

The concept of corporate social responsibility has become very well known in today's society, something that global companies can no longer afford to ignore. In the new economy, an organization's efficiency is not bound only to the firm's economic performance. As a long term solution, firms must adopt strategies and policies and transform themselves into socially responsible businesses. Having said that, it is an indisputable fact that CSR programs and any other activity through which companies give back to the community, have a enduring positive impact on millions of people all through the world, providing opportunities and transforming lives.

But corporate social responsibility does not only beneficiate the community. It is also important for the companies, both for PR purposes and to open up new markets and create new potential customers. That it is why companies focus their CSR campaigns on the domain they operate in. A toy company would have CSR campaigns targeted on parents to reach new customers; a factory would have programs aimed at reducing pollution, to show the public it is responsible about its activity, etc.

The reason CSR makes good business sense is because consumers care. Studies have shown that companies that get involved in the community through CRS programs gain customer loyalty. It is important for companies to focus their CSR efforts towards their areas of expertise; areas in

6 C. Pearson and J. Clair, “Reframing crisis management”, *Academy of Management Review* 23/1 (1998): 59.

7 R.L Dilenschneider and Richard C. Hyde, “Crisis communication: planning for the unplanned”, in *Industrial psychology management*, ed. Asit K. Ghosh and Prem Kumar, (New Delhi: Anmol Publications, 1991), 135

⁸ Reyes, et. al., *Education-Focused Corporate Social Responsibility in El Salvador*, World Bank Technical Assistance Study, October 2002.

which they can genuinely add value and at the same time allow their business to reap the rewards in the long run. This is critical for the sustainability of any CSR effort as it will guarantee a long-term commitment that will allow the projects to come to fruition and really benefit the community they target. Today everything is scrutinized by the consumer on the global stage. Consumers demand that the businesses they invest in or buy products from perform ethically and responsibly. As consumers, individuals have at least the same amount of power that they do as voters. Just as they expect their elected representatives to implement effective and ethical policies, so too they have expectations of the companies they buy products from.

CSR campaigns can bring a lot of benefits for companies:

- differentiate the company from its competition
- improve reputation
- raise sells and improve market share
- attract and keep valuable employees
- influence investors' decisions

According to Philip Kotler and Nancy Lee, CSR programs can fall under different categories⁹:

- promotion of a cause – when the company contributes with money or other resources to help increase the notoriety and public concern for a certain cause or to mobilize the public to donate or participate in a cause.
- Marketing of a cause – when the company donates for a cause a sum that depends on the company's sales in a certain period.
- Social marketing – the company aims to change a negative behavior or tries to convince the public to adopt a positive behavior.
- Philanthropic actions – the company contributes directly to a cause, by donating money or products.
- Social responsible business practices – the company improves voluntarily its operations in order to contribute to the general well-being of the community and protect the environment.

Firms investments in education

Production equipment, land and buildings, a bank account or shares in a company - are all considered forms of capital, i.e. securities or assets that can generate income to their holders, once they enter into the economic circuit. The importance capital for the economic system is paramount, since new products are not formed from nothing and no firm can enter the market without minimal financial support. But the biggest added value is produced by another type of capital - which makes better production processes, designs new machines, organizes business activity, and takes managerial decisions. We are talking about human skills and knowledge of each individual participating in the economic process.

In the economic literature, this type of capital is called human capital and is defined as "the stock of professional knowledge, skills, health characteristics that can lead a person to enhance its creative capabilities and thus its expected future earnings".¹⁰

Human capital has two basic components¹¹: educational capital (skills and knowledge from individual participation in the process of training, both formal and informal) and biological capital (physical abilities of individuals, their general state of health).

⁹ Philip Kotler and Nancy Lee, *Corporate Social Responsibility: Doing the Most Good for Your Company and Your Cause*, (New Jersey: John Wiley & Sons, 2005).

¹⁰ Dictionary of economic terms (Bucharest: Editura Economică, 2001)

¹¹ Bogdan Voicu, "Human capital: components, levels and structures. Romania in an european context", *Calitatea Vieții*, 1-2 (2004): 137-158.

Education plays a vital role in human capital formation, allowing the accumulation of knowledge and skills, either through participation in formal education systems, through self-education or through formal education (on the-job-training, for example). Moreover, education affects the biological capital; individuals with higher education will be more careful and better informed about their health, choosing for higher quality medical services. The formation of human capital, similar to physical capital, also contributes to the success of economic activities, having direct effects on labor productivity growth, which will have benefits for the employee by increasing wages and for the firm.

The role of education for economic success has become extremely important in the knowledge economy. Firms, being aware of this fact, are trying to pay more attention to education. This attention is reflected primarily in training programs for employees.

Much of the knowledge workers use in the labor market has not been acquired through formal schooling. The education received in school provides a level of knowledge that offers individuals a minimum of preparation for the occupation they choose. Once they enter the workforce, individuals are placed in difficult situations; they face problems, many of which can not be solved with theoretical knowledge, received in school. They need a different type of education – on-the-job training. This differs from initial education because is focused on acquiring skills in a specific area, while school education aims at developing young people's potential, helping them discover their own abilities and giving them tools to use these abilities. In other words, training represents an investment in the human capital of the individual, as much as formal education, having a direct effect on earnings, employment and other economic variables. Consequently, although most methods of measuring human capital take into account the number of years of school, on-the-job training can also be a determinant of productivity.

Many fields require continuous training, especially in the knowledge economy, where knowledge is created and multiplied faster every day. In this case lifelong education is needed, and it can be achieved only through training. School education is conducted in the first part of life for most people, while training may be spread over an indefinite period.

Although the majority of firm's investments in education go to training, there are other means to promote education – for example, through corporate social responsibility programs in education. Education has long been the recipient of “charity” from the business sector, and with the development of the new economy, firms give even more money to programs supporting education as it is well known that such programs benefit not only the individual, but also the firms and the society. Furthermore, a business perspective can help the educational sector better focus on skills and attitudes needed to compete in the global marketplace.

Why should CSR programs in education benefit society? In most countries, education is mostly under the monopoly of the state. That means that most of expenses are paid from the state budget, which has to cover expenses of the whole public sector. This often leads to a poor allocation of resources and the under financing of the educational sector. Thus, education needs all the help it can get from the private sector. By renovating a school, giving prizes to gifted children, sponsoring students competitions, helping poor children go to high school, etc. firms contribute to a better distribution of resources and take a load off the state's back.

Why do CSR programs in education help individuals? First of all, because firms' investments diminish the sum the individual or its family would have to pay, if state's funds were not enough. This could lead to better access to education and higher enrollment rates, as many more people could afford a better education. If an organization donates a school bus to an isolated village, those children could attend classes more often. If a firm offers scholarships to students, they could afford college. And, as the human capital tells us, the more educated a person is, the bigger his future earnings will be.

Secondly, a business perspective can contribute towards the enhancement of curriculum design. CSR programs led by business specialists are more likely to provide students with the

skills and abilities needed on the labor market. For example, if PR company offer classes taught by people working in the field, about what it takes to work in public relations, these are more likely to help the student understand that career path than an all theoretical course in college.

Why do CSR programs in education benefit firms? Programs like the courses above direct students towards a certain profession and help train future specialist. An educated workforce is a source for high productivity and competitive advantage. CSR campaigns could also earn the trust of the community or individuals that will become future employees in the company, making it easier to prevent or manage organizational crises. Furthermore, campaigns that target employees' families and children gain loyalty and respect from the workers.

"The CSR approach blends complementary competencies; partnership-based action; focused systemic activity; a sector-wide frame of reference; and long-term commitments (as opposed to charitable gifts that are one-time donations). The fruits of this approach include mutual benefit and greater competitiveness for individual companies as well as the country in terms of its position in the global marketplace."¹²

According to a World Bank report, corporate social responsibility in education should focus on¹³:

- Scholarships to promote the completion of secondary education and to connect secondary level graduates with choices in the world of work.
- Support to strengthen monitoring and to disseminate information on how the system is performing in relation to specific performance indicators.
- Support for strengthening English as a Second Language Programs through policy dialogue and the testing of incentives.
- Support for technological skill development (based on a detailed understanding of the nature of technological skills that will be required by the private sector).
- Support for strengthening school leadership by creating or deepening connections between school administrators and private sector managers.
- Support for creating curriculum and performance standards in areas closely associated with private sector requirements.
- Support for the inclusion of content related to the private sector within ongoing teacher training efforts.
- Support for efforts to achieve equity with respect to whatever performance standards are adopted.
- Support of experiences that connect higher education programs with the business community.

The costs and benefits of a CSR campaign in education

A CSR campaign can bring a lot of benefits for individuals, companies and also the state. For a better understanding of the impact CSR makes on all the parties involved, we decided to study the case of a recent CSR program.

BCR and Junior Achievement are promoting a program for economic and entrepreneurial education for university students called Start! Business. Within this program, 55 teams of students, from 15 universities, have the support of 53 BCR employees who voluntarily give advice to help them implement their business ideas.

¹² Mito Tsukamoto et al., Ministry of Education Framework for a CSR National Action Plan, World Bank Technical Assistance Note, September 2003, p. 6, <http://siteresources.worldbank.org/INT/PSD/Resources/El-Salvador/CSRNationalActionPlan.pdf>

¹³ Mito Tsukamoto et al., Ministry of Education Framework for a CSR National Action Plan, World Bank Technical Assistance Note, September 2003, <http://siteresources.worldbank.org/INT/PSD/Resources/El-Salvador/CSRNationalActionPlan.pdf>

According to the BCR website, the purpose of the campaign is to offer young people a real experience of entrepreneurship. Assisted by teachers and advisers BCR, students have the opportunity to learn practical things about business coordination.

The phases of the program are the following:

- From the 1st of October to November 30th 2009, the program was promoted by representatives of Junior Achievement and a part of the BCR volunteers in the major universities of the country. Following this action, 60 teams of students were enrolled in the program, on the Start Business.ro site.

- Until January 20, 2010 the teams had to make a business plan with the help of volunteer advisers from BCR.

- Between January 20 and February 1, BCR consultants and representatives of Junior Achievement evaluated the business plans and gave their recommendations to the students.

- After this stage, 55 teams were able to set up the so-called "pilot companies", in order to test their business idea or even to make the first steps in transforming it to reality. Until 30 March, they have to manage these "pilot companies", with the support of Junior Achievement and BCR consultants.

- Depending on the results obtained until March 30, a total of 15 teams will be selected to attend the National Fair of products and services that will take place on April 23. Here, students will be able to present their business projects to potential investors.

- The winning team or teams will be appointed. They will receive a seed-grant from BCR and a scholarship to participate to the international competition JA-YE Europe Enterprise Challenge in Bulgaria, in June 2010.

- The program will end on May 27, with a meeting during which the results will be presented and the lessons learned will be discussed. Also, new project ideas and ways to improve this program will be identified. There will be present students, teachers, volunteers, consultants, journalists and representatives of the Ministry of Education.

The CSR campaign obviously has benefits for all the parties involved.

According to the BCR website, the company's vision, when it comes to CSR, involves a strong educational component. They believe that everything can be taught, including administering your money and resources in a healthy way. By sponsoring such programs they help create better informed citizens, which have a higher understanding of the issues related to their personal finances. Moreover, BCR has a strong corporate sector which makes it relevant for insider specialist to give advice to young people that are thinking about starting their own business. There is also a case of improving brand recognition and business reputation. Sponsoring events such as Start! Business brings BCR to the attention of potential new clients.

By investing in the community, BCR could also aim to improve its reputation after the internal conflicts that almost led to an organizational crisis. BCR's image suffered as the end of 2008 and beginning of 2009 by employees' dissatisfactions and strikes. Unions painted a not so flattering picture of the working conditions in Romania's largest bank. Although the conflict resolved, the public image of BCR still faltered. As a result, the bank was much more involved in the community in 2009, through programs such as Star! Business and others (Dăruiește de Crăciun, Banca de alimente, Livada BCR, Personal branding, BCR Speranțe, etc.)

The obvious beneficiaries of the program are the students. They will have a lot to gain from the project, as they can experience the launch of a commercial or social business, they can participate in the final of Company of the Year (Cagliari, Italy) /European Enterprise Challenge (Sofia, Bulgaria) with a Junior Achievers scholarship, they can win a seed grant from BCR to launch their own business, or win the special prize Entrepreneurship in small communities – a scholarship to launch their own business, and many other prizes.

The state will benefit from private support to small enterprises. Also, the opportunity to learn from specialists and put ideas in practice and see how they hold up is a great way to create skills

and competencies needed to compete in the global market. By collaborating with BCR and Junior Achievement, the Ministry of Education has a great opportunity to test students' theoretical knowledge and also the efficiency of economical education in universities in promoting entrepreneurship spirit and risk taking.

The costs of the campaign for BCR involve not only the sum of the seed grant, but also organizational fees and the cost of the time the employees that volunteer spend away from their work.

Like any other project, investment in CSR is considered efficient if the benefits exceed the costs. But, if costs can be easily measured through the accounting system, there is another problem with benefits. The measurement of actual benefits is made difficult by a number of factors, including the lack of clear objectives, the lack of planning, and the lack of resources for evaluation. In order to truly evaluate the effectiveness of any kind of project, it is important to measure how things (variables) were before implementation of the CSR project and then compare those values to the ones after implementation. Finally, firms cannot do this evaluation because of the lack of human and financial resources. Cost-benefit analysis may make sense for large development projects sponsored by the World Bank or the United Nations.

Conclusions

Knowledge has always been the driving force of change, a powerful determinant of progress in all areas. Today's society is in a rhythm of constant change, in a fast paced development and in order to make it on the global market, governments are concerned with regional and global competitiveness, which leads them to search for new avenues of development. Firms, in turn, understood the need to integrate knowledge into their business process as a source of competitive advantage and also because if it does not reflect on the changes that the knowledge economy determines on its economic activities, any firm can be subject to an organizational or image crisis.

The concept of corporate social responsibility has become very well known in today's society, something that global companies can no longer afford to ignore. In the new economy, an organization's efficiency is not bound only to the firm's economic performance. As a long term solution, firms must adopt strategies and policies and transform themselves into socially responsible businesses.

The paper demonstrates the need for CSR programs in education, considering the emphasis that the new economy puts on the development of education and training. Furthermore, it shows that CSR is not only "charity" that comes from the business sector; it is also a powerful investment in the company's future, bringing diverse long-term benefits.

Acknowledgements

This article is a result of the project „Doctoral Program and PhD Students in the education research and innovation triangle”. This project is co funded by European Social Fund through The Sectorial Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013, coordinated by The Bucharest Academy of Economic Studies.

References

1. Bereiter, Carl and Marlene Scardamalia, "Beyond Blooms taxonomy: Rethinking Education for the Knowledge Era", *Fundamental Change: International Handbook on Educational Change*, Springer Netherlands (2005)
2. Dictionary of economic terms, Bucharest: Editura Economică, 2001.
3. Dilenschneider, R.L and Richard C. Hyde, "Crisis communication: planning for the unplanned", in *Industrial psychology management*, ed. Asit K. Ghosh and Prem Kumar, New Delhi: Anmol Publications, 1991.

4. Kotler, Philip and Nancy Lee, *Corporate Social Responsibility: Doing the Most Good for Your Company and Your Cause*, New Jersey: John Wiley & Sons, 2005.

5. Nicolescu, Ovidiu and Ion Verboncu. *Fundamentele managementului organizației*, Bucharest: Editura Universitară, 2008.

6. Orzea, Ioana and Simona Agoston, *Tacit Knowledge*, paper presented at the “International conference on Business Management”, Braşov, October 16-17, 2009.

7. Pearson, C. and J. Clair, “Reframing crisis management”, *Academy of Management Review* 23/1 (1998): 59-76.

8. Reyes, et. al., *Education-Focused Corporate Social Responsibility in El Salvador*, World Bank Technical Assistance Study, October 2002.

9. Tsukamoto, Mito et al., Ministry of Education Framework for a CSR National Action Plan, World Bank Technical Assistance Note, September 2003, <http://siteresources.worldbank.org/INTPSD/Resources/El-Salvador/CSRNationalActionPlan.pdf>

10. Voicu, Bogdan. “Human capital: components, levels and structures. Romania in an european context”, *Calitatea Vieții*, 1-2 (2004): 137-158.

11. Zhao, Shuming,” Application of human capital theory in China in the context of the knowledge economy”, *The International Journal of Human Resource Management* 19: 5(2008): 802-817.

KNOWLEDGE AND EDUCATION : PAST, PRESENT AND FUTURE.

Sandra TEODORESCU*

Abstract

Since I was a university student, I have been preoccupied with the history of knowledge, in connection with the projects developed in the field of Higher Mathematics. Driven by the above-mentioned desire, I have noticed that economic development and prosperity are strongly linked to scientific and technological progress. The respective idea does not concern, of course, extremely skilled people, whose excellent performances are not influenced by external factors. The pace of progress has accelerated over the last centuries, especially since mid-18th century (characterized by Enlightenment and Encyclopedism). Normally, it is obvious that education, too, regardless of the natural impact of the political ideologies or regimes, has been increasingly able to embrace the large amount of information and synthesize it, processing it in order to disseminate knowledge, teaching each generation, according to the current global demands. The incredible scientific and technological progress, especially in the last 500 years, along with the huge amount of information entailed, has led to the establishment of new goals, at the level of the education system. In order to meet the standards of today's civilized world and to make progresses, Romania should find the answer to some troubling questions, such as: what should we choose from the vast amount of universal knowledge?, which is the best method to teach basic knowledge?, what is the goal of our education system, today? Before undertaking further efforts, at the pedagogical and professional level, we should identify the respective answer. In the present article, I have made an attempt to tie education to knowledge, based on a discussion centered upon the above-mentioned concepts. At the same time, I have tried to elaborate a short overview on the history of education, starting from ancient times and the Middle Ages, to the dawn of modern times and the earliest period of the 21st century. In the end, I have briefly examined the Romanian education system, as well as its prospects for improvement, amid the nationwide debate on the new education legislation.

Keywords: *education, history of education, modernity, knowledge, reform.*

Introduction

Since I was a university student, I have been preoccupied with the history of knowledge, in connection with the projects developed in the field of Higher Mathematics. Driven by the above-mentioned desire, I have noticed that economic development and prosperity are strongly linked to scientific and technological progress. The respective idea does not concern, of course, extremely skilled people, whose excellent performances are not influenced by external factors. The pace of progress has accelerated over the last centuries, especially since mid-18th century (characterized by Enlightenment and Encyclopedism). Normally, it is obvious that education, too, regardless of the natural impact of the political ideologies or regimes, has been increasingly able to embrace the large amount of information and synthesize it, processing it in order to disseminate knowledge, teaching each generation, according to the current global demands.

The incredible scientific and technological progress, especially in the last 500 years, along with the huge amount of information entailed, has led to the establishment of new goals, at the level of the education system. In order to meet the standards of today's civilized world and to make progresses, Romania should find the answer to some troubling questions, such as: what should we choose from the vast amount of universal knowledge?, which is the best method to teach basic knowledge?, what is the goal of our education system, today? Before undertaking further efforts, at the pedagogical and professional level, we should identify the respective answer.

*Associated Professor, Ph.D., Faculty of Economic Sciences, Ecological University of Bucharest, (e-mail: tsandra@xnet.ro)

In the present article, I have made an attempt to tie education to knowledge, based on a discussion centered upon the above-mentioned concepts. At the same time, I have tried to elaborate a short overview on the history of education, starting from ancient times and the Middle Ages, to the dawn of modern times and the earliest period of the 21st century.

In the end, I have briefly examined the Romanian education system, as well as its prospects for improvement, amid the nationwide debate on the new education legislation.

In the present article, I have tried to elaborate a short overview on education and knowledge, based on the following fundamental issues:

1. A discussion centered upon concepts such as education and modernity;
2. Modern education throughout history – today and five centuries ago;
3. Historical background: ancient and medieval education;
4. The modern basis of education: Renaissance Humanism and Rational or Encyclopedic Enlightenment;
5. Education and knowledge in the 19th and 20th century. Education for all – advantages and disadvantages;
6. A review on the Romanian education system at the beginning of the 21st century;
7. Prospects for improvement, taking into account the new education legislation.

Paper content

1. A Discussion Centered upon Concepts such as Education and Modernity

In order to present in detail the respective notions, I shall, first, define the concepts employed below.

In general, education can be defined as follows, taking into account its twofold dimension: first, the action, the manner in which knowledge is disseminated or shared and second, the institution within which the respective activity is carried out, at different levels (college, university).

Modernity is usually defined in relation to the recent past or the present. It also implies a clear separation from the past, often achieved through a revolutionary breakthrough.

2. Modern Education throughout History – Today and Five Centuries Ago

The concept of *modern education* can be perceived as follows – first of all, in relation to the three divisions of history, namely ancient, medieval and modern history. Modern history began at the end of the 15th century, coinciding with the occupation of Constantinople, with the great transatlantic expedition led by Columbus or with the rebirth and reform of the Catholic Church, until the present day. Therefore, generally speaking, modern education has continuously developed over the last five centuries of scientific and technological progress, which has changed and diversified its content and shape.

On the other hand, modern education is also related to the education system of our century. Both at the national and international level, the experts and academic circles have constantly undertaken sustained efforts to improve it, according to the new social demands and the major progress of knowledge, which has become increasingly complex and overwhelming, in the past 50 years. Thus, the great challenge faced by the modern education system in the 21st century is still posed by the huge amount of information and the manner in which such an impressive amount can be processed and assimilated, and to what end?

3. Historical Background: Ancient and Medieval Education

The relationship between education and knowledge is not new. Actually, it characterizes the entire history of education, being often politically and socially influenced.

In an attempt to briefly review the old patterns of education, I shall mention, for example, that, in ancient Greece, the Athenian democracy imposed certain models, based on specific

freedoms and rights, associated only with certain social categories, meant to prepare its representatives for the civic life. At the same time, great emphasis was placed on writing and reading, as well as on music, considered essential for those involved in the religious ceremonies carried out within the fortress, or on military training based on gymnastics and games, vital for the soldiers ready to protect the lives and goods of the people living within the respective community, or, at a higher level – on philosophy, comprising all ancient knowledge, at that time, and on rhetoric (the art of eloquent discourse).

In the neighboring aristocratic and military Sparta, the emphasis was placed on physical and military training, vital for the survival of its people. Only basic writing and reading, arithmetic and music, were taught.

Without adding further details, I shall mention only that, in the Middle Ages, the dissemination of education and knowledge was entrusted to the Church, which, along with the monarchy, had been the dominant players on the cultural scene, for almost one thousand years. Thus, the Medieval curriculum actually comprised two elements: the so-called liberal arts, namely philosophy, logic and language abilities or, in other words, grammar, rhetoric and dialectics (also known as *trivium*, the threefold way or trivial, the basic meaning in today's dictionary) and natural sciences - arithmetic, geometry, astronomy and music, playing an important role in the understanding of universal harmony (or *quadrium*, which means the fourfold way).

4.The Modern Basis of Education: Renaissance Humanism and Rational and Encyclopedic Enlightenment

The relationship between education and knowledge has changed in the past 500 years, the positive impact being still felt in today's society.

Renaissance and Humanism that emerged in the 15th century in the free Italian towns, subsequently spreading across Western Europe, gave a new dimension to the human being, enabling us to perceive the mysteries of the Universe.

The new approach was centered upon civicism, criticism and erudition, as well as upon highly artistic forms, which led to the establishment of a new education system, within which knowledge and arts served people's interests.

The first scientific and technical revolution that emerged and further developed in the 17th and 18th centuries led to the emergence of a new ideology, namely to Enlightenment.

The secrets of the Universe were revealed, first, by Descartes, according to whom the numbers could express the laws of the Universe and then, by Newton, who discovered the law of universal gravitation. All of the above, including heliocentrism, gave a new impetus to mathematical research, vital for the progress of modern sciences.

Improved technology, boosting production, the progress in agriculture, the growing number of banks, and, indirectly, of loans, were just a few factors affecting modern education, which underwent great transformations in both form and content. Thus, modern education became increasingly influenced by the rapidly changing society and the new ways of getting knowledge diversified.

Therefore, modern education, as we know it today, emerged, stretching from the mid-18th century through the early 20th century. The modern curriculum was also established, comprising the following courses: Mathematics, Biology, Zoology and Anatomy. At the same time, Encyclopedism, as a pedagogical aim, emerged, following the desire to teach the young generation the knowledge of the Universe.

5.Education and Knowledge in the 19th and 20th Century. Education for All – Advantages and Disadvantages

In the 19th century, all persons had access to studies, despite restrictions on the access to higher education provided at colleges and universities, during the admission process.

In the 20th century, including in the late 1970s, the situation improved, as people benefited from equal access to college. During the Communist years, only the intellectual elite had access to higher education – PhD or Bachelor Degree.

6.A Review of the Romanian Education System at the Beginning of the 21st Century

Currently, after many years of failed attempts, and before the major education reform announced, the review, no matter how superficial, of the Romanian education system, would reveal the following aspects:

- at the pre-university level, the number of courses has increased, adding content to the already overwhelming curriculum, in a desperate attempt to cope with accelerated progress, leading to the knowledge explosion in education and to increased pressures;

- the overloaded curriculum has had a negative impact on teachers, too, despite the adoption of new methods, well received by students, in general, which, nevertheless, proved to be insufficient, in relation to the vast amount of information;

- the introduction of IT systems in schools has made progresses, becoming a part of the compulsory curriculum, but the lack of interest shown by certain teachers in embracing the new technology has triggered tensions, first of all, between them and the IT-skilled students;

- overloaded, insufficiently attractive, ignoring the students' goals, pre-university education is at risk of being abandoned, facing poor examinations, gradually sinking into indifference and mediocrity;

- the situation in universities has not improved, either: massive graduation, following the Western model, has had both a positive impact, providing equal, unprecedented opportunities to all kinds of people and a negative one, as many students are poorly trained, and the reputation of the respective universities have been thus damaged. The universities' leadership, driven either by the desire to obtain higher profits or by the need to secure the positions of the professors, has tolerated such students, adopting minimum quality standards.

7. Prospects for Improvement, based on the New Education Legislation

I shall reiterate a frequent, rhetorical question: What can we do? First, our education system lacks both a unitary, comprehensive approach, at all levels – from kindergartens to universities – and clear, coherent and consistent goals, known by each student from the very beginning. *As a result, the curriculum, especially the compulsory one, as well as the place, content and criteria for examinations, should remain unchanged, at least one education cycle.*

The modern education system should eliminate Encyclopedism, focusing instead on the essential knowledge, at the same time meeting the current demands, as well as on the positive developments and trends.

To that end, we should adopt new patterns, a new vision, and focus, as soon as possible, on sharing the basic knowledge, instead of the excessive knowledge, characterized, to a certain extent, by futility. In other words, we should focus on the transition from *knowledge for the sake of knowledge* to creative and innovative knowledge, starting with the data bases, enabling students *to know what to do*.

The new education system will require new students and teachers. The erudite teacher, who knew everything and dominated his students, should be replaced with the entrepreneur who drafts and applies concrete projects, with clear goals and results.

We often forget that an excellent doctor, engineer or lawyer is not necessarily a good teacher, too. Many of them, trained by excellent teachers, or, on the contrary, by poorly prepared ones, have wrongly concluded that anyone can teach.

Let's face it: the weak link in the modern education system remains the poor training of teachers and the lack of courage to invest in and to innovate the education system, features on which its future depends.

The education system, in general, should identify solutions to eradicate imposition, stagnation, and fake performance. The pre-university system cannot hide behind excellent students, many of them skilled pupils who owe almost nothing to their teachers, and the university professors cannot restrict themselves to cross-examinations, congratulating each other, after exams.

A new education bill has been drafted and, amid the ongoing debate, I cannot miss the opportunity to draw a few conclusions.

First, as we know, the proposed amendments are not fully changing the education system, being absolutely normal. For the first time, maybe, a leading group of experts in the field have elaborated a strategy based on scientific assessments and a diagnosis, identifying the adequate solutions. As a result, we have a coherent strategy based on a unitary approach, which can nevertheless be debated. According to estimates, it will help the graduate to better integrate himself into the labor market and into the society, fostering prosperity, democracy and civilization. It is not an original Romanian strategy, being a synthesis of viable solutions already applied in other European countries (the issue of Finish assistance has also been debated, as Finland has one of the most efficient education systems in Europe). However, if adopted by the traditional system, it may lead to consistent solutions, gradually eliminating the gap between our education system and other efficient systems. Let's face it: our education system can be improved. However, in today's rapidly changing world, there is no certain recipe for success, but it is nevertheless essential to keep on trying, hoping that the expected improvements will become visible, at least to a certain extent.

Of course, our education system, as a whole, fails to bring the expected results and, under such circumstances, we should identify the necessary means to make it more attractive, at the same time meeting the current demands and restoring its reputation among the large community of potential beneficiaries. During public debates, the decision-makers have provided the following solutions, considered to be the three pillars of the new approach:

1. Correlating the curriculum, highlighting not only the content, but also the assessments;
2. Decentralizing the education system to meet social demands;
3. Training human resources by encouraging performance, modernizing the leadership and eliminating non-academic practices.

Dramatic changes will take place at the level of the whole education system. For example, as far as the university system is concerned, the debates have been centered upon the election of leaders. As a novelty, students are allowed to participate in the respective process, as members of the university board and administration, the dean and the leadership being elected by a commission representing both the insiders and outsiders, and, finally, there will be two candidates approved by the Education Minister, who cannot reject a proposal unless it violates the law. The rector appoints the leadership, and the same procedure is applied during dean elections.

Apparently, those provisions are too complex and violate the autonomy of universities, but actually, their goal is to restore the reputation of universities, which has been often compromised for political reasons, as well as to improve performance and the education system, complying with the European standards. Such provisions establish a general, improved framework for performance, by placing more emphasis on the content and purpose. Thus, according to a recent report elaborated by the Romanian academic circles, we have inherited an efficient mass education system, as well as scientific and technological research capabilities. After the fall of Communism in 1989, the humanist, social and economic sciences, previously disregarded, flourished. Nevertheless, although an impressive number of students attended such courses, they were poorly trained, as a result of the fact that there were no experts in the respective fields.

Nowadays, most of our universities follow the Bologna pattern, according to which pupils graduate in 8 years, obtain their license in 3 years, attend two-year Master's courses and obtain a PhD in 3 years. Unfortunately, the increasing number of students in the countries applying the

Bologna pattern, such as Italy, has encouraged the implementation of low standards, following the introduction of multiple programs and courses. Nevertheless, in spite of its successful implementation in the USA, China, India and Japan, it has had no positive impact on the European labor market, failing to curb unemployment and to boost growth.

Although the European universities have developed close ties, no exchanges in the financial or administration field have occurred, the universities being still public institutions, the contribution of the private sector being extremely reduced.

The same happened in Romania, too. According to the above-mentioned report, the Bologna pattern has been literally applied, neglecting its essence, as proved. Thus, the curriculum covered only 3 years, instead of four, triggering discontent among students. Taught in universities by inexperienced teachers, often improvising, the two-year Master's courses delayed the integration of students into the labor market. Driven by the need to work, most of them considered high education a disadvantage. The same happened in the case of PhD. Since merely 20% of them published relevant studies or articles, only the teachers benefited from certain advantages, while the young students enjoyed no job opportunities after 8 years of study.

Therefore, such failures should make the promoters of the new education bill think twice and find the appropriate solutions. There are such solutions. Thus, taking into account that the weak link in our education system is the poor training of teachers, the viable pattern applied in the inter-war period has been introduced and tailored to the current demands, providing for a three-year training period, including special and pedagogical courses, followed by Master's courses and a probation period (one year), under the supervision of a senior, experienced professor, the future professor emeritus, according to the new law.

To restore the reputation of universities, the following curriculum will be implemented: programs centered upon education or research, as well as special programs focusing both on education and research. Famous institutions, such as ARACIS, will elaborate the specific methodologies and programs. A thorough assessment of the universities will be conducted, and each university will be financed according to its performances. It is obvious that such an approach follows the Danish pattern, which angers many, as inefficient public programs will be suspended, along with the institutions promoting them.

And now, we should talk about a sensitive issue, namely the financing of universities, which includes one university per capita, according to the number of students, as well as to the curriculum applied and to its performances. As a result, we can draw two conclusions regarding the future of the universities: the institutions willing to finance inefficient programs will be sanctioned, and only the competitive institutions will further operate, while the other universities that 'offer diplomas' without complying with high standards will soon disappear.

The new education bill introduces a new PhD course, already applied, along with the traditional, scientific one, known as the PhD professional (as the public opinion is not familiar with such terms, a glossary will be probably annexed, to provide the necessary explanations). The respective PhD has been recently introduced to meet the current demands, extending the research area. Many think that such courses will provide special training in the field of professional, vocational and applied research, based on full cycles, from theory to the study of relevant aspects. Promoted in many countries, including in the USA, Japan, Canada, France, Denmark and Romania, the wide program covers music, visual arts, healthcare, education, management and foreign languages.

The two types of PhD have been simultaneously applied, after reaching a compromise, considered reasonable and principled by many authors. Actually, we should accept and observe a series of common standards, in both cases. Secondly, we should establish new criteria to assess performances, and thirdly, the communication between apparently different disciplines should bring new opportunities. The research deontology and the compliance with high standards are compulsory in that case.

I have highlighted several issues linked to the new education bill, which, in my opinion, could boost progress. In other words, we are talking about a system promoting and implicitly financing performances, as well as about new criteria applied in order to assess the progress of the scientific research, meeting the current demands.

During the last 150 years, the education legislation has been dramatically evolving in Romania. For example, the Public Education Law was established (in December 1864) after the coup d'état orchestrated by Cuza, in May. Thus, Romania was one of the first European countries to establish a free four-year education system. Subsequently, the Liberal Spiru Haret and the Conservatory Take Ionescu elaborated specific provisions in the field of education, introduced in 1898-1899, once their parties acceded to power. In the first period of the 20th century, the school-leaving examination was introduced, then eliminated and reestablished, the issue being hotly debated each time. We experienced a period of calm in the 40 years of Communist rule, and we all know why. The elaboration, debate and ratification of the 1995 Education Law lasted 3 years, being amended over 100 times, in the past 15 years. Therefore, we do not expect a smooth process, but we can nevertheless hope that we shall benefit from a healthy education system, as we all want, despite different perceptions.

We should first of all understand that we are facing a turning point and any compromise, encouraging imposition, based on hazard and past failures, could have an extremely negative impact on our future. To keep our faith and courage to fight for a better future, we should have in our mind the following questions: if not us, then who can do it? and if not now, then when?

Wit, creativity and the subtle connection between current knowledge and ongoing research, necessary to draft and develop a project meant to improve, diversify and increase the efficiency of our education system, are needed in order to shape a better future and better prospects for the modern education system, despite all obstacles. Our society should promote, as soon as possible, such an initiative, vital for its progress.

References

1. Adaniloaie, Nichita. *Pre-university Education throughout History*. Bucharest, Cris Book Universal, 1998
2. Berstein, Serge and Pierre Milza. *The History of Europe*. Iasi, The European Institute, 1998, vol.2-4-5
3. Chaunu, Pierre. *The European Civilization and Enlightenment*. Bucharest, Meridiane, 1986
4. Le Goff, Jacques. *Understanding Europe - for the Young Generation*. Chisinau, Cartier, Green Cartier, 2008
5. Otetea, Andrei. *Renaissance and Reform*. Bucharest, Scientific Publishing House, 1968
6. *The Education Bill*, www.edu.ro

ÎNVĂȚĂMÂNTUL ȘI CUNOAȘTEREA: TRECUT, PREZENT ȘI VIITOR.

Sandra TEODORESCU*

Abstract

Încă din anii studiilor universitare m-a preocupat, în legătură directă cu proiectele mele în direcția matematicilor superioare, istoria cunoașterii în domeniul disciplinei așe. Corespunzător acestor aspirații am remarcat că, exceptând performanțele de geniu, există o legătură de nedesfăcut între perioadele de creștere economică și prosperitate și progresele științifice și tehnologice cu deosebire accelerate de la jumătatea sec.XVIII-lea (din timpurile dominate de iluminism și encilopedism) și până în zilele noastre. Este, de asemeni, în spiritul oricăror evidențe că și învățământul, peste fireștile reflectări ale ideologiilor politice preponderente unui regim sau altuia, a fost din ce în ce mai abilitat să cuprindă suma și sinteza cunoașterii prelucrată didactic pentru fiecare generație în funcție de cerințele globale ale societății. Dezvoltarea excepțională a științei și tehnologiei, cu deosebire în ultima jumătate de secol, cu enorma sa aglomerare de cunoștințe, a pus școala în situația de a-și redefini scopurile și obiectivele. În consens cu întreaga lume civilizată, românia trebuie să găsească astăzi, pentru a putea progresa, răspuns la câteva întrebări tulburătoare: ce alegem din uriașa masă a cunoașterii universale?, cum facem accesibil conținutul disciplinelor fundamentale? și pentru ce motivăm educația timpurilor noastre? Răspunsul obținut mi se pare absolut necesar înainte de orice alt demers didactic sau profesional. Textul pe care îl supun atenției dumneavoastră încearcă să apropie învățământul de cunoaștere urmărind o discuție despre conceptele esențiale și o incursiune în istoria școlii din antichitate și evul mediu până în zorii epocii moderne și de aici în secolul XXI. Am încheiat cu o scurtă privire asupra școlii românești și asupra perspectivei sale de ameliorare în preajma dezbaterei naționale prilejuită de adoptarea unei noi legi a educației.

Keywords: *învățământ, istoria învățământului, modernitate, cunoaștere, reformă.*

Introducere

Încă din anii studiilor universitare m-a preocupat, în legătură directă cu proiectele mele în direcția matematicilor superioare, istoria cunoașterii în domeniul disciplinei așe. Corespunzător acestor aspirații am remarcat că, exceptând performanțele de geniu, există o legătură de nedesfăcut între perioadele de creștere economică și prosperitate și progresele științifice și tehnologice cu deosebire accelerate de la jumătatea sec.XVIII-lea (din timpurile dominate de iluminism și encilopedism)și până în zilele noastre.Este, de asemeni, în spiritul oricăror evidențe că și învățământul, peste fireștile reflectări ale ideologiilor politice preponderente unui regim sau altuia, a fost din ce în ce mai abilitat să cuprindă suma și sinteza cunoașterii prelucrată didactic pentru fiecare generație în funcție de cerințele globale ale societății.

Dezvoltarea excepțională a științei și tehnologiei, cu deosebire în ultima jumătate de secol, cu enorma sa aglomerare de cunoștințe, a pus școala în situația de a-și redefini scopurile și obiectivele. În consens cu întreaga lume civilizată, românia trebuie să găsească astăzi, pentru a putea progresa, răspuns la câteva întrebări tulburătoare: ce alegemdin uriașa masă cunoașterii universale?, cum facem accesibil conținutul disciplinelor fundamentale? și pentru ce motivăm educația timpurilor noastre?Răspunsul obținut mi se pare absolut necesar înainte de orice alt demers didactic sau profesional.

Textul pe care îl supun atenției dumneavoastră încearcă să apropie învățământul de cunoaștere urmărind o discuție despre conceptele esențiale și o incursiune în istoria școlii din

* Conf.univ.dr., Facultatea de Științe Economice, Universitatea Ecologică din București, (e-mail: tsandra@xnet.ro)

antichitate și evul mediu până în zorii epocii moderne și de aici în secolul XXI.

Am încheiat cu o scurtă privire asupra școlii românești și asupra perspectivei sale de ameliorare în preajma dezbaterii naționale prilejuită de adoptarea unei noi legi a educației.

În articolul de față am încercat o sumară radiografie a învățământului și cunoașterii, urmând câteva idei esențiale:

8. O discuție despre concepte – învățământ , modernitate;

9. Învățământul modern, o istorie de azi și una de cinci secole;

10. O incursiune în istoria școlii lumii vechi și medievale;

11. Un început care a prefigurat școala modernă: umanismul renescentist și iluminismul raționalist și enciclopedic;

12. Învățământul și cunoașterea în secolele XIX – XX. Școala pentru toți – avantaje și dezavantaje;

13. Un bilanț al învățământului românesc la începutul secolului XXI;

14. O proiecție spre ameliorare cu gândul la noua lege a educației naționale.

Conținutul lucrării

1. O discuție despre concepte – învățământ , modernitate

Pentru a putea avansa în discuția pe care o propun, mi se pare oportună pentru început, definirea conceptelor cu care voi opera în cele ce urmează.

Învățământul comportă în general o dublă accepțiune: este acțiunea, maniera de a transmite cunoștințe și reprezintă deopotrivă o instituție care, la diverse niveluri, (preuniversitar, universitar) organizează această activitate.

Ceea ce este modern se raportează de regulă la timpul prezent sau la epoci relativ recente. Totodată modernitatea se delimitează net de trecut subânțelegând prin aceasta o ruptură nu de puține ori, revoluționară.

2. Învățământul modern, o istorie de azi și una de cinci secole

Formularea *învățământ modern* poate fi înțeleasă însă în două feluri. Mai întâi pentru că istoria a cunoscut în ansamblu trei mai structuri: veche, medievală și modernă, între care ultima inaugurată la sfârșitul secolului al XV-lea (fie odată cu cucerirea Constantinopolului, fie cu marea expediție transatlantică a lui Columb, fie odată cu renașterea și reforma bisericii catolice) se prelungește prin extensie până în prezent. În general deci învățământul modern are în vedere 5 secole de neîntreruptă evoluție științifică și tehnologică, cu consecințe care i-au diversificat mereu conținuturile, determinând corespunzător și modificarea formelor sale.

Pe de altă parte însă, învățământul modern poate fi identificat cu școala noului secol pentru care și pretutindeni și la noi, specialiștii și comunitățile se străduiesc să îl reformeze în pas cu noile cerințe ale societății și cu o cunoaștere care, cel puțin în ultimii 50 de ani a acumulat o informație de o densitate și complexitate copleșitoare. Marea problemă a învățământului în secolul XXI rămâne deci cât, cum și cu ce finalități să fie asimilat acest uriaș volum de cunoștințe.

3. O incursiune în istoria școlii lumii vechi și medievale

Relația dintre învățământ și cunoaștere nu a fost descoperită în ultimii ani. Practic, acest raport străbate întreaga istorie a școlii, moderatorul fiind mai mereu politica și relațiile sociale.

Pentru a face o scurtă trecere în revistă a celor mai vechi modele de organizare a învățământului vom spune, spre exemplu, că în lumea greacă democrația atenică a impus structuri și conținuturi care să formeze pentru viața civică în spiritul unor libertăți și drepturi recunoscute doar pentru unele categorii sociale. În acea perioadă le era atribuită o deosebită importanță scrisului și cititului dar și muzicii imperios necesare pentru a participa la marile manifestări religioase ale cetății, pregătirea militară cultivată prin exerciții fizice și jocuri sportive, esențială pentru formarea soldatului oricând pregătit să apere viața și bunurile comunității din care provine

și la un nivel superior – filosofiei (suma cunoașterii în acele timpuri) și elocinței (arta discursului argumentat).

În Sparta alăturată, aristocratică și războinică partea esențială a formării pentru viață o reprezenta pregătirea fizică și cultivarea abilităților militare, cunoștințele de scris-citit, aritmetică și muzică, nedepășind nivelul elementar.

Fără a insista prea mult asupra unor detalii vom adăuga doar că în evul mediu școala și cunoașterea au fost încredințate bisericii, care împreună cu statul monarhic au dominat aproape un mileniu, cultura acelor timpuri. S-a ajuns astfel la un program de studii alcătuit practic din două categorii de discipline – cele zise liberale, în categoria cărora se aflau gândirea, înțelegerea și expresia – adică gramatica, retorica și dialectica (*trivium* de la cele trei obiecte, de unde și trivial, în sensul de simplu, elementar) și cele ale cunoașterii lumii – aritmetica, gramatica, astronomia, și muzica, ultima importantă pentru înțelegerea armoniei universale (*quadrimum*, evident de la cele patru mai sus numite).

4. Un început care a prefigurat școala modernă: umanismul renescentist și iluminismul raționalist și enciclopedic

Învățământul și cunoașterea s-au așezat într-o nouă relație în ultimii 500 de ani, consecințele ei benefice, resimțindu-se din plin și în zilele noastre.

Renașterea și umanismul, născute în secolul al XV-lea în orașele libere ale Italiei și apoi lung disipate în întreaga Europă occidentală, au dat ființei umane o nouă statură, de la înălțimea căreia ea a câștigat definitiv accesul la tainele lumii înconjurătoare.

Direcțiile principale ale noii concepții: civismul, spiritul critic și erudit și noblețea expresiei artistice au construit o nouă filosofie didactică precum și implicarea cunoașterii și a artelor în slujba omului.

Prima revoluție științifică și tehnică dezvoltată în secolele XVII și XVIII a pus bazele unui nou mod de a gândi și a generat „epoca luminilor”.

Teoriile cu privire la explicarea lumii de la Descartes, pentru care universul infint putea fi interpretat matematic, la Newton care a descoperit legea atracției universale și la triumful heliocentrismului, au dezvoltat cercetarea în matematică, de care din acel moment a depins hotărâtor progresul științelor moderne.

Succesele înregistrate în domeniul producției, cu un nivel tehnic în continuă creștere, sporirea resurselor agricole, creșterea numărului de bănci și, implicit a creditului, iată factori care au determinat modificări radicale atât în conținutul cât și în forma învățământului din ce în ce mai legat atât de o societate în schimbare cât și de cunoașterea din ce în ce mai diversificată.

În această epocă, mai exact spus la sfârșitul secolului al XVIII-lea și începutul secolului al XIX-lea s-a constituit acea școală modernă perpetuată până în zilele noastre pe măsura constituirii obiectului științelor matematice, ale naturii și ale omului și tot atunci s-a născut enciclopedismul didactic din dorința de a face cunoscut tinerelor generații ansamblul cunoașterii universale.

5. Învățământul și cunoașterea în secolele XIX – XX. Școala pentru toți – avantaje și dezavantaje

Secolul al XIX-lea a extins școala primară la nivelul tuturor categoriilor sociale, drar a impus mari diferențe în admiterea la etajele superioare ale învățământului, liceu și universitate.

În secolul XX, până târziu spre 1970 generalizarea învățământului s-a extins la 7, 8 respectiv 10 clase iar, în comunism specializarea prin licență și doctorat a rămas un domeniu exclusiv al elitelor intelectuale.

6. Un bilanț al învățământului românesc la începutul secolului XXI

În prezent, după ani de încercări nereușite și înaintea unei reforme de la care școala așteaptă o schimbare radicală, o radiografie, cât de superficială a învățământului românesc ar remarcă

următoarele:

- la nivel preuniversitar numărul disciplinelor de studiu a crescut, iar conținutul lor, într-o încercare disperată de a face față progreselor neconținute ale cunoașterii a sporit continuu generând firești tendințe de supraîncărcare;

- programele doldora de cunoștințe au făcut să stagneze didactica, chiar dacă nu au lipsit noile metode, în general bine primite de către elevi, care însă s-au dovedit insuficiente în raport cu enorma cantitate de informații care trebuiau asimilate;

- informatizarea școlii a făcut progrese, informatica a intrat în planul de învățământ cu titlu obligatoriu, dar lipsa de interes a unor profesori pentru utilizarea în clasă a calculatorului a generat conflicte în primul rând cu elevii mai bine abilitați în acest domeniu;

- supraîncărcată, insuficient de atractivă, departe de a cunoaște obiectivele fiecărui elev, școala preuniversitară este expusă abandonului masiv și eșecului evaluării la toate intrările și ieșirile din sistem, să se scufunde încet dar sigur în indiferență și mediocritate;

- nici învățământul universitar nu o duce mai bine: masificarea admiterii, după modele occidentale a avut unele consecințe pozitive, asigurând spre deosebire de alte timpuri, o deplină egalitate de șanse. Imediat însă s-au văzut și efectele negative: nesușinuți de un nivel de pregătire corespunzător mulți dintre studenți au depreciat facultățile unde au fost acceptați, iar acestea în cele din urmă ghidate fie de miza unui profit garantat, fie de nevoia menținerii în funcție a tuturor cadrelor disponibile i-au menținut coborând standardele de calitate la niveluri greu atinse în trecut.

7. O proiecție spre ameliorare cu gândul la noua lege a educației naționale

Ca să reluăm o întrebare celebră, vom spune și noi *ce este de făcut?* Ce-i lipsește școlii este în primul rând o viziune de ansamblu bine articulată la toate nivelurile de la grupa pregătitoare a ciclului primar și până la cea mai înaltă treaptă a studiilor academice, de obiective clare, coerente și armonioase, binecunoscute de fiecare participant încă din momentul intrării în sistem. *Pentru toate acestea cel puțin planurile de învățământ în primul rând pentru disciplinele obligatorii, dar și locul substanța și criteriile evaluării ar trebui să-și păstreze stabilitatea cel puțin pe durata unui ciclu integral de studii.*

Școala în întregimea ei trebuie să iasă de sub tutela sufocantă a enciclopedismului didactic și să descopere, puternic racordată la valorile științifice ale prezentului, ce este esențial atât în marea moștenire a cunoașterii cât și în direcțiile cele mai fertile ale evoluției sale în timpurile moderne.

Pentru aceasta este de adoptat modificarea modelului didactic și trecerea hotărâtă de la însușirea de cunoștințe, din care foarte multe probabil perisabile, într-o perspectivă nu foarte îndepărtată la competențe întemeiate numai pe informații fundamentale, altfel zis de la însușirea cursului profesoral sau a manualului pentru ca *să știi de dragul de a ști*, la creativitate și ingeniozitate bine susținută de băncile de date informatizate care să-ți permită *să știi să faci*.

Noua școală va cere însă nu doar noi elevi dar și noi profesori. Naratorul erudit care le știa pe toate și care-și domina elevii cu „toba lui de carte” va fi înlocuit cu antreprenorul care elaborează și apoi pune în operă un proiect cu obiective și finalități precise.

De prea multe ori uităm că nu este suficient să fii un medic sau un inginer sau un jurist de excelență ca să devii automat și un profesor performant. Destui formați în școli cu dascăli remarcabili care-și făceau meseria așa cum respirau sau din contră – pregătiți de profesori insuficienți, au înțeles greșit că această profesiune este cea mai ușoară dintre toate și că ea poate fi practică de către oricine.

S-o spunem deschis: cel mai slab segment al învățământului nostru modern rămâne formarea formatorilor și de curajul de a investi și renova în acest domeniu depinde hotărâtor viitorul școlii.

Școala de toate gradele trebuie să găsească soluții pentru a elimina impostura, stagnarea și contraperformanțe disimulate de rezultate înșelătoare. Preuniversitarul nu se mai poate ascunde în spatele olimpicilor, mulți datorând prea puțin sistemului, după cum universitarii nu se mai pot mulțumii să se evalueze între ei și să își dea fericiți unii celorlalți note maxime.

Avem de câteva zile un nou proiect legislativ în dezbatere și ocazia care ni se oferă mi se pare oportună pentru trage câteva concluzii corespunzătoare.

Mai întâi, așa cum s-a spus în repetate rânduri, schimbările propuse nu reprezintă o reformă radicală ci doar expresia unei perfecte normalități. Suntem poate pentru prima oară în situația în care un grup reprezentativ de experți din educație a stabilit o strategie pe baza unei diagnoze științific determinate și a formulat în consecință și modalitățile concrete ale punerii ei în practică. A rezultat un proiect coerent, o viziune unitară, nu fără aspecte care pot forma obiectul unei discuții, oferind absolventului o bună inserție pe piața forței de muncă, posibilități mai mari de integrare în viața socială și, corespunzător unor evoluții estimate, un mai bun acces la prosperitate, democrație și civilizație. Nu este răspunsul românesc în sensul originalității depline, este însă o sinteză de răspunsuri valabile prin experimentare și în alte spații europene (s-a discutat de susținerea cu expertiză a Finlandei care se pare are în momentul de față cea mai performantă educație din Europa) dar care adoptată școlii naționale tradiționale poate conduce la rezolvări semnificative, care în timp să producă eliminarea decalajelor față de școlile mai performante. Să o spunem răspicat: este o școală perfectibilă întrucât într-o lume în schimbare rețetele de succes sigur nu mai au valabilitatea de altădată și până la urmă esențial este să încerci mereu sperând că vei găsi măcar în parte ameliorările așteptate.

Este însă cert că școala românească nu mai performează nici la nivel mediu, nici la nivel superior și că trebuie găsite mijloacele necesare de a o face mai atractivă, de a o lega mai strâns de cerințele generale ale societății și de a o recredibiliza în fața unei comunități foarte largi de potențiali beneficiari. În dezbateră publică, factorii de decizie au avut, pentru toate acestea, trei soluții considerate esențiale spre a defini noua lor viziune:

4. Corelarea curriculum-ului care înseamnă nu doar conținuturi ci și evaluare;

5. Descentralizarea administrației școlare în consens cu opțiunea mai generală formulată de societate;

6. Formarea resursei umane prin stimularea performanței, modernizarea conducerii și eliminarea practicilor neacademice.

Schimbări esențiale vor avea loc atât la etajele medii cât și la cele superioare ale sistemului educativ. În ce privește nivelul superior, a stârnit numeroase discuții, spre exemplu, modul în care urmează să fie alese conducerile facultăților și universităților. Elementele de noutate au în vedere participarea studenților la alegeri dar și ca membri ai senatului universitar, alegerea rectorului de o comisie paritară, reprezentând atât senatul cât și persoane din afara universității, care decide conducerea și, în final, doi candidați validați de un aviz al ministrului, care nu poate refuza o propunere decât dacă nu a fost respectată procedura stabilită prin lege. Rectorul numește echipa de conducere, o modalitate similară urmând a fi dezvoltată și la alegerea decanilor.

Toate aceste reglementări aparent greoaie și în contradicție cu autonomia universitară, așa cum a fost înțeleasă până în prezent, au un singur scop: să recredibilizeze școala universitară, prea des compromisă, nu de puține ori cu substrat politic, să întărească exigența și să ridice standardele profesionale la nivele compatibile cu cele din țările dezvoltate. Dacă aceste proceduri asigură un cadru general pentru performanță, net superior celui anterior, aceasta din urmă nu poate fi stimulată decât printr-o schimbare hotărâtă de accente atât în domeniul conținuturilor cât și al finalităților. Astfel, un raport recent al Societății Academice din România afirmă că am moștenit din comunism un sistem de standarde înalte, participare masivă și o presiune considerabilă asupra științei și tehnologiei. După 1989 a urmat o relativă înflorire a științelor umane și sociale precum și a teoriei economice, în general marginalizate în trecutul apropiat, dar lipsa de specialiști a făcut ca numărul impresionant de studenți care le-au solicitat să nu aibă calitatea dorită.

Actualmente, modelul de organizare a majorității universităților noastre este cel impus de Declarația de la Bologna, care stabilește în general durata de 8 ani de studii pentru cei care obțin licența în 3 ani, masteratul în alți 2 și finalizează cu un doctorat după încă 3 ani. Din păcate, creșterea masivă a numărului de studenți în acele țări unde declarația a fost aplicată în litera ei, și

este în primul rând cazul Italiei, a condus prin multiplicarea programelor și ramurilor universitare la o prăbușire a standardelor, fără a avea vreo consecință asupra pieței muncii, șomajul nu a putut fi oprit; ea nu a înregistrat creșteri comparabile cu cele din SUA, China, India sau Japonia.

Deși între universitățile europene există astăzi o cooperare mai strânsă, nu s-au înregistrat schimburi în ceea ce privește finanțarea și administrarea lor, acestea rămân pe mai departe în sectorul public, susținerea mediului privat fiind nesemnificativă.

Aceeași situație s-a întâmplat și în România. Raportul mai sus citat evidențiază că declarația a fost preluată în litera și nu în spiritul ei iar rezultatele s-au văzut imediat. Astfel programele de învățământ au fost reduse de la 4 la 3 ani stârnind un val de proteste mai cu seamă din partea studenților. Organizate de universități, unele lipsite de profesori de valoare, masteratele, uneori improvizate, au reținut la studii încă doi ani întârziind intrarea unor persoane pe piața muncii. Parte dintre aceștia au considerat că, sub presiunea nevoii de a lucra, calificarea lor superioară este mai degrabă un dezavantaj. Nici cu doctoratele nu stăm mai bine. Cum numai 20% din conducătorii lor au publicat studii sau articole relevante, instituția a devenit profitabilă doar pentru profesori, tinerii doctori constatând la rândul lor că după 8 ani de studii pregătirea lor superioară nu este deloc apreciată pe piața muncii.

Ar fi de dorit, deci, ca bilanțul acestor nereușite să dea de gândit inițiatorilor noii legislații și să-i oblige să găsească soluții. Unele din ele se întrevăd deja. Astfel, pornind de la constatarea că cel mai slab segment al școlii preuniversitare îl reprezintă formarea profesorilor a fost preluat și ameliorat modelul de pregătire validat în interbelic, cu studii de specialitate și pedagogice vreme de 3 ani, urmate de un masterat didactic și de o perioadă de 1 an de lucru efectiv cu elevii, sub autoritatea unui mentor recrutat dintre cadrele creditate cu cele mai bune performanțe, de regulă din rândul celor ce vor fi recunoscuți de noua lege, drept profesori emerțiți.

În contextul decredibilizării școlii universitare vor fi de asemeni ierarhizate programe de studii care se vor deosebi după cum urmează: unele cu rol preponderent în educație, altele cu rol în educație și cercetare și în fine, ultimele situate firesc pe treapta cea mai înaltă, specializate în educație și cercetare avansată. În acest scop se vor elabora metodologii specifice de către instituții acreditate precum ARACIS și se vor stabili programe departajante. O evaluare pe criterii incontestabile va plasa fiecare universitate la nivelul ei și în funcție de aceasta ea va primi finanțare. Este însă evident, și aceasta explică și multele opinii defavorabile, că prin aceasta se urmărește concentrarea resurselor după modelul danez. Acolo unde programele de studii cotate public sunt considerate ineficiente ele pot fi suspendate odată cu instituția care le propune.

Ajungem cu aceasta și la chestiunea delicată a finanțării instituțiilor de învățământ superior în care se include una per capita, banii aflați urmărind studenții, dar în același timp una diferențiată pe calitatea programelor de studii. Se pot trage de aici două concluzii cu privire la viitorul universităților; sancționate fiind cele care ar vrea să bugeteze programe ineficiente, soluția fiind să le păstreze doar pe cele competitive și celelalte, așa-zise „fabrici de diplome” vor avea în aceste condiții un viitor sumbru.

Proiectul noii legi a educației introduce și un nou tip de doctorat, deja în ființă, alături de cel clasic existent, științific: doctoratul profesional (în context, având în vedere utilizarea unor termeni mai puțin cunoscuți opiniei publice, s-a sugerat să se adauge într-o anexă și un glosar). Doctoratul profesional a răspuns în anii din urmă unei dorințe evidente de a extinde aria domeniilor de investigație și de a răspunde unor așteptări a societăților emergente. Potrivit unor opinii, pe această treaptă a studiilor universitare se încearcă o pregătire deosebită în domeniul disciplinelor profesionale, vocaționale și ale cercetării aplicate, care are în vedere cicluri de cercetare complete de la teorie la studierea propriu-zisă a unor aspecte relevante. Promovat în mai multe țări ale lumii, din SUA, Japonia și Canada până în Franța, Danemarca și România, acestea acoperă o gamă foarte largă de la muzică și arte vizuale, la medicină, educație, administrație și limbi străine.

Coexistența ambelor forme de studii doctorale se bazează desigur pe un compromis caracterizat, de către unii autori, drept rezonabil și principial. În fond trebuie să acceptăm un set de

standarde comune în inițierea fiecăruia dintre ele. În al doilea rând trebuie să stabilim pe scara valorilor noi criterii iar comunicarea între discipline aparent diferite trebuie condusă pe drumuri noi, încă neobișnuite. Etica cercetării, acea deontologie asumată subiectului și acceptarea unor standarde înalte în investigația științifică devin obligatorii pentru asumarea oricărui doctorat.

Am insistat aici asupra câtorva aspecte ale noii legislații pentru că mi se pare că acestea pot da învățământului nostru superior șansa de a deveni o forță reală de progres. Ca să rezumăm, este vorba de un sistem de promovare și implicit finanțare care să valorizeze competența și excelența și nu în ultimul rând de noi criterii de evaluare pentru cercetarea științifică întru totul adecvate marilor schimbări din lumea contemporană.

Istoria de aproape 150 de ani ai legislației educației în spațiul românesc a fost tumultuoasă. Fără lovitură de stat a lui Cuza din mai 1864 nu am fi avut Legea Instrucțiunii Publice (în decembrie același an) și nu ne-am fi numărat printre primele țări europene care au instituit școala obligatorie și gratuită de 4 ani. Mai târziu, Spiru Haret – liberal și Take Ionescu – conservator au elaborat acte normative distincte în educație impuse în 1898-1899 odată cu venirea la putere a partidelor lor. În primii 30 de ani ai secolului XX bacalaureatul a fost înființat, desființat și apoi reînființat de fiecare dată cu mare scandal. Numai în cei 40 de ani de comunism a fost liniște și știm, cu toții bine, de ce. Elaborarea, dezbateră și adoptarea legii din 1995 a durat 3 ani iar în cei 15 ani de existență a fost modificată de 100 de ori. E lesne de înțeles că nici acum nu va fi ușor, dar nimeni nu ne poate lua speranța că vom avea în cele din urmă școala pe care ne-o dorim, chiar dacă înțelesul acestor ultime cuvinte este foarte diferit.

Să înțelegem măcar înainte de toate că suntem într-un moment crucial și că orice compromis cu impostura, arbitrariul și mentalitățile unui trecut condamnat ne pot fi fatale în viitor. Și să ne spunem mereu, pentru a avea curajul de a lupta până la capăt pentru un viitor mai bun, dacă nu acum – când? și dacă nu noi – cine?

Inteligența, creativitatea, acordul subtil cu cercetarea și nu în ultimul rând cu cunoașterea pentru un proiect de creștere, diversificare și eficientizare superioară a școlii – iată un viitor mai bun, un nou început pe care împotriva tuturor opreliștilor societatea noastră va trebui să-l inițieze pentru a-și asigura astfel condiția esențială a progresului ei.

Referințe bibliografice

1. Adăniloiaie, Nichita. *Istoria învățământului primar*. București, Ed. Cris Book Universal, 1998
2. Berstein, Serge and Pierre Milza. *Istoria Europei*. Iași, Institutul European, 1998, vol.2-4-5
3. Chaunu, Pierre. *Civilizația Europei în secolul luminilor*. București, Editura Meridiane, 1986
4. Le Goff, Jacques. *Europa explicată tinerilor*. Chișinău, Editura Cartier, Colecția Cartier Verde, 2008
5. Oțetea, Andrei. *Renașterea și reforma*. București, Editura Științifică, 1968
6. Proiectul Legii Educației Naționale, www.edu.ro

PLEADING FOR THE SOCIOLOGY OF INTERNATIONAL RELATIONS

Elena NEDELUCU*

Abstract

This paper intends to demonstrate the legitimacy and the importance of the sociology of international relations in an internationalized world. For a new discipline, such a demonstration is very useful especially now, when there are disputes regarding its identity. This demonstration should help its profile as an independent discipline. With this paper I want to outline the subject matter of the sociology of international relations, and its relations with the other social sciences. I also analyse the key variables: international system and international relations.

Keywords: *the sociology of international relations, international system, international relations*

I. Introduction. The Need for a Sociological Perspective on the International Scene

In the last century, society dealt with great and profound changes on all levels, changes sociology cannot ignore. In the XIXth century and the first half of the XXth century, defining sociology as a science about society, as a project meant to study the ways of living and acting together seemed quite satisfying for most thinkers.

Nowadays such a definition with the help of the key concepts that it proposes, raises a lot of questions: what does society mean and how far can it spread its borders? What does “together” mean: to be with family, neighbours, friends, community, nation or does it mean more than all this? (G. Devin, 2002)

Can we only talk about a national society, the state-society or can we talk about an international society? What about a worldwide society? If there are international and worldwide societies, who are their actors, what relations are among them, what is their power, what instruments they use, etc.?

In order to answer these questions, sociology underwent a specialization and hybridization effort giving birth firstly to political sociology and after that to the sociology of international relations. The emergence of the latter one as a new branch of sociology has provoked some of the most varied reactions among scientists. There were some who contested its legitimacy showing scepticism regarding its identity and role in the wider group of social sciences. They assert that one cannot talk about sociology of international relations because its subject matter would situate itself outside society (national). And as there is no other type of society (except the national one), there can be no sociology of international relations either.

In contrast, most thinkers saluted the emergence of this new science, emphasising the cognitive advantages it brings about. The appeal to the social reality, to the major social changes is the best argument against those who contest its legitimacy and who assert that we cannot talk about sociology except from inside a society delimited by the nation-state.

We are living today in an internationalized world, in full process of mondialization in which society gets various and complex forms of manifestation which the sociology of international relations must identify, define, and analyse. Here sociology is facing a new and great challenge: to extend its study from the level of nation-state to the level of inter-state and international societies.

* Associated professor, Ph.D., Faculty of Social and Administrative Sciences, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: doina.nedelcu@yahoo.com).

By reducing sociological analysis to the level of society-nation we would condemn sociology to ideological conservatism. We would create a cleavage between its objectives (functions) and the evolution of society, and would estrange it from the new realities of the contemporary world.

In a world in which no state can survive by itself, no organization can function unless it extends its goals and actions beyond its borders where any major conflict can have catastrophic effects - similar to the waves of an earthquake - and social relations take the shape of a thick manifold material. Thus, the goals of the sociology of international relations cannot be called in question.

In such a world, bold and difficult, the birth of a European consciousness, a planetary consciousness is, without a doubt, an imperious necessity. By studying international relations as social facts, and by analysing the effects of international relations on societies, groups, social actors, the sociology of international relations gives an extra piece of knowledge in this domain and even more than that, it can contribute to the formation of an international public opinion, of a planetary consciousness – a necessary objective, one not very easy to achieve.

II. A Scientific Perspective on International Relations

We notice that, although one cannot contest this new discipline, for some authors what is contestable is the accuracy of its outline and the intersection with the theory of international relations, and political sciences, as well as the force with which it affirms its identity. In spite of all this, the sociology of international relations is a specific project, with scientific character, about the world. It delimits itself from ideology, common knowledge as well as the other philosophical and scientific perspectives which study this domain.

Given the fact that the emergence of the international in the life of societies, organisations, and communities is growing, another thing that is growing is the frequency with which citizens formulate more or less informed opinions regarding international relations, and the role played by states on the international scene. Thus, since 1944, the Romanians have been waiting for the American „saviours”, while the Americans were convinced that the Vietnam War will be „piece of cake”.

The sociology of international relations must limit itself from the opinions, prejudices and emotional generalizations of the common experience, from what is called common knowledge or the sociology of the common-sense, and to build the analysis on a cognitive effort specialised in systematic research and use of some adequate methods (as any other social science). Sociological analysis cannot favour one factor to the detriment of another. It must take into account the ensemble of the variables and stakes that come into play on the international scene.

Just as it happened to political sociology, another trap the sociology of international relations might fall in is the ideological one. The party-ideological approach is inadequate for scientific investigation. We cannot expect descriptions and pertinent explanations regarding the characteristics of the international society, the evolution and social consequences of the mondialization process coming from the supporters of nationalist ideology. And because of this, in order to provide scientific information regarding this distinct domain of social realities, the sociology of international relations is challenged to delimit itself from the “theses”, “postulates”, “laws” formulated by various ideologists who proclaimed themselves as “international relations political analysts”.

The domain of international relations is studied by many other social sciences: history, politology, political sociology, economy, law, the theory of international relations, etc.

By establishing the identity, the specificity of this new discipline – the sociology of international relations – forces us to discuss the connections it has with the other disciplines that have a similar object of inquiry.

I'm not proposing an exhaustive presentation of these connections, I just want to put together some connections, intersections, and differences which can help us unveil the identity of

the sociology of international relations, and the particularity of its subject matter.

For most researchers in the domain of social sciences, the sociology of international relations was born out of political sociology, thus being considered a subbranch of political sociology just as the sociology of revolution or the sociology of change. Political sociology was born out of the need for specialization, building itself as a hybrid domain and at same time as one of the best developed branches of sociology. Within modern society, the political has a privileged place. In the end, the need to examine it sociologically has increased giving birth to political sociology.

Its interests in the domain of foreign policy, and international relations, if not totally missing – being rather focused on the analysis of the political inside a society – were however insufficient, especially if we consider the changes that took place in the world after the first, but mainly after the Second World War. They required research without delay also from a sociological perspective. Through a new hybridisation of the amount of knowledge about international relations, provided by the other social sciences, the sociology of international relations came into being.

While political sociology studies the political as a domain of the social, the sociology of international relations studies what we still call “foreign policy” (more accurately: international relations) from a social point of view. If political sociology studies the social processes which determine political behaviours, the sociology of international relations is interested in the social basis of the political behaviours in the world. Just as political sociology, its subdiscipline – the sociology of international relations has freed itself from the ideological dichotomies which for a long time have eclipsed political debates – making M. Weber, some decades ago, to ostentatiously declare himself and “antimethaphysician”, a declared enemy of the “great explanation”.

Even though, just as political sociology, the sociology of international relations cannot exist without a comparative research, fact which inevitably leads to formulating a theory which is neither the same with ideology, nor suggests holistic aspirations.

There are points of view saying that the sociology of international relations takes its sap from politology, as a science of governing society, as a science that studies the phenomena, processes, institutions and political actors, as a science which specialised itself in the study of structures and the specific functioning of the political system. These points of view underestimate the role of political sociology in building the sociology of international relations, by favouring the role of politology and forgetting that this one has been heavily influenced by sociology (at least in the first half of the XXth century, and not only) through its theories regarding socialization, systems, groups, leadership, etc.

At the other end there are points of view that support the idea according to which politology is nothing more than political sociology (J.P.Cot, J.P.Mounier, *Pour une sociologie politique*, 1975). By trying to reconcile both parties and showing equidistance to the role of these disciplines in analysing the political, Pierre Birnaum points out the particular character of the political by implicitly invoking the need for studying it not only as a domain of the social (by sociology) but also as a domain in itself, with a particular individuality as a whole (by politology): “By plunging into history, societies are to a high degree conflict oriented, the political being nothing more than the place to express and eventually mediate the social oppositions. Sign of conflict, the political could not entirely explain itself only through the causes it expresses, in itself being a specific activity which unrolls itself in a certain place.”

The sociology of international relations is outstripping itself both from the international relations theory as well as politology.

The theory of international relations comes into being together with the intensification of the preoccupations for understanding peace and war after the First World War, according to some authors, and according to others, after the Second World War. At the beginning it was mistaken for realism (especially in USA where it was born), only in England “survived an older independent tradition”. (St. Guzzini)

It’s certain that the first international relations departments were created immediately after

the First World War, the goal being both theoretical and pragmatic. Terrified by the atrocities and enormous destruction caused by war, the researchers wanted to understand the causes, the consequences and to discover ways to prevent future wars.

If at the beginning, the theory of international relations was restricted to the study of peace and war, after the Second World War, it redirects its research towards international relations understood as mutual politico-military interactions between states, thus, as the study of foreign relations of the states. It goes from understanding conflict as the basis for international relations (John Burton, 1986) to conceiving international relations as “tides that cross the border” (Marcel Merle, 1982).

If defined in such a manner, then it is a branch of politology. But unlike politology it has a special interest in the foreign policy of states and international relations. It is also Morgenthau’s (notable representative of realism) point of view, who tries to delimit an independent political area which should include interstate relations suggesting in this way that the theory of international relations is a subdiscipline of political sciences.

In such a context, the sociology of international relations seems to be closer to the theory of international relations than politology is. Practically, its subject matter is the same with that of the theory of international relations. But the research methodology and the perspective of the analysis keep their sociological specificity.

In this vision, the sociology of international relations is a subdiscipline of political sociology, and the theory of international relations is a subdiscipline of politology. There are two different disciplines but they provide information, share methods and complete each other. But in order to make things seem more complicated, there are authors who deny any connection between the theory of international relations and political sciences, and even social sciences. R. Aron considers that there are clear qualitative differences between internal policy and foreign policy, and that international relations are different in terms of quality from the economic and political ones. In other words, it is different from social sciences. M. Wright (1966) is even more radical when he says that international relations are not subject to the laws of progress, but only to those of repetition. And this is why traditional policy and the theories of modern sciences are of no use for the study of international relations, unlike the philosophical normative speculative visions regarding international relations.

The sociology of international relations doesn’t intend to analyse the way the international scene should look like, the types of relations that should be between the international actors, the forms international cooperation should take, etc. It actually studies how international reality actually is, how its actors interact within this reality, etc.

III. The Sociology of International Relations – A Science Asserting its Identity

By paraphrasing R. Aron we could say that defining the sociology of international relations is very hard to do, because there is no unity of views and because it is easier to say what sociology of international relations is not. This is a point of view about this new discipline, and it has people against it. On the other hand, a lot of renowned sociologists struggle to define the subject matter of this discipline.

Generally, the sociology of international relations studies the international facts as social facts. In other words, it is interested in the analysis of the social fundamentals, in the evolution and the forms of manifestation of the phenomena considered as being international. Moreover, it studies the actors of the international events, their power and objectives, the means they use, it also explores and synthesizes the diversity of the instruments and the techniques of international action: diplomacy, recourse to force, using law.

The objective of the sociology of international relations is to underline the continuities and discontinuities in the international ways of action, the restrictions and the dynamics (inherent in them). The actors of the international scene contribute to the achievement of this objective, and are

more or less voluntarily caught in this (G. Devin). We could say that international actors are both subject and object of the international facts: on the one hand they impose certain regulations, rhythms of evolution (subject), on the other hand they must subscribe to them (object). The USA – WTO relations are relevant.

The sociology of international relations proposes a rigorous look at international relations as social realities both at the micro level of actors (states, etc.) as well as at the macro level of the ensembles they build (UN, NATO, etc.) .

G. Devin proposes a sociological perspective on international relations where the empirical is not separated from theory, history – present, continuity analysis – reflection on change. The sociology of international relations studies also international events (wars, revolutions, etc.) but not only, and not international events as a priority. Its focus falls on international facts as social facts and not events, on sociological analysis and not the historical one, on data collected through empirical investigation and not through their retrospective rationalization, on the description and explanation of an international fact, not on speculative interpretations. Only in this way we can distinguish between the sociology of international relations and the philosophy of international relations, between a sociologist and a political analyst.

The area of activity of international relations, as proposed by the sociology of international relations, is very generous. We have here all forms of interactions of the members of the societies taken separately, whether state or non-state (Holsti, 1992).

The sociological perspective on international relations proposes the articulation of the national with the international, of the micro-level with the macro-social, of continuity and discontinuity, of repeatability with uniqueness resulting thus a hybrid synthetic discipline grounded mainly on empirical investigation.

“Our conviction is that by exploring international relations with the help of the sociology of international relations it doesn’t necessarily mean synthesizing the theories – which are easy to formulate, and just as easy to go out of fashion – it rather means to develop empirical studies.” (G.Devin, 2002)

In other words, the way the above-mentioned French sociologist approached the sociology of international relations does not intend to survey the situation of the main theories regarding international relations, but it does not ignore them either. His approach is actually centred on synthesizing the empirical data resulted from researching international relations.

Another contemporary French sociologist, Lahouari Addi, proposes a different perspective on the study of international relations, on the position different international relations theories must take in the sociology of international relations problems. He considers that the main objective of the sociology of international relations is to analyse the international scene from the perspective of various theories regarding international relations “going through the social system categories, international society made up of states, international society made up of state-actors and non-state actors connected by various transnational ties”.

This new discipline must focus on two main questions: the concept of society in international relations and the competing paradigms which offer politicians, researchers, university professors’ instruments for the perception of international relations.

Whether they are pacifist or warlike, these relations delimit a space where social activities at a supra-statal level take place. The latter ones need the elaboration of a sociology at world-wide level meant to analyse both the international fluxes as well as the local dynamics which feed them (Lahouari Addi, 2006). The key variables the sociology of international relations operates with are the international system and the international relations (G. Devin, 2002).

We notice that, although so useful in explaining the contemporary world, the international system concept, or international society, provoked many controversies. If for realism, the international society is a contradiction in terms because there are no contracts between states (these being in pre-societal phase), for revolutionarism, its existence is beyond doubt and, at the

same time, contrary to its members.

- In Martin Wight's vision, the international society is the result of cooperation in foreign affairs, of the existence of a diplomatic system, of laws and international institutions which complicate or modify the activity of the power policy. It is the most comprehensive society on Earth being defined by the following essential particularities:

- It is a unique society, made up of other better organized societies called states. In other words, its members are the states.

- The number of its members is always smaller (hundreds) than the one of a common society (we're talking millions)

- Its members are more heterogeneous than those from a common (statal) society. There are big differences between them regarding the territorial size, position, geographical resources, population, cultural ideals and social arrangements.

- Generally, its members are immortal. In any case, they surpass quite a lot the humans' life span. This characteristic is harming its unity. "Just as this description of Olympus made by Homer shows us, a society of immortals (who cannot be subjected) will be less united than one of immortals." (Martin Wight, 1998)

The absence of an international state and the coexistence of a bigger number of sovereign states does not cancel the term for international society, does not condemn international policy to the state of conflict, to permanent wars. The most important proof for the existence of an international society in the above-mentioned author's view is the emergence of international law.

Other thinkers consider that the international system (society) expression is wrong (G.Devin, 2002), firstly because the implied analogy with national systems hides the essential deficiency and the major particularity of the international system. The system's modalities of regulation are imperfect and do not have a superior political authority over the authority of its members, thus being "a body without a head" as Marcel Merle said (1988).

Then, if the international system is a network of relations on a world scale, it postulates the generalized connection of the various elements in these networks, which for the moment is questionable (the numerous tasks in white: or "the listening doesn't take place", according to Braudel, 1970). The often laborious construction of its sub-systems (according to which criteria: geographical, functional, and cultural?) could tempt us to make the connection, but the complexity of the conceptualizations is not the same with the generalities it leans upon.

In conclusion, the expression "international system" has caused an abundant literature without being truly clarified even today, and without truly directing the researches in precise directions. Still, it was successful due to its flexibility. After all, by appealing to this concept we only represent our relations among a certain number of actors beyond the national frontiers, often aiming at the framework and result of these relations at a certain point. International relations, the connections between the actors of the international scene represent another variable key circulated by sociology and the theory of international relations.

According to G. Devin, from a sociological point of view, international relations can take two essential forms: relations of interaction and relations of interdependence.

The relations of interaction are when the changes in the behaviour of an actor in action involve the changes of the whole relation (the relation in its entirety).

Here's an example of relations of security: the adoption of a new self defence measure by a state, perceived by another as an increasing threat causing in return a counter-measure and feeding the escalation process (or escalation).

It is important to mention that this type of relations happens in a competitive environment, thus explaining the effects it has on the general level.

While interaction relations are often accompanied by the effects of competition, the interdependence relations produce rather aggregation effects. Here, the actors make choices which taken individually are marginal (insignificant) but which together can modify the ensemble of the

relations. For instance: taken one by one, the international financial transactions don't matter too much, but when their cumulated growth exceeds hundreds and even thousands of billion dollars per day, the financial markets gain autonomy and a capacity to influence the states must come to terms with when defining their economic and monetary policy.

Generally, the increase in any form of the transborder flows – commercial, communicational, migratory – induces emergent or perverse effects (the breaking of the existent procedures, seeking new regulations), without being necessarily wanted by the actors, these result from their very own situation of interdependence. (Boudon, 1979)

This ensemble of relations applied to the expanded world leads to analysing the international as a system.

IV. Conclusions

In spite of all attempts to underestimate the role of international sociology, to contest the legitimacy of this discipline, it distinguishes itself more and more as an independent discipline interested in analysing the social fundamentals of the phenomena considered international. Interested in the dynamics and forms of manifestation of the international phenomena, its studies follow to synthesise the empirical data resulted from searching international reality. And this is outlining its specificity.

It analyses the power and the objectives of various actors involved in international events.

Also, it does not ignore the instruments and the techniques of international action: diplomacy, recourse to force, using law.

Its endeavour remains a scientific one, thus moving away from philosophy, ideology and common thinking – aspect already proved. Its connections with political sociology and the other social sciences (politology, history, the theory of international relations) are no argument for contesting its legitimacy. On the contrary, they represent a plus for each discipline and for scientific knowledge in general.

Even though its subject matter has transdisciplinary vocation, with every day it manages to assert its identity and to make its presence felt next to and together with the other social sciences. The inter- and transdisciplinary approaches it often resorts to do not cancel its identity. On the contrary, they make it a complex science, an indispensable science of the future.

We conclude by noticing that, although still very young, this discipline managed to prove its utility: even those who contest its identity admit that the sociological researches of the international relations offer fertile tracks for the international political studies, by clarifying some concepts and key-subjects regarding international relations.

References

1. Badie, B., *Une monde sans souveranite*, Paris, Fayard, 1999
2. Badie, B., Smouts, M-C, 1999, *Le retournement du monde. Sociologie de la scene internationale*, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz
3. Devin, Guillaume, *Sociologie des relations internationales*, La Decouverte&Syros, Paris, 2002
4. Giddens, A., *The Consequences of Modernity*, Ed. Univers
5. Griffiths, Martin, *International Relations: Schools, Trends, Thinkers*, Ed. Ziua, 2003
6. Lahouari, A., *The Sociology on International Scenes*, <http://doc-iep.univ-lyon2.fr/Resources/Documents/Enseignement>
7. Laroche, J., 2000, *Politique internationale*, Paris, LGDJ
8. Leleux, C., 1995, *Demopedie et democratie*, Entre-vues, Bruxelles
9. Nedelcu, E., *The Sociology of International Relations*, 2007, Ed. Universitara
10. Rourke, John T., Boyer, Mark A., *World politics*, McGraw-Hill/Dushkin, 2002

HUMAN RESOURCES MANAGEMENT IN THE PUBLIC ADMINISTRATION

Radu Carmen*
Liviu Radu**

Abstract

The systems of the performance management represent a basic tool in the process for connecting the human resources management with the objectives and strategies of the legal entities, either public or private. The adaptation to the new realities of globalization involves significant phenomena and mutations in the set of political, social, economical phenomena and, not least, in the public administration. The said faces changes of their own organization and functioning framework, with increasing expectations from the political factors and the community as well, with increased attributions and responsibilities. It is necessary that a hierarchy should be defined of the sources for obtaining performances from the public economy. Thus, in establishing such hierarchy the human capital is identified as a decisive variable, able to influence the success or failure of the public administration authorities' activity. To such end, it is highly important that the human resources in the public system should be placed on the higher level of the values of public administration authorities.

Keywords: *human resources management, public administration, performance management, systems for developing the public career, human resources management in public administration*

Introduction

The public administration's reform has to take in consideration – among an integrating medium and long term vision over the changes in the public administration and an improvement in its capacity to define priorities and opt for implementing various administrative modern practices – the formulation of definite, quantifiable objectives and the assurance of an efficient management oriented towards their achievement.

The public administration reform has to lead to a specialization of the activity deployed in the public authorities, as well as to change the public personnel's values and mode of action. In this context the necessary and inevitable objective imposed is the development of a managerial conception characteristic to a modern public administration. Thus, in parallel with the legislative context the public management represents the theoretical and practical support necessary for the changes to be implemented with the public authorities. At the same time the human resources management, as part of the public management system, represents the functional and operational component in applying the legislation from the public administration domain. This results to the importance of elaborating and implementing in the public administration a human resources management strategy because the public organizations, unlike the private ones, do not benefit of a lot of resources. Among those who do have it the human organization is the most precious and efficient.

The purpose of this paper consists of pointing out the specific of the human resources management in public administration, the role that it has in the efficiency of the public administration authorities' activities and in the substantiation of the basic strategic directions of the human resources management in public administration.

* Lecturer, Ph.D., Faculty of Social and Administrative Sciences, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest.

** Lecturer, Ph.D., Faculty of Social and Administrative Sciences, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest
(e-mail: lgradu2005@yahoo.co.uk).

Literature review

The theoretical and methodological base of this study is from the classics' monographs made in the domains of management, public and human resources management and from the investigations of the researchers from abroad or from this country. Thus the works of some prestigious authors can be mentioned: A. Claisse, L. Braibant, Y. Meny, C. Debbasch, M. Meininger, and L. Metcalfe. The publications of some Romanian researchers in the domains of management, human resources and administrative science were also studied: A. Manolescu, P. Nica, V. Lefter, P. Burloiu, A. Rotaru, A. Prodan, O. Nicolescu and others.

Theoretical background

The efficiency of the public administration authorities' activity is dependent on a multitude of factors, the most important being the human factor, the forwarder of all the reforms and changes to which the public administration is subjected to today. In the view of the human resources management specialists the concept of managing the public personnel can be analyzed in two ways [1]:

- on one hand, from a material-functional point of view. The juridical acts and administrative and technical-material operations, through which the recruiting of the public personnel is carried out and their professional situation is being materialized by the structures organized in this purpose, are taken in consideration through the public personnel's management.
- on the other hand, from a formal-organizational point of view. This is when the authorities and organisms that are involved in managing the public personnel, that of the central public administration and of the local one, are tracked.

In the actual context, while managing the public administration's personnel the fact must also be taken in consideration that a series of legal attributions are acting on the public personnel, which have to be induced with a public interest and that they do not constitute its patrimonial rights.

Analyzing the mechanism of the human resources management in the public administration and the practices already established in the majority of the European states, the specialists distinguish two types of systems on managing the human resources, characteristic only to the public sector. This typology emphasizes the convergent points as well as the divergent ones that exist in the organization ways of the public function and the essential features of formal or real type[2]. These are: the merit or career system and the political or jobs system[3]. Each one of these systems of managing human resources has its own unique, distinctive characteristics (Chart 1).

Chart 1: The characteristics of the human resources management system in public administration

The criteria	The merit career system (closed system)	The political jobs system (opened system)
Conditions of access to the public function	<p>Strict recruiting for a job that allows the accomplishment of a professional career;</p> <p>A diploma and a professional training specific to the job are requisite;</p> <p>An age limit exists;</p> <p>The basic condition for being promoted is the professional improvement along the career;</p>	<p>The recruitment is made along the professional career's achievement;</p> <p>The professional training diploma is not required in the recruited job but some existing professional performances are required;</p> <p>There is no age limit;</p> <p>Professional perfecting is not a condition to be promoted;</p>

Methods of recruitment	Formal methods;	Identical methods to those in the private sector;
Career evolution	Stabile promotion systems A possibility of mobility according to the rising salary in the same function;	There is no stable promotion system; The professional experience is important in the public sector;
The professional evolution along the career	Professional improvement essential for career promotion;	The professional improvement is not obligatory;
Administrative transparency	The vacant workplaces are publicly announced;	The vacant workplaces are not posted;
The remuneration system	Statutory scheme of payment; Fixed payment growth depending on the performed stage; System that takes in consideration the length of service; The professional performance is not considered;	Collective or individual work contracts; Payment progression based on individual negotiations; The length of service is not considered; Remuneration compliant to the professional performance;
Conditions of employment	Statutory scheme; Special scheme;	Collective or individual contracts; the contribution;
Disciplinary legislation	Injunctions fixed before the law;	There is no settlement specific for the public function;
The labor law	Specific legislation.	The working conditions are determined by the administration and the employee at the base of the individual work contracts with the participation of the trades union.

Source: Claisse, A., Meininger, M. Fonction publiques en Europe, Paris, 1998, p. 34

The merit (career) system which predominates in most of the European states (except Holland) is defined by the combination of multiple elements and is characterized by the following specific features:

- the merit system is applied to the hiring of office servants – specialists for the specialized public authorities;
- in the merit system case the recruitment of the office worker is done at the base of a specific career during which he is promoted and its remuneration grows according to the statutory settlements;
- the recruitment for hierarchical jobs is done in the environment of the public organization and it represents a hierarchical succession of jobs;
- the basic criteria in the moment of employing are: knowledge and professional performances, skills and practical abilities of the employees specific to the public authorities;
- the hierarchical job promotion is done in succession from one level to another and the development conditions are determined by laws and settlements which allow the successive occupation of the jobs;
- the personnel are not hired after a favoritism and they are protected from being dismissed from the job. Basically the officials chosen, politicians or political parties cannot dismiss a public employee. This incapacity of removing an employee from the workplace without a valid reason assures efficiency and stability in managing public authorities and offers public services to the

community;

- all the employees and candidates for the public jobs must be treated righteous and without discrimination in all the aspects of the personnel management;
- the payment has to be equal with the accomplished work and the performance stimulation;
- the public authorities have to maintain the employees with performance;
- the law requests minimum conditions of access to training but the public agency can offer an adequate training for the employees.

One of the important purposes of the merit system is that of reaching a higher administrative efficiency[4]. In a merit system, as it was mentioned before, the office servants are employed according to their qualification that can help carry out a certain task, thus becoming the ones with the highest performance for the fulfillment of that task, assuring more efficient public services towards the community. The public servants tend towards a promotion in their professional career with the purpose of obtaining a higher level of responsibility as well as the additional money compensation which the new responsibility implies.

Another important objective of the merit system is represented by the protection the maintenance of the employees' rights. The organizational politics and procedures must be settled in such way so that the employees are treated correctly, impartial, objectively paid and without favoritisms. The merit system is strongly ordered and it is based on different levels and evolutions of career[5] and the working conditions, payment and the employees' retirements are statutory and settled legally.

Unlike the merit or career system, the political or workplace system is more applied in choosing or naming the decisive factors of the public authorities, either on a central level (the ministers, leaders of other central administrative authorities etc) or on a local level (mayors)[6].

Two important motivations are distinguished for the use of politically appointed heads to rule a public authority [7]. Firstly these appointments can be a retribution for political support because the chosen or appointed public employees usually desire to reward those who have contributed in one way or another to their promotion. Secondly the political designations assure accountability to the person that has been appointed by another chosen or appointed public employee.

The essential particularity of the political system or of workplaces resides from the fact that the public officers are not recruited in a specific career but only in a particular job.

This system is also characterized by a series of characteristics:

- the candidate has to satisfy the requirements established by the public authority;
- this system does not imply the connection of a permanent job and neither the promotion in the middle of a statutory system of career evolution;
- the working conditions, payment and pensions are essentially based on adaptive legal norms and regulations in order to respond the individual interests and necessities of the public authorities;
- the working contract conditions are adaptive in order to respond to the individual interests and necessities if the organization during the collective conventions;
- the service in the job system is largely comparable to a job from the private sector.

It is important to mention that in managing the public personnel, in none of the countries in the European Union can the usage of only one of these two systems be observed and the essential difference consists of the prevalence of the political system in some states and the merit system in others, which can be observed in the following chart (chart 2) [8].

Chart 2: Compared study of the elements specific to the merit system and the political system on the public function management on an E.U. level

Typical elements to the MERIT system (M)	Austria	Belgium	Denmark	France	Germany	Greece	Ireland	Luxemburg	Great Britain	Holland	Portugal	Spain	Sweden	Typical elements to the POLITICAL system (P)
Recruitment at entering the job	M	M	P	M	M	M	P	M	M	P	M	M	P	Recruitment during the career
Specific diplomas and new knowledge for a special career	M	M	P	M	M	M	P	M	M	P	M	M	P	Special diplomas for specific abilities are not required
Age limit	M	M	P	M	M	M	M	M	M	P	P	P	P	There is no age limit
The initial systematic training	M	M	P	M	M	M	P	M	M	P	P	P	P	The initial systematic training is not practiced
Formal procedures of recruiting personnel	M	M	P	M	M	M	M	M	M	P	M	M	P	Formal procedures of recruiting the personnel are not used
The access of E.U. citizens in a public job is limited	M	M	P	M	M	M	P	M	M	P	P	M	P	The access of E.U. citizens in the public function is permitted
The professional experience obtained during the career is not taken in consideration	M	M	P	M	M	M	P	M	P	P	P	M	P	The professional experience accumulated in other countries is taken in consideration
Promoting system of well-established personnel	M	M	P	M	M	M	M	M	P	P	M	M	P	It is not a well-established promoting system
Limited possibilities of professional mobility	M	M	P	M	M	M	P	M	P	P	P	M	P	Extended possibilities of professional mobility
The obligatory training is a requirement for being promoted	M	M	M	M	M	M	M	M	P	P	P	M	P	The obligatory training is not required for a promotion

Analyzing the data exposed in chart 2 it is remarked that in the European Union states both the merit system (8 states) of managing human resources in public administration is used as well as the political system (5 states). Essential is that some states (Austria, Belgium, Germany, Greece, France and Luxemburg) use the pure merit system of managing public personnel and other states (Holland, Denmark and Sweden) – use the political system. Lately the European states use the elements characteristic to the merit (career) system as well as the political system elements: Spain, Ireland and Great Britain. An increased tendency of more and more states of combining elements characteristic to both systems has been observed in the last years. These models can be appointed mixed because there is an equilibrium between the two systems in the deployment of the public functions of the state members[9].

For the confirmation of those presented a few examples are imposed which characterize the practice of the merit or career system in managing the human resources in public administration (chart 3).

Chart 3: Characteristics on managing the human resources in public administration in the states members of the European Union

Country	Characteristics of the human resources management in public administration
Austria	<p>On the public administration level a part of the leading jobs as well as other important functions are presented in a public announcement. After interviews or after other recognized methods have been applied, the independent expert commissions file a report regarding the professional aptitudes of the candidate. During the decision procedure the candidates for a public function who are from outside the organization can be taken in consideration if they satisfy the required conditions to be employees under a public status. It must be specified that the leading jobs from inside the federal ministries in Austria are subjected to some specific conditions. For some categories of public servants their payments provide a series of echelons and possibilities of promotion. As long as the promotions are not accompanied by functional modifications which would lead to the obligation of a public announcement, these promotions will remain as procedures that do not provide any contest between the working employees or with the candidates from outside the public organization.</p>
Belgium	<p>The leading jobs in the public administration of this country are of an administrative nature. The access to leading functions in central public administration is reserved to the career employees. The so called "Belgian alternative of the agencies" comes in action. The announcement of the contest's initiation for occupying a leading job is published in "Moniteur belge", after which the candidacy exam follows. Based on these results the political power appoints the candidate who best corresponds to the established exigent. For the other public administrations jobs the formal conditions are very precise, founded on the previous grade and seniority (rank 15 – Director of Administration, General Counselor or General Inspector and for access to rank 16, General Director or Secretary General, a certain period of activity is required in rank 15). The procedure is similar to the previous ones: publication in the "Moniteur belge" and afterwards the candidates sustain an exam organized by the Council of directors of the Ministerial Department where there are available jobs. The Council of directors is mostly formed of main Department public officers. The ministry can name alone in its function. But in reality the designation decisions in these high functions are often gathered in a designation pack and it is decided on a governmental level. In the last period the Council's unanimous nominations are confirmed by the political power. These nominations are definitive thus meaning that the future ministers cannot complain about these nominations and neither can they increase the functional responsibilities of the previous nominated personnel. The leading frameworks of the ministerial cabinets come from the public administration. Their exertion on the intermediate public administration functions represents a high importance for the personal career achievement and for the future access to the highest functions in the public administration. At the present a trial takes place on introducing a</p>

	mandate technique which would allow nominations by the leading staff for a determined period of time (5 years). This reform is connected to the professional performances evaluation of these administrative staff.
Denmark	<p>In Denmark as well as in India, the Netherlands, Finland, Sweden and the United Kingdom the political or job system is being used[10]. All the leading jobs are accessible to the candidates which come either from the public administration's system or from outside it. The available jobs of different levels usually make subject to a public add. No formal condition is settled and the requirements are determined depending on the case, in accordance with the necessities of the job that needs to be occupied. All the selection techniques can be used and the political authority is free to choose from the candidates which respond to that specific job's requirements. Although the Danish political authority must choose the best qualified candidate for occupying that job. The leading jobs are none the less attributed to the titular holders under the status of "public worker", contrary to the general administrative personnel, employed either with public worker status or based on the collective contracts.</p>
Finland	<p>On the Finnish public administration level there are no legislated procedures of selection and nomination of the public servants in leading jobs. The public agencies are free to appeal to the personnel's' evaluation services from the private sector, if they desire it. Selecting the leading public servants is an operation based on well-defined aspects and achieved qualifications and experiences. All the established selection techniques can be used. A restricted selection operated by the commission that was organized for this purpose is transmitted to the political authorities that choose by themselves from the proposed candidates.</p>
France	<p>In the French public administration the position of General Secretary of the ministerial departments does not exist, excepting the foreign affairs Minister with the job of General Secretary of the Quay d'Orsay. The General Director functions are of administrative nature. If the access to this level and to the degree which accompanies it is practically irreversible the occupation of the function is not irreversible. An office worker can be called to this function when one of the main state institutions leaves (the Finance Inspection, the Court of Auditors or the State Council) and returning to this original point after many years of performing the job of General Director of a ministerial administration. The state institutions in France always constitute the core of the big state commissions. It must also be mentioned that even the formal conditions (degree and experience level) are required for the access to the leading jobs and that the inter-ministerial mobility is high at this level.</p>
Germany	<p>In order to occupy the vacant jobs and with the purpose of promoting the office servants from the public authorities an announcement is made in the organization or in the activity domain of this public authority. Usually no formal selection procedure is applied. For the leading jobs the decisions lies with the Federal Minister or the State Secretary and at the base of a proposition from the Federal Minister's personnel Service and taking in consideration the following criteria of selection: the leading staff must have a diploma for superior</p>

	<p>studies which corresponds to their jobs; the leading staff must have professional experience in their domain (public administration) and to be qualified for carrying out the leading job in question. With the aim of determining the professional performance the office servants are periodically evaluated by their hierarchical superiors. These evaluations can serve as a base for the promotion to leading jobs. There is no disposition to stipulate that the leading jobs are submitted to an exam or to a preliminary selection procedure. Also there is no court (federal Bureau for personnel) which can decide the level of the required qualifications for some specific leading jobs. In some cases in order to get access to the superior functions (for example moving from the rank of office worker of a medium level to a superior level) participating in training courses is a requirement[11].</p>
<p>Greece</p>	<p>The leading jobs such as General Secretary in Greek public administration are of political nature and of a limited duration of the minister's mandate. These jobs are also opened for people without a public servants statute, the General Director's job on the contrary being of administrative nature. Choosing the first ones is at the government's disposal, those from the second category have to be A type officials and to be part of the PE category. Besides these they have to already be at the top of public authority direction. The selection process is operated through a deliberation procedure by an organ chosen for this purpose and that can impose to the political authorities the candidates' placement.</p>
<p>Ireland</p>	<p>The nominations in the leading jobs – Assistant Secretary and Secretary are the responsibility of the Top Level Appointments Committee (TLAC), composed of at least three (usually there are five) Secretaries of department in function and of a member without a public worker statute. The vacant jobs are used in promoting the personnel in function for all the Assistant Secretary jobs. At the Assistant Secretary level a first selection is made after some preliminary interviews, followed by the final interview of the candidates selected by the Top Level Appointments Committee. This procedure determines the selected candidates. On a Secretary level the interviews carried out by the Top Level Appointments Committee must allow to keep maximum three candidates. The final nomination is made by the Government.</p>
<p>Italy</p>	<p>With the exception of the special careers functions, the public administrations functions are organized in a functional and unhierarchized system. The functional positions are subdivided according to criteria of professionalism, responsibility and functional self-sufficiency and are categorized as simple functional activities for the first rank, activities which have a higher level of professionalism (ranks 8 and 9). Over these ranks there is a profile appointed "of leadership", of "high leadership" in which the content of professionalism and responsibilities is higher. For the access to the rank of leadership an exam-contest is organized by every authority of the Italian public administration in order to complete as far as 70% of the available jobs in every organization on December 31st each year. During this percentage 50% of the jobs are reserved to the internal personnel. To occupy the other 30% of the jobs a course must be taken – training course, organized by the Superior School of Public Administration. In Italy there is a career in the strict sense, only</p>

	for the members with “special” necessities of the diplomatic corps and of the prefectures.
Luxembourg	The leading staff of the Luxembourgian administration is necessarily formed of career servants. Their selection respects the well determined title and degree criteria. A minimal duration of holding this degree is not required. Only the public authority can choose from the candidates which satisfy the formal conditions of designation on the job.
Great Britain	The possibility of recruitment for those from outside the public administration exists on all the levels of public responsibility. The departments, ministerial and agencies are themselves responsible of recruiting until the fifth level. At the level 5 and higher the departments and agencies organize the recruitment under the forward-looking statement of the Civil Service Commissioners. They independently have to approve all the employments besides the Civil Service for these levels. The departments and public agencies can choose, either by organizing their recruitment operations or by applying the private recruitment services or by using Recruitment and Assessment Agency (a public agency of the Office Cabinet – OPSS). The selection is often made on the basis of a combination of competences, experiences and testing. The ministerial departments and the agencies are responsible for the promotion under the third degree. The employments and promotions to the 1-3 jobs are made in accordance with the procedures established by the directors from the Home Civil Service. Every time there is an unoccupied job in the three highest levels a certain opened announcement is elaborated for the job. There are other causes for the interest of the department or of the entire public function to favor the arrival of new recruits in the department or in the public function through this unoccupied service. The action aiming to provide vacant jobs of the first or second degree by promoting or open contest is conducted by the permanent secretary of the department in which the vacant job exists, in partnership with the Appointment Selection Committee (SASC) chairman by the Home Civil Service (the public national function). At this level the approval of the Prime Minister is required at the recommendation of the Home Civil Service director. The first responsibility regarding the employments for the third degree jobs is that of the ministerial departments but also the approval of the Cabinet Office (OPSS) is necessary for promotion on this level. The possible employments and transfers in the first and second degree must be approved by the Prime Minister and guided by the Home Civil Service director.
Holland	In the Dutch public administration no formal condition is provided by the legislation. The service chief aiming to fill in a new job is not obliged to firstly examine the candidatures of the servants in function as he may recruit them directly from the outside the administration. Nevertheless this does not obstruct the Dutch public function from being in principle a professional public function. The public servant usually remains in the public administration fulfilling his entire career by gradually occupying different hierarchical superior jobs. From organizational reasons the unoccupied jobs are systematically brought into knowledge to the ministerial departments and they attract more easily the public servants in function rather than the persons outside the

	<p>administration. The definite recruiting and selection procedures are determined by the services' direction towards which the jobs must be attributed to. The private evaluation centers are used during the marketing qualifications and not on juridical or formal grounds. Although in practice there are meaningful differences between the ministries. The majority of the servants carry out their career in the same ministry. It has been ascertained that only 0, 3% of the personnel leave their department so in regard to the external mobility (recruitments and resignations) this percentage is insignificant.</p>
Portugal	<p>The leading servants (General Director, General Sub director and the equivalents of these) can be recruited from outside the public administration. In this situation they do not intent to carry out a "career" and they are appointed through an indissoluble decision of the Prime Minister or a competent minister. Once they become public servants their nomination is still temporary and limited depending on the duration in function of their adequate minister.</p>
Spain	<p>The top jobs of the administrative hierarchy in Spain, general Services and general Directors, are of political nature. Their functions are opened to the public servants but also to the non-servants candidates while the general Deputy Director functions are opened only to public servants. The level of academic achievement is a determination criterion. The officials of these jobs are related to the political official (Minister or State Secretary) of the ministerial department. For all the leading jobs an operation that implies distinctions and qualifications is applied by an organ chosen for this purpose and a classification of the candidates is transmitted to the political authorities which afterwards will choose those that satisfy the formal conditions of the designation independent of the candidates' list.</p>
Sweden	<p>The selection and nomination of the servants on hierarchical jobs are not submitted to any formal conditions or settlements. The government is the one that designates and nominates the persons for these hierarchical jobs in the ministerial departments as well as in public agencies. The nominations are still decided for mandates with limited duration: 6 years for the general directors of the ministries (centered over the elaboration functions of the legislation politics and over negotiation and control of the agencies management contracts) and the public authorities directors (responsible for the execution of public politics); 5 years for the jobs of specific career.</p>

It is unanimously recognized that applying a single system of human resources management in the public administration is practically impossible. This is why the majority of the states with an efficient public administration system tend to apply elements from the political system as well as from the career (merit) system in the process of management of the human resources in the public administration.

In the Romanian public administration the recruitment is based on the principles of an opened competition, transparency, professional accomplishment and qualifications as well as the equal accessibility to the public functions for every citizen that satisfy the legal conditions. These principles are specific to the merit system as well as to the political one.

The equal access to the public functions is the principle that mentions the acknowledgement in the public function of the career vocation of any person that satisfies the conditions established

according to the law.

Recruiting the public servants according to the legislation on a national level [12] is done through a contest organized within the limits of the unoccupied public functions annually reserved for this purpose through the plan of occupying the public functions. In case a function becomes vacant during the year a contest can be organized after the promotion, transfer and redistribution of the public servants under the law conditions.

The contests are organized by different institutions having in consideration the specific of the public vacant functions:

- by the contest commission constituted for recruiting the high public servants under the law conditions;
- by the National Agency of Public Servants for occupying vacant public leading functions with the exception of the leading public functions of bureau chief and service chief;
- by authorities and public institutions from the central and local public administration, for the occupancy of public execution functions, public leadership functions of service chief and bureau chief and also for specific vacant public functions;
- by the National Institute of Administration for the admission to specialized training programs in the public administration that are organized with the purpose of nominations in a public function.

At the contests for the occupancy of public functions those who can participate must satisfy the conditions provided by art.49 from the Law 188/1999 with the ulterior ads and modifications:

- has Romanian citizenship and is resident in Romania;
- knows Romanian language, spoken and in writing;
- has the minimum age of 18 years;
- has full capacity of exercise;
- has a state of health correspondent to the public function for which he candidates and a medical exam of specialty to confirm it;
- has accomplished the studies required by the law for the public function;
- fulfills the conditions specific for the occupancy of the public function;
- has not been condemned for any contravention against humanity, the state, the authorities, working place or in relation to the working place, which obstructs the course of justice, any acts of corruption or a delinquency intentionally made, which would make it incompatible towards the public function, excepting the situation of a rehabilitation case;
- has not been dismissed from a public function in the last 7 years'
- has not conducted a political police activity, as it is defined by law.

Also when occupying public functions the following specialty conditions provided by the law must be fulfilled:

- minimum 7 years for the public functions from the category of high public servants with the possibility of reducing this period under law conditions;
- minimum 5 years for the leading public functions, (with the exception of the public functions of bureau chief, service chief, village secretary as well as the specific public functions assimilated to these) and for the public functions of execution of "superior" professional degree.
- Minimum 2 years for the public leadership functions of bureau chief, service chief, village secretary as well as for specific public functions assimilated to these and minimum 3 years for the public functions of execution of "principal" professional degree;
- minimum 1 year, 8 or 6 months, depending on the level of education completed for the public functions of execution of "assistant" professional degree.

The authorities and public institutions in the central and local public administration are responsible for organizing the contest for the occupancy of public execution functions, public leading functions such as service chief and bureau chief and vacant specific public functions.

The contest commission is constituted through an administrative act of the leader of the authority or public institution in which the vacant public functions are prefigured. The contest commission is composed of five members, designated with respect to the following conditions:

- at least three are public servants out of which at least one hold the public function equivalent to the public functions for which the contest is organized;
- one member represents the National Agency of Public Servants;
- the members of the commission have to have:
 - theoretical and practical knowledge necessary for evaluating the trials of the contest;
 - abilities in evaluating the candidates' knowledge, specific to the process of recruitment;
 - administrative record released by the National Agency of Public Servants.

The commission of resolving appeals is composed of five members.

In the view of the contests' organization and development, the authorities and public institutions that can organize a contest in accordance with the law have the obligation to require a notice from the National Agency for Public Worker with at least 45 days before the date of the contest. The requirement has to contain certain obligatory elements.

The contest consists of 3 stages: selecting the files; the written test and the interview. In terms of 20 days from the publication of the announcement the candidates can deposit their contest file.

The selection of the personnel is the second important stage of the strategic human resources management, a process that consists in choosing according to some well-established criteria of the most competitive candidate to occupy the job. The candidates' selection contains a logical succession of stages: the examination, testing, analysis of their qualifications according to the job's requirements and finally the individual discussions with the candidates. The selection of the files is done in terms of maximum 5 days from the expiration date of the term for the files' deposit. The results are displayed at the public authority's headquarters with the mention of admitted or rejected. After the results obtained at the contest are posted, the unsatisfied candidates can make an appeal in terms of 24 hours after the posting of the scores of all the trials, at the headquarters of the authority or the public institution that organized the contest, under the penalty of declining from this right.

The admitted candidates are appointed in the public functions for which they candidate, under the law conditions and based on the final obtained score. In regard to the public function nomination the admitted candidate must be present in terms of 5 working days from the expiration date of the term established for appeal, at the authority or public institution in which the state of function has the vacant public function. If the candidate does not present himself in the period mentioned above, regarding the nomination he is declined of the right of being nominated in the public function for which he has candidate. In this case the authority or public institution that organized the contest notifies the next candidate on the list that contains the final scores. In case the following candidate for that certain public function has not obtained a final minimum score of promoting the contest, the job remains vacant until another contest is organized under the law's conditions.

The institution has to offer to the public servants an attractive public function that can maintain the professional and well-trained public servants in the public system.

Apart from the material motivation every management of institution must find a series of approaches besides those offered by the legal provisions.

Conclusions

We have proved that applying a single system of human resources management in the public administration is obsolete and today the mix system is being used because it combines the political elements with the merit ones. This is why the changes in the socio-political and economical life in Romania impose a new vision over the public administration system in general and over its

management, in particular, because the most difficult problem in the context of these changes is the internal modification. In order for the public administration to keep up with these changes, it needs human resources that are competent, professional, well informed and devoted to the public function.

The human resources in a modern public organization represent more than a simple component of the process of administrative decision. The human resources are considered and approached by the new public management as “capital”, thus like one of the most important investments. Therefore, the human capital represents a strategic resource for the public administration, of which product is the administrative decision. The degree of competitiveness of the public administration’s authorities in the modern managerial context is especially determined by the human resources competence and professionalism. Thus the human resources in the public administration require a careful administration from the management, a progressive attitude but also substantial and permanent investments. According to the international statistic data, 64% of the national treasury of each country is represented by the human factor, 20% - natural factor and 16% - physical factor. The human resources are the only resource in the public organizations that have the capacity to increase their value in the same time with the passing periods of time. This capacity will inevitably downgrade in case the organizations will not invest in their development. In the same point of view, if the public administration tends towards a performance management and total quality then a very careful and judicious administration of the human resources is imposed.

References

- [1] Claisse, A., Meininger, M., *Fonction publiques en Europe*, Paris, 1998, p. 87;
- [2] Braibant, L. *Existe-t-il un systeme europeene de fonction publique*. 1996, p. 121;
- [3] Meny, Y. *Politiques publiques en Europe*, Paris, 1997, p.72 – 90;
- [4] Debbasch, C., *La fonction publique en Europe*, Paris, 1996, p.93;
- [5] Debbasch, C., *quoted paper* p. 86;
- [6] Claisse, A., Meininger, M., *Fonction publiques en Europe*, Paris, 1998, p. 86;
- [7] Claisse, A., *Fonctions publiques en Europe*, Paris, 2003, p. 39 – 41;
- [8] Metcalfe, L., *Impoving Public Management*, Second Edition, London, 1997, p.56;
- [9] Metcalfe, L., *quoted paper* p. 62;
- [10] Debbasch, C., *La fonction publique en Europe*, Paris, 1996, p.103;
- [11] *Effective Taxation for Recipients of Social Assistance in Germany and the consequences of the 1996 / Tax Reform*: International Monetary Fund, November, 1995;
- [12] *Government Resolution 1209 / 2003*;

THE PUBLIC ADMINISTRATOR: THE CLERK WITH A SPECIAL STATUS?

MIHAELA - ADINA APOSTOLACHE*

Abstract

The study proposes an analysis of a certain category of clerks, recently created amongst local public administration in Romania that has a special status. This category of clerks has been proven worthy, over time, in countries that have a modern and well performing public administration, and have a distinct career in that of civil servants and state employees. In the majority of states, the generic name under which we have the “public administrator” is that of “city manager”. Normally, a city manager is responsible for the control of operations done by the city employees and for implementing measures adopted by the local council. He acts like a “chief executive officer” of a corporation that gives professional management services. In Romania, the function of public administrator has been introduced in the purpose of professionalizing local administration by making efficient the services offered to the citizens. The public administrator represents a category apart of clerks that through exerting their attributions and responsibilities, contributes to the ensuring of the efficiency and continuity of the reform in public administration, from the strategic levels to the operational ones.

Keywords: *local autonomy, administrative decentralization, clerk, competences, local collectivity*

Introduction

The paper proposes the analysis of a situation considered an innovation in the scenery of local public administration in Romania, stipulated by a chapter added in the law of local public administration, named “the public administrator”.

In Romania, the *institution of the public administrator* represented the novelty introduced by law no. 286/2006 and by the modifications and adds to law no. 215/2001, in the purpose of professionalizing local administration, by making services offered to citizens efficient.

Since the appearance of the new law of changes there has been the issue if this newly created institution is or is not constitutional, if it corresponds to the conception contoured by the fundamental law of the country for the local public administration.¹

With very few exceptions, in the specialty literature this issues is not dealt, maybe because the definition of a statute for the public administrator has been awaited, as there is one for the civil servant (law no. 7/2006) and as for the public manager (the Government Emergency Decision no. 92/2008).

The system of “city manager” represents the implementation of professional management in the administration of a city, being a system used with success in the USA and in Western Europe for over 100 years. A public administrator is responsible for the control of the operations done by the city and for implementing measures adopted by the local council. He acts as a “chief executive officer” of a corporation that offers professional management services.

PAPER CONTENT

The public administrator is from a breed apart of clerks, which by executing their attributions and responsibilities, contribute to the ensuring the efficiency and continuity of the reform in public administration, from the strategic to the operational levels.

* Lecturer, Ph.D., Petroleum-Gas University of Ploiesti (mihapostolache@yahoo.com).

¹ Daniela Ciochina Bakirci, “The Public Administrator. A juridical anti-constitutional and artificial construction”, *The Public Law Magazine* 3 (2006): 57

In Romania, starting the moment this function was created, the public administrators have contributed to the integration in the structures of the EU by implementing and following the appliance of the communitarian aquis in the public authorities or institutions in which they are working.

The name of this function is mentioned in the specialty literature is of “*city manager*” or “*public administrator*”.

Theoretically, in the national juridical order (law), the generic name under which this type of special statute clerk should be the same to avoid certain misunderstandings. It can be observed that the frame law no 215/2001, republished, uses the collocation “*public administrator*” that will be used in this paper.

A problem that can be raised is regarding the way to constitute this function, more precisely if it was absolutely necessary that this function which manages some aspects that regard problems of the citizens to be occupied by a person on which the local community did not express any option. Also a series of questions may occur in what regards the role of the vice-mayor, to whom the mayor transfers some attributions, according to the law, and to who’s election the electorate expressed it’s will.

In the present, there is no *statute of the public administrator*, but just the stipulations of the local public administration’s law no. 215/2001, with the changes and ulterior adds.

There can be identified thus *two categories of public administrators*, which create a so called juridical statute for the public administrator²:

1. *the public administrator at the level of the territorial-administrative units*

2. *the public administrator at the level of the inter-communitarian development associations.*

Regarding the first type of public administrator, law no. 215/2001 mentions in article 112, par.1 that “at the level of communes and towns, the mayor can propose to the local council the creation of the function of public administrator”, and “at the level of counties the president of the county council can propose to the county council the creation of the function of public administrator, in maximum number of approved positions” (art. 113, par.1). after the analysis of these legal stipulations it can be observed that the law recognizes the possibility of creating this function at the level of the commune, the town or county, and the initiative of creating this position belongs to the executive body: the mayor or, by case, the president of the county council.

Another observation regarding the *permissive*³ character of these dispositions, which does not oblige, but leaves at the latitude of the mayor, respectively the president of the county council is that to decide if it is necessary or not that this function is to be created. Thus, there will be a lot of administrative-territorial units where thus function will exist and others where it will not. Also, the mayors, respectively the president of the county council can desire the creation of this position that represents a derogation of attributes and responsibilities for them.

The responsibilities that the public administrators have are regarding the coordination of programs, projects and activities that develop the administrative capacity, to promote the decentralization of the competences and to modernize local public administration with the purpose of raising the quality of the administrative act and of the citizen’s public services. The responsibilities are general, the mayor or the president of the county council having the task of the exact derogation of attributions that correspond to these legal stipulations. It is specified, with precision, only the possibility of delegation by the mayor or the president of the county council of the quality of main credit coordinator.

Article 112 of law no. 215/2001 enumerates, that administrative-territorial units, only communes and towns, but the Constitution recognizes in art.3 par.3, that “in the condition of the law, some town are declared cities”, and in article 121, par.3 mentions that “autonomous

² (Ciochina Bakirci 2006, 58)

³ (Ciochina Bakirci 2006, 58)

authorities can be constituted in the subdivisions of cities”, evidently showing that the public administrator can be created also in cities and in their administrative-territorial subdivisions. It would be preferred, that in the law, where the communes and town are enumerated, to also be added the cities, to not leave room for any interpretation.

The proposal to create the function of public administrator is addressed by the mayor to local council as, at the county level the president of the county council forwards this proposal to the county council, the two deliberative forums having the tasks of establishing the criteria, procedures and attributions specific for the public administrator, according to legal stipulations. The two law bodies meaning art.112 par.2 and art.113 par.2 consecrate new attributions for the local and county council:

- approving the proposal of creating at the level of the administrative territorial unit of the function of public administrator;
- approving the criteria and the procedures of organizing and progress of the contest and attributions specific to the function of public administrator.

It can be taken into consideration the fact that, by delegating some attributions from an elected administrative authority to a named one based on a contest can be affected by the will of the constituted law-maker that has given the mission to realize local public administration in communes and towns to the mayors (art. 121 Romanian Constitution). Law no. 215/2001 does not stipulate as being mandatory the delegation by the mayor of some precise attributions to the public administrator, but stipulates, in art.112, par.3 that he “can fulfill, based on a contract of management, signed in this sense with the mayor, attribution of coordination of the specialty operational structure or of the local interest public services”.

At the same time “the mayor can delegate to the public administrator, in the conditions of the law, the quality of main credit coordinator”. This is a similar situation to the status of the vice-mayor, who’s activity may depend on the “goodwill” of the mayor, who can delegate or not to him some attributions.⁴ It can be underlined that there is a lacuna in the law, similar to the situation of the vice-mayor, regarding the obligation of delegating his attributions, the law not stipulating sanctions for not fulfilling these obligations. But, while the mayor proposes the creation of this position at a commune or city level, it is presumed that based on the management contract with the public administrator, he will delegate his attributions.

Another problem that is raised is regarding the salary of the public administrator. Usually, through the administrative act of naming it is stipulated the salary of one classified in a certain function, respectively the disposition of the mayor or president of the county council. But, as the local council or county council approves the creation of this function, it should be determined by decision the quantum of this salary. But this must be correlated to the stipulation of the well contested unitary remuneration law. This, for the activity he executes, the salary of the public administrator is done through a salary stated by law no. 330/2009 regarding the unitary remuneration of the personnel paid out of public funds.

In practice, the most frequent attributions and responsibilities of a public administrator include: daily supervise of the departments of city hall and of their leaders, giving pertinent advise in the different matters of interest for the council, meeting with the citizens or with citizen organized groups for a better understanding of the problems that preoccupy them, ensuring a leadership that sustains better performance from workers and clerks of the institution and in general the normal ensuring of development efficiency for the activities at the level of city hall or of the county council, realized based a deepened understanding of the way they function.

In a study that was the basis of a possible statute there has been realized a so called profile of the public administrator:

- vision over making the administrative act efficient;

⁴ Dana Apostol Tofan, *Administrative Law*, (Bucharest: C.H.Beck Publishing House, 2007), 297

- oriented to results based thorough planning and prioritizing;
- oriented to identifying and implementing solutions;
- proactive, responsible, creative and innovative personality;
- will to self-perfect;
- critical and analytic thinking;
- capacity to evaluate risks;
- capacity to establish efficient professional relations;
- communication abilities, including mediation and negotiation;
- capacity to efficiently work in teams;
- flexible and adapting to the specific of the institutions.

The *inter-communitarian development associations* can decide and designate a public administrator for managing the general interest services that make the object of the association (art.114, par.1 from law no.215/2001, republished). The associations of inter-communitarian development, defined by art.1, par.2, letter c, of the law of local public administration represent “structures of cooperation cu juridical personality, of private law, created, in the conditions of the law, by administrative-territorial units for commonly creating some development projects of zonal or regional interest or by commonly supplying some public services”.

The juridical statuses of these associations are found in dispositions of art.12 and 13 of law no. 215/2001 and consist of the following aspects:

- *financing* is done *by contributions from local budgets* of the administrative-territorial member units

- the *Government must support* the associating of the administrative territorial units *through national programs of development*, that are annually financed through the state budget and are foreseen distinctly in the budget of the Ministry of Administration and Interior.

- *The leadership* of the associations is done *by an administrative council* made out of representatives of the component administrative-territorial units, designated by the local or county council, and also at the proposal of local or county councilors by case.

- For *realizing it's own objectives*, the administration council can create a *technical structure*, financed out of the resources of the inter-communitarian development association.

- *Organizing and means of functioning for the administration council and for the technical structure* are stated by the establishment document and by the statute of the inter-communitarian development association, approved by the decision of the local respectively county councils.

The recruiting, the naming and the dismissing from function of the public administrator of the inter-communitarian development associations is done based on a specific procedure by their administrative councils and are approved by decision of the respective local or county councils (art.114, par.2).

It can be observed, that in this situation, as in the case of the local and county councils, the creation of this function at the level of the associations is possible, but not mandatory. The competence detained by the public administrator will consist exclusively in managing the public services that make the object of associating.

We will not find, as in the situation of the public administrator at the level of the administrative-territorial unit the difference between the one that proposes and the one that decides the creation of this function, because the administration councils decide if and how they will name a public administrator, respectively how they will handle the recruiting naming and dismissing out of function.

A discussion would take place also in the case of the personality detained by these associations. Being constituted out of administrative-territorial units, would be indicated that the juridical personality to be detained by public law, because their declared purpose, stated in art.2 of law no. 215/2001 is “commonly realizing some zonal or regional development projects or to commonly supply some public services”.

The practical utility of the institution of public administrator has recorded, over time, an ascending evolution in states on the European continent, but also in Western Europe.

The first “city manager” was designated in Staunton, Virginia (USA), in 1908, this institution functioning even today, fact that demonstrates its uncontested success in this town. Furthermore, as consequence of the often use of the city manager institution, organizations such as the International City/County Management Association (ICMA)⁵, realize, with the help of the Initiative of the Local Management System, division of ICMA, a database, that offers information that result from the experience in exerting these functions in other counties, to serve as a guide of the local governing in countries in Central and Eastern Europe. One of the main objectives of this initiative is that of improving the capacity and professionalism of the local governing (management) through the exchange of information and experiences, and also by coordinating reform activities.

Conclusions

Based on those presented above, we consider that the public administrator is an innovation in the local government of our country. After the amendments made by Law no. 215/2001 to Law no. 286/2006, it was necessary to occur a legislative act regulating the procedure and the legal status of the public administrative, so that enshrined the function is not only sufficient, but there are also necessary some clear and precise regulatory parts.

Maybe the public administrator considered as *a clerk with a special status*? Analyzing Law no.215/2001, republished, which outlines the regulatory framework governing public office administrator with those of the Law no.188/1999, republished, regarding the status of the civil servants, we can conclude that the public administrator of the communes and cities represents a special category of clerks, appointed through contest, which operates under a management contract concluded with the mayor, county council president, respectively, contract under which exercises powers to coordinate the specialty structure organization or public services of local interest. In addition, if the mayor or county council president considers it necessary, may delegate the quality of main credit coordinator.

A first aspect is to entrust to someone else, in this case to the public administrator, certain powers of the mayor, of the county council president, respectively, which reflect the content of local autonomy, which is contrary to the law. Direct election by the single vote of the mayor or of the county council president is made by electors considering the qualities and capabilities they have or have shown, such as they themselves must perform their duties established by law, and not by the public administrator.⁶

The natural question arises: what still keeps the mayor or the county council president when some duties go to the public administrator, and which are the limits of entrusting those duties?

Another aspect is the fact that once the legislature has introduced a new feature in the landscape of local administrative authorities, would have provided not only that it will be occupied by the contest, but also some procedural aspects of the competition. In addition, there would have provided specific conditions of employment of this function, what studies are required, or there is a required age.

The fact that the establishment of these conditions is left to the local or county council, which determine the decisions of all these issues is a special case in the natural course of things. In the art.108 par.2 from Romania’s Constitution, provides that “enforcement of laws is made by government decision”, not by local or county decisions.

⁵ International City/County Management Association (ICMA). 2010: Local governments that are professionally managed lead to better communities, <http://www.icma.org>

⁶ Rodica Narcisa Petrescu, *Administrative Law*, (Bucharest: Hamangiu Publishing House, 2009), 228

However, in the support of this solution can be invoked the idea of decentralization, the deepening of the decentralization and local autonomy, because the powers of the local authorities in taking decisions regarding the local interest, increase. This can be classified as fixed by the doctrine as „excessive forms of expressions of local autonomy”.

References

1. Dana Apostol Tofan, *Administrative Law*, (Bucharest: C.H.Beck Publishing House, 2007), 297
2. Daniela Ciochină Bakîrci, “The Public Administrator. A juridical anti-constitutional and artificial construction ”, *The Public Law Magazine* 3 (2006): 57-59
3. Rodica Narcisa Petrescu, *Administrative Law*, (Bucharest: Hamangiu Publishing House, 2009), 228
4. International City/County Management Association (ICMA). 2010: Local governments that are professionally managed lead to better communities, <http://www.icma.org>

VIOLENCE IN SPORT

Maria LULESCU*

Abstract

The proposed scientific theme is going to approach and study: (1)- violence in contemporary society, in Romanian football either on pitches or among the attendees; (2)- the relationship between violence and aggressiveness and hooliganism phenomena will be discussed too; (3)- moreover, the impact of physical education on young generation from social point of view; (4)- the moral values of a football match; (5)- i.e. about what fair-play means will be studied. All these themes are going to represent a study focused on violence on the Romanian stadiums, in order to deconstruct the real causes of the phenomena and its deep roots, where it goes and how we can control and fight against it.

Keywords: *violence in sport, aggression in sport, hooliganism, school physical education, fair- play.*

Introduction

We all are aware what violence means, as is not possible not to have heard through mass media channels, or not to have ever been taken part to a violent incident. Unfortunately, in Romania the phenomena is more and more frequently present in sport, especially during football matches and on pitches.

I have focused my attention in order to have the answer to the question: “Why there is violence inside the sport grounds?”

My aim has been to find an answer to this question from a supporter point of view as well, as it is really frustrating to give up a civilized lifestyle because you are afraid that something wrong might happen to you. You cannot go to attend a sport event, to support and encourage your favourite team because you are afraid that you might be injured and became a casualty.

In a democratic society, very enthusiastic fans attend many times extremely vigorous matches where ambitions and conceitedness transform players into real gladiators in the football temple. The show fulfillment seethes with pride in the veins of king sport lovers, but when the result is not the one expected burst violence (“The Referee” Technical Bulletin, no 3-4, 2007, p.10). We are getting used to borrowing from other countries anything, but not always this is beneficial.

Violence on Romanian stadiums has reached alarming rates leading towards a very rude language, amongst teenagers too, and a very vulgar behaviour.

1. VIOLENCE IN CONTEMPORARY SOCIETY

Violence has always been a study phenomenon for researchers in various areas, who have tried to find answers to those problems that the behaviour implies, especially in conditions when its manifestations are multiplied and became a common manifestation in society.

Thus, Jean Marie Domenach defined violence seen through three main aspects (Ecaterina Balica, 208, p. 26):

1. From psychological point of view violence represents the explosion of a force having uncontrollable, often deadly aspect;

2. Morally, violence is an attempt to another person's belongings and liberty;

3. Politically, violence means to use force in order to obtain power or to detour it for personal and fraudulent purposes.

* Assistant, Ph.D. candidate, „Nicolae Titulescu” University (e-mail: marialulescu@gmail.com).

There are difficulties when defining deeds as violent, not only because they are determined by the variety of violence and crimes forms in different societies, but also by the different forms of condemning and punishment, and especially because violence covers, most of the time a large area of individual and social behaviour related to their own etiology.

Moreover, defining and appreciating violence is made according to some historical, cultural and normative conditions, related to social order at a given time in a particular society. This appreciation is influenced not only by social and political interests, but also by some subjective and occasional criteria which are spatial and temporal related from a society to another and from a period of time to another.

By definition, the society is represented by the population living at a certain time and connected through economical relationships, which interacts and develops relationships based on existent social norms. These people have duties and responsibilities which they assume or not. An instable economic situation and fragile relationships, as they are nowadays in Romania and worldwide, could contribute to a growing number of violent manifestations. Either we hear about violent acts on the radio on our way to work, or while we are watching television, we are informed about a growing wave of violence in all its aspects: prostitution, blackmailing, bribery, robbery, burglary and we realise that violence has reached every socio-professional category.

There is a difference between violence and aggressiveness. Violence appears as a result of socialization and people interaction with their social environment, while the aggressiveness is innate.

Violence phenomena have been present during history, but despite the fact that institutions specialised in controlling antisocial deeds and criminality have intensified their activity, we notice that there are more and more aggressive and violent manifestations not only in daily life but also in economic and banking domain, through fraud, blackmail, bribery and corruption. In this age named 'speed age' we deal with a stressed society, restless which has lost the sense of cultural and moral values, but not the one of material values. A big interest in material values has been always present, and because of it, nowadays, in Romania there are two social categories: a rich one and a poor one. The wealthy people bend the social norms and do not pay for their mistakes and the poor people most of the time become victims in the society.

For example, in schools, children with a very good financial support impose themselves through aggressiveness, as their parents have never had enough time to give them background education (what we call the seven years spent home, childhood where most of behavior norms are acquired), being preoccupied by material gatherings. Children coming from poor families or middle class are forced to endure and many times are traumatised. There are a growing number of cases in Romania, especially in poor families, where parents leave the children and go to work abroad in order to offer their children a better life. Children are left under grandparents, neighbours or friends supervision. Even worse there are cases when children remain alone without any support and unattended and this is happening nowadays in Romania 2009. Childhood traumas leave deep tracks on child and later adult life.

2. TYPES OF VIOLENCE MANIFESTATION IN CONTEMPORANEOUSNESS

Regarding the types of violence we have considered a classification made by Jean Claude Chesnais, who has identified three types of violence: the physical, the economical and the moral one (Gilles Ferreol and Adrian Neculau, p.122).

• **Physical violence** is the hard core of violence, where the most serious deeds are included: voluntary murder or murder tentative, rapes, hard voluntary hits and wounds, robberies, injuries, mugginess. Physical violence is violence in real sense, the only measurable violence, a direct corporal prejudice on a person. It had a three time's character: brutal, external and painful. What defines it is the fact that force is used (J.C. Chesnais, 1981, p182 apud Gilles Ferreol Adrian

Neculau, pag 122);

- **Economical violence** is that one which affects material goods (destructions, and goods damaging). Violence is mainly a prejudice against physical autonomy of a person (J.C. Chesnais, 1981, p. 32 apud Gilles Ferreol and Adrian Neculau, p. 123);

- **Moral violence** or symbolic is an intellectual concept which drives to authority, to the way the dominating rapports are settled. Talking about moral, violence is a language abuse characteristic to some western intellectuals, too comfortable installed in life to know the dark world of crime and misery. (J.C. Chesnais, 1981, p. 32 apud Gilles Ferreol and Adrian Neculau, p 123);

The professor Adrian Nicolau discusses about the different types of manifestation phenomenon and identifies the following types of violence:

- **Violence against himself – self violence**, intrapersonal is that one where someone cause harm and self –injury; for example: people discontent with themselves, who commit suicide;
- **Interpersonal violence**, against another person;
- **Violence in group**, different ways of manifestation. There are people whose main aim is to destroy the group, and have a real pleasure to humiliate the others;
- **Collective violence** manifested at demonstrations and on stadiums. (www.supliment.polirom.ro/interviu)

The classification of types of violence made by the contemporary author ms Ecaterina Balica is in agreement with nowadays reality. The author has presented the violence categories defined at the moment. (Ecaterina Balica, 2008, p. 30)

1. Anomic violence

Under Raymond Boudon and Francois Bourricaud vision, anomic violence represents “a result of proliferation of aggressive relationships in abnormal areas of a society”. The forms of anomic violence are given by the juridical, political and moral anomie. Juridical anomie promotes aggression against a person and his or her belongings as a result of weakened of legal norms. Political anomie is simultaneous with a generalized insecurity, which implies an increasing number of self-defense actions and requires reprimand institutions. Juridical anomie combined with the political one led to extraordinary situations setting up. Moral anomie destroys the individual respect for law and customary law and invites to a sort of generalised “save whoever can” (Raymond Boudon, Francis Bourricaud, 2004, p.672).

In the authors opinion there are two situations where the violence is manifested in different aspects:

- **Totalitarianism** defined by decentralized violence “performed by the society upon its own members in order to repress some preferences (verbal and nonverbal)” (Raymond Boudon, Francois Bourricaud, 2004, p. 675).

- **War** characterized by organized violence “as war represents an exercise planned and guided, and its strategists do not have as a main purpose to kill but to defeat political will of the opponent, to destroy him not as a human being but as a political person” (Raymond Boudon, Francois Bourricaud, 2004, p. 678).

2. Conflictual violence and predatory violence

Criminologist Maurice Cusson defines the two aspects of violence considering the following states: presence/absence of interpersonal relationships prior conflict, conflict existence or nonexistence, physical and social proximity and roles distribution during aggression.

According to the Canadian criminologist, conflictual violence implies previous interpersonal relationships between the aggressor and its victim (i.e. conjugal murders), while in the case of predatory violence there are no relationships between the persons implied in aggression (for example murdering someone in order to steal). Conflictual violence requires the existence of a conflict understood as “a disagreement between two groups and is ended as hostilities exchanges” (Maurice Cusson, 1998, pp. 22-35).

3. Physical, psychological and verbal violence

Physical violence, in Welzer – Lang opinion is represented by “all any physical prejudice brought to other person’s body” (Daniel Welzer – Lang, p. 64, available at <http://tahin-party.org/textes/impp50-85.pdf>).

Psychological violence is considered by author to include “any action that brings prejudice to psychical and mental integrity of any other person: self-esteem, confidence, personal identity”. (Daniel Welzer – Lang, p. 66, available at <http://tahin-party.org/textes/impp50-85.pdf>).

In this category there are: verbal offences, ungrounded criticism, threatening to leave, excessive control of the victim” (Daniel Welzer – Lang, p. 67, available at <http://tahin-party.org/textes/impp50-85.pdf>).

Verbal violence is expressed by “verbal flow, violence and pitch of voice, crisis, everything related to the way of communication” (Daniel Welzer – Lang, p. 67, available at <http://tahin-party.org/textes/impp50-85.pdf>).

This implies quarrels between partners, “authoritative voice used to ask anything, interrupting the partner and reproaching, avoiding some subjects, refusing to listen or answer, using frequent injuries during communication” (Daniel Welzer – Lang, p. 68, available at <http://tahin-party.org/textes/impp50-85.pdf>).

4. Sexual violence

World Health Organisation defines sexual violence as “any sexual act, tentative to have a sexual intercourse, comments or attempts, deeds that implies activities against a person sexuality using force and performed by a someone no matter his/her relationships with the victim, without being restricted to workplace or place of residence” (Etienne G. Krug, Linda L. Dahlberg, James A. Mercy, Anthony Zwi, Raphael L. Ascenio, p. 165).

5. Financial violence

Noel Flageul is the one who supports the idea of violence existing in financial domain considering “activities based on force or aggression which affect persons and material goods” (A. Neculau, 2003, p. 270). Talking about financial violence he considers especially “money laundering, forging credit cards, fictitious booking –financial activities, bribing or funding through illegal actions political parties activities” (A. Necula, 2003, p. 263-271). Thus, violence takes the form of “lack of balance determined in real economy, taking in account the more and more closed links between states and globalization” (A. Neculau, 2003, p. 263).

6. Criminal violence

Canadian criminologists Jean Proulx, Maurice Cusson and Marc Ouimet include in this type of violence “law forbidden and punishable actions, liable to undergo a penal sanction” (Jean Proulx, Maurice Cusson and Marc Ouimet, 1999, p.3). In this category murders, sexual aggression, robbery, harming and physical injuries are included (Ecaterina Balica, 2008, p. 35)

Mihai Ralea, who has approached the violence phenomenon since 1931 supports the idea that the violence is manifested in large groups and is formed through contamination, meaning that once in a group, people, even those very reasonable and rational, lose their control. This phenomenon is known as contagious and anyone can be affected.

Very often there are on stadiums people who swears and are violent, but in their daily life are model of politeness and respectfulness. (www.supliment.polirom.ro/interviu)

3. VIOLENCE IN SPORT – Social phenomenon

Lately, regarding Romanian football, considered ‘king of sports’, unfortunately violence cannot be controlled any more; it has not been discovered that miraculous potion to eradicate it. On a contrary, such type of behavior is mediated through various investigations realized by the National Anti-Corruption Department at the Romanian Football Federation.

Even the idea that there might be corrupted umpires among those who run the opposite team seems to encourage violence.

Lately, more often slogans such as “May National Anticorruption Department come to you”, or “To jail with you” addressed to referees are heard. Unfortunately, the fans think they can behave without any restriction on the stadium, without thinking of consequences. They become immoral and break loose, most of the time their violence bringing more and more violence. Actions, such as bribery, vulgar language, blackmailing – which belongs to violence, but also destructions of stadium’s goods, pollution, aggressive behavior, all these definitely represent a “cancer” for Romanian sport. We have made such comparison because we still have not succeeded to cure our society of this phenomenon, and such behavior represents a real lack of morality.

Pierre de Coubertin stated that “sport can stir up the noblest feelings, but also the meanest ones too. It can bring up such honesty and sacrifice, but also lies and greediness; it may be correct and corrupted, human and fierce” (Sorin Tudor Maxim et al, 2006, p. 139).

“*Violence in Sport*” (Orin-Tudor Maxim and all, 2006), is the book which broadly discusses this phenomenon and from where we have taken the following statements regarding violence:

- *Brutality which defines some sports where the victory is obtained through eliminating the opponent in total compliance with regulations;*
- *Brutality present in some sportspeople behavior against their competitors as a bullying method, to diminish their physical potential in order to gain advantage against regulations, avoiding them when the referees or other officials are not alert enough;*
- *Insulting words against opponents, fights between sportsmen and spectators, sportsmen and referees, spectators and referees (Sorin-Tudor Maxim et al, 2006, p.140).*

3.1 The difference between Violence and Aggressiveness

Septimiu Chelcea (2006, p.89) has reached the following conclusions regarding aggressiveness:

- It is a deliberated behavior, verbal or actionable;
- It is an offensive behavior, not a defensive one;
- Its main aim is to produce physical, moral and/or material prejudices to someone who intend to avoid this sort of behavior.

We have quoted the socio-psychologist Septimiu Chelcea, as I consider that these conclusions are comprehensive and they help us to make the difference between aggressiveness and violence:

“*An opposition is set up between violence as an innate survival instinct, primary and universal and aggressiveness. Violence is founding and structured, while aggressiveness is pathological from the individual equilibrium point of view.*” (Gilles Ferreol and Adrian Neculau, p.37).

Aggressiveness is generally unleashed when frustration is at the very high rates, as Sigmund Freud states in his work about frustration:

“An aggression is always the follow up of a frustration and this one always trigs an aggressive behavior. Aggressions bring swift and sometimes spectacular changes and are sometimes performed in some cases of deviance.” (Gilles Ferreol and Adrian Neculau, p.37)

Every person goes through a social process, takes part actively, and pass throught continuous changes. The process is called socialization and represents a continuous process which contributes to personality development.

Personality is formed together with person development and is defined by sociologists as “socio-cultural manifestation of human individuality”. (“Dictionary of sociology” coord C.Z Zamir, L. Vlasceanu)

Thus, those who display aggressiveness, do not have personality, and are frustrated. In sport, frustration is especially determined by the conception that the society is to be blamed for they unsuccessful life.

3.2 Hooliganism – Social phenomenon

Hooliganism is an often encountered phenomenon nowadays. It started in United Kingdom in 60s-70s, where football is supposed to have been invented. Hooliganism mainly refers to unruly and destructive behaviour. Such behaviour is commonly associated with sports fans, particularly supporters of football teams, usually opponents.

Rivalries in the field generally cause greater rivalry outside of it, where each club hooligans gather to fight. Without any doubt, this is a bad thing, a brutal attitude, maybe a way to externalize the frustration, which, unfortunately, Romania has taken over. Dougie Brimson, in his book *‘Barmy Army’* mentions that he has met all kind of people, doctors, lawyers, taxi drivers, journalists, even policemen who behaved as hooligans. He believes that behaving as a hooligan, some people think that they can get rid of all their problems. You can throw all your frustrations in a battle against rival groups. Clans have names, meetings, even history. For example, *‘The headhunters’*, Chelsea hooligans, are the oldest and the best known in English football and worldwide. They meet before any match, establish routes and trains, and plan everything for the event.

Any time things can end up very sad for those involved in an event, and they know that, so they try to do all to make it perfect. Once entered in such a group, life is not safe anymore.

The real reason of such behavior cannot be established. Some of them are not even fans of those teams. For them, a t-shirt having the star of the team does not mean more than the blood on the face of an opponent. Everything is just a game for them. And more dangerous is the fact that in this game you can die in enemy’s arms after the fight. This does not mean that they do not want to stop. If a group is beaten black and blue, it will not go to police. It will fight for revenge next time.

In United Kingdom hooliganism can be compared with drunk driving. Some people have done it, or they know someone who has done it, but they do not take any measures to stop this. The same approach has the hooliganism phenomenon. If someone is caught, does not say that he is an offender, but it was just bad luck.

Even more, they do not consider that what they do is an offence. In reality, hooliganism is nothing else but a more dangerous offence than driving after drinking alcohol.

Hooliganism is also called English disease. It is admitted that in United Kingdom has started, but unfortunately Romania has taken over. Uneducated people, who do not know football as a sport and legislation are part of hooligans groups. One of the reason for which they most of the time attack inoffensive persons, many times reaching criminality limits, is the fact that they want to be noticed, to get attention and get out of the crowd. For a while, there are not so many casualties, but we are not far away from England. Let us not mistakenly consider a supporter with a hooligan.

A supporter, a fan is the person who comes to a match after he has bought a ticket, has a favourite team and wears its uniforms and colours and supports it; a hooligan is a ruffian who arrives at the stadium without knowing too much about the event, but rebellious and aggressive, manifesting violent behaviour, transforming it sometimes in fatal gestures.

In my opinion, in order to fight against this phenomenon we have to start with children. If young people were educated accordingly, with clear explanations regarding the negative aspects of such manifestations, the phenomenon would fade away in time. Educating young generation against the phenomenon and protecting from the 'virus' the number of hooligans will be diminished and their groups will be shrinking. The problem cannot be solved as a mathematical one, on the spot, using a formula, but using all methods police has at hand.

3.3 Physical Education in school – Social importance

I have brought up the importance of education because this represents the most important factor which could control the appearance of violent behavior on stadiums.

A person's background is established in his childhood when family bounds and school have a major contribution in his education. They prepare the child for future, building his personality and preparing to become a social person. Teachers are those who offer to their students the necessary knowledge to prepare them for life as coaches train the sportsmen for great performances.

Why people, who practiced sports in their childhood, even great sportsmen with outstanding results in competitions, have a strong personality and healthy life principles? The answer to such question is obvious: they have been educated for competition.

Sport means ambition, fight, physical and mental strength, perseverance and achievement, optimism and health, as in the famous Latin saying "*mens sana in corpore sano*", Healthy mind in a healthy body. Any sportsman should be able to receive victory and defeat all the same.

Unfortunately, nowadays there is no more teachers' authority on their pupils. In many cases mass media has presented cases of teachers bullied by their students during class hours. It seems that in Romania, violence is present since high school. Physical education lessons have been transformed into lesson where class master discuss students' problems and organizational activities.

Thus, without any trace of physical education, there is no team spirit, organisational and initiative ideas, ambition and determination, consistency, punctuality; there is in change selfishness and individualism which have replaced selflessness.

Physical education contributes to a harmonious body development, health strengthen and not the least physical qualities development (Cretu, 1999, Jinga&Istrate, 1998).

Actually, this is the first "way of educating" which really influences the whole body. Physical education aims to the biologic side of human and its social frame all alike.

This is the action which concerns all human ages answering to both necessities:

- Individual
- Social

And affects:

- Health condition of human body
- Its normal development
- Extending human lifespan

Among all values of a society, biologic health is one of the most important values, a vital one in agreement with nature health and human mental health. Through this double necessity, physical and sports education is hereditary and ambient conditioned.

The aim of physical education is (Jinga&Istrate, 1998, Cretu, 1999, Nicola, 1994)

- Health strengthens and body hardening;
- Forming and developing basic movement abilities – helps movement quality improvement and ability to work;
- Forming and developing willing and character features; the sense of justice, courage, self control, honesty; on the whole moral qualities;
- Forming and developing hygienic and sanitary habits.

3.4 Fair-play

Fair play represents another type of sports education and is present in any area of activity. The background of this type of education should be laid starting from school. The sportsmen are taught to play after the rules of a game. Thus, the concept of fair play is part of education system; football has become a business, where big amounts of money are involved, and the players represent an investment.

“Fair play does not mean only playing by the rules, but outline the sportsman attitude: esteem for the opponent and consideration for his physical and psychic integrity. We can say that a sportsman behaves in the spirit of fair play as long as he cares for the others too” (Excerpt from International Committee Declaration for Fair Play.”
http://www.dadalos.org/frieden_rom/grundkurs_5fair_play.htm)

Fair play means to obey rules, to renounce to undeserved advantages, equality of chances, preventative behaviour, respecting the opponents and accepting the others. Fair play as a fundamental sportive and moral attitude is endangered nowadays, not only in sport but also in other areas of social life. We have to consider the fact that fair play offers real possibilities for a better orientation in a very competitive world.

I am going to present the 10 principles of fair play education, as these are the moral values which society should respect in any moment of life:
http://www.dadalos.org/frieden_rom/grundkurs_5/fair_play.htm)

1. Fair play is a human attitude manifestation, which expresses behaviour full of self esteem respect for the others and environment.

2. Fair play is the essential quality which should define human relationships. Appeals, interdictions or punishments are methods not good enough to impose it on a larger scale and longer time. That is way, the chosen methods should be very efficient.

3. Fair play attitude requires certain qualities. Carefulness, honesty, self esteem, respect, the attitude when loosing and empathy are essential qualities, which have to be promoted and developed. In order to learn to become a moral person someone has to work continuously to his own personality. The fair play behaviour cannot be taught, eventually it has to be lived and learnt.

4. These qualities are promoted in a didactic environment, which leaves room to fellowship, openness to others and understanding.

5. The principle of success expressed in competitive terms, victory and defeating, should be devoid by callousness. Well being, collective playing, the experience of the game in itself, its quality as well as its internal life should be the purpose; they must always be emphasised and enriched.

6. Not only what we do is important, but also how we do it.

7. We are the models - not our words, but the way we behave with our children and the way we solve the conflicts gives us credibility.

8. Moral attitude should always have as fundamental principles autonomy and responsibility. In this respect situations should be created to help pupils to learn easier during lessons or when

formal in informal rules are established.

9. The ability to tackle and solve conflicts should be stimulated earlier. Conflicts should not be considered only a negative aspect; they may and should be perceived as opportunities for change and developments, and a chance to work more on the fair play issues.

10. Another aim of education in the fair play atmosphere should be introducing less referees instead of more. A referee should be in anyone of us. The following quote is relevant for this statement: "Anyone is alert not to be cheated by his neighbour. A day will come when a man will take care not to deceive his neighbour."

4. VIOLENCE ON ROMANIAN STADIUMS IN COMPETITION SEASON 2008/2010

In this chapter we are going to study three violent and hooligan manifestations that took place on the stadiums in Bucharest, and represented a real social danger. A few supporters unravelled their cause: excessive alcohol consume, rivalry between supporters, malicious statements towards some football club officials, incidents magnified by mass media, and not the last the influence of hooliganism phenomenon from United Kingdom.

A. Steaua Bucharest – Dinamo Bucharest 24.11.2008

The match STEAUA Bucharest – DINAMO Bucharest, moved from the stadium directly on streets. Near Ghencea stadium a group of 150 fans went violent, throwing stones towards the buses parked on the proximity. Police soldier intervened promptly to reinstate the order, but the supporters continued to throw stones, this time towards the police car. The vehicle belonging to Directorate of General Gendarmery - Bucharest Municipality was badly damaged, its windscreen and a headlight broken and bonnet destroyed. The people involved were brought back to order after police intervention and later many people were arrested.

After the event, the team supporters have been penalised, 65 punitive sanctions, 5 files accusing 12 people for outrage offence, destruction, possession of pyrotechnic and explosive materials.

Romanian Football Federation decided to penalize the two clubs, Dinamo with an amount of 35 000ron and Steaua with 30 000.

B. Rapid Bucharest – Steaua Bucharest (19.03.2008)

The most mediated match of the season 2008/2009 was so called case "cigarette lighter" happened between RAPID Bucharest team –STEAUA Bucharest, when the game was suspended, after the referee was hit with a lighter in the head. Other objects were thrown from the stand, and it was the referee decision to stop the match. According to the Directorate of General Romanian Gendarmerie the referee's decision was discussed in press and television and critics were stated regarding:

- The way in which fans' action can influence the result of the team they support;
- Applying punishments according to regulation by an umpire as a result of an incident provoked by supporters, decision agreed and supported by the Romanian Football Federation.

From the documents offered by Professional Football League material regarding the case, it is clear that the representatives of Gendarmerie could not find the person who committed that thoughtfulness action. Four people were penalised for throwing objects, but it was not possible to establish whether one of these persons could have been guilty of throwing the cigarette lighter into referee's head.

- The bodyguards, employed by a guard company, were closed to the place where it was supposed that the cigarette lighter was thrown ; it was an obvious lack of professionalism;
- There was no video monitoring inside the stadium to allow antisocial deeds registration, as it seems that this kind of people are not for the first time guilty.

After this incident Football Romanian Federation decided that organising clubs must “assure that there is video surveillance of the supporters on the stadium throughout the match and also in gates area during spectators’ entrance and exit – compulsory decisions from 1.07.2009 (Status and Regulations, RFF 2009, p. 123).

Rapid Club did not obey the Regulation for Organizing Footballer Activity (ROAF) and Romanian Football Federation decided to penalise the team considering that the team lost the match (0-3), the next two matches to be played without spectators and also a penalty fine of 53000 ron.

C. Dinamo Bucharest – Steaua Bucharest (04.05.2009)

DINAMO Bucharest – STEAUA Bucharest, is a football match which any lover of the king sport cannot miss. Known as “the dogs from Stefan cel Mare”, Dinamo team supporters were very inventive and tried to introduce pyrotechnic substances on the stadium.

They wanted to use petards hidden in “Bake Rolls” toast bags. Not all of the supported who had that kind of materials were discovered and in the first half they displayed a banner with the slogan “Justice” and at the same time they lit torches.

Conclusions

Why is there violence? Who are those who embrace an aggressive behaviour on the stadium? What are reasons for such behaviour? What are the reasons people do not give up this kind of behaviour? Would we eventually discover the solution to fight against violence?

I have succeeded to find out little parts of answer for each question, these representing the targets of the theme I have chosen for my doctoral thesis.

Once a social phenomenon, violence involves many institutions which are struggling to stop it. For example, the football events from 2007/2008 championship were analysed by the General Inspectorate Romanian Gendarmerie, General Inspectorate of Romanian Policy, by the President of Romanian Football Federation and the President of Professional Football League. Useless the institutions are trying to fight against violence because a decisive factor in appearance and development of the phenomenon is represented by mass media attitude. The numerous TV channels, newspapers and radio news with breaking news, do not do anything else but distort the truth and influencing children education giving room for distorted behavior.

I have studied the law no 4 from 2008 regarding preventing and controlling violence in competitions and any sports event. The law should improved as it has brought important changes at procedural and institutional level, and at the same time impose a style over supporters’ behavior at sports events provoking a contrary result.

In conclusion, there is a great demand for a greater implication and corroboration of specialists and authorities in order to combat this ‘virus’ and to reinstate order and civic spirit on Romanian stadiums.

References

1. Balica, Ecaterina, „ Criminalitatea Violentă.Tendințe și factori de risc”, Ed. Oscar Print,2008
2. Boncu, □tefan, „ Devianța tolerantă”, Editura Universității „ Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2000
3. Boudon, Raymond, Bourricard Francois, „ Dictionaire critique de la sociologie”,ediția a-7-a, 2004
4. Chelcea, Septimiu, „ Metodologia cercetării sociologice, Metode cantitative și calitative” Editia a-2-a, București, Editura Economică, 2001
5. Crețu, Carmen, „Teoria curriculum-ului și conținuturile educaționale”, Editura Universității “Al.I.Cuza”, Iași,1999

6. Cusson, Maurice, „Criminologie actuelle”, 1998
7. Etienne G. Krug, Linda L. Dahlberg, James A. Mercy, Anthony Zwy, Raphael Ascenio
articolul „The world report on violence and health” disponibil la (www.lancet.com);
8. Ferreol, Gilles și Neculae, Adrian, „Violența. Aspecte psihosociale”, Ed. Polirom, Iași, 2003
9. Jinga, Ioan, Istrate, Elena, ”Manual de pedagogie”, Editura All, București 1998
10. Le Bon, Gustave, „Psihologia mulțimilor”, Editura Anim
11. Maxim, Sorin- Tudor, Dascălu, Ioan Dan, Popoveniuc, Bogdan, Ionescu, Eusebiu,
„Violența în sport”, Editura Universității din Suceava 2006
12. Neculau, Adrian (coord.), „Manual de psihologie socială”, Ed. Polirom, Iași, 2003
13. Vlăsceanu, Lazăr, Zamfir, Cătălin, ”Dicționar de sociologie” disponibil la
(<http://www.dictsociologie.netfirms.com/>);
14. www.frf.ro
15. www.onlinesport.ro
16. www.romanianultras.ro
17. www.supliment.polirom.ro/interviu
18. <http://tahin-party.org/textes/impp50-85.pdf>
19. http://www.dadalos.org/frieden_rom/grundkurs_5/fair_play.htm

VIOLENȚA ÎN SPORT

Maria LULESCU*

Abstract

Prin tema științifică propusă, se vor aborda și interpreta: (1)- violența în societatea contemporană; (2)- se va discuta despre violența în sport, în fotbalul românesc, în timpul unui meci de fotbal; (3)- vom discuta și despre relația dintre violență și agresivitate, despre fenomenul Huliganism; (4)- vom discuta și despre rolul educației fizice asupra tinerei generații și din punct de vedere social; (5)- despre valorile morale ale unui meci de fotbal respectiv despre semnificația fair-play-ului. Toate acestea se vor discuta pe baza unui studiu centrat pe violență de pe stadioanele din România, urmărind cauzele nașterii acestui fenomen, încotro se îndreaptă și cum putem combate acest fenomen.

Cuvinte-cheie: *Violența în sport, Agresivitatea în sport, Huliganism-ul, Educația Fizică școlară, Fair- Play-ul.*

Introducere

Știm cu toții ce reprezintă violența deoarece este imposibil să nu fi auzit prin mijloace mass-media, sau să nu fi participat vreodată la un asemenea incident. Din păcate în România fenomenul violenței este tot mai frecvent, și din ce în ce mai prezent în sport, în fotbal și respectiv pe stadioane. Astfel că mi-am îndreptat atenția asupra obținerii unui răspuns la întrebarea: "De ce există violență în incinta stadioanelor?" Mi-am propus să găsesc răspuns acestei întrebări gândindu-mă și în calitate de supporter, deoarece este dureros să renunți la un mod de viață civilizat de frică să nu ți se întâmple ceva rău. Nu poți merge pe stadion să-ți încurajezi echipa favorită de teamă că oricând poți fi chiar tu o victimă. Într-un stat democratic, supporterii asistă adesea cu suflul la gură la partide de neprevăzut, în care ambiții și orgolii ce fac din jucători adevărați gladiatori în templul fotbalului. Satisfacția spectacolului clocotește tumultos în venele iubitorilor sportului rege, dar în momentul în care rezultatul este nesatisfăcător se descătușează violența („ARBITRUL” Buletin Tehnic, nr.3-4, 2007, pag 10). Ne-am obișnuit să împrumutăm tot ceea ce se poate lua de la alte state, dar de cele mai multe ori nu rezultă a fi benefic. Însă violența pe stadioane a atins cote alarmante în România în ultimii ani, ducând la un limbaj trivial, nociv chiar pentru tinerele generații, și la comportamente primitive.

1. VIOLENȚA ȘI SOCIETATEA CONTEMPORANĂ

Violența a constituit o temă de interes pentru specialiști din diverse domenii, care au încercat să găsească răspunsuri la probleme pe care acest fenomen le ridică în condițiile în care formele lui de manifestare se multiplicau și deveneau tot mai prezente la nivelul societății.

Astfel că Jean Marie Domenach a definit violența prin prisma a trei aspecte (Ecaterina Balica, 2008, pag 26): 1. „ violența reprezintă explozia unei forțe care îmbracă un aspect controlabil și adesea devine mortală” (aspect psihologic); 2. „ violența este un atentat la bunurile și libertatea unei alte persoane” (aspect moral); 3. „ violența înseamnă utilizarea forței pentru a obține puterea sau pentru a deturna în scopuri ilicite” (aspect politic).

Dificultățile întâmpinate în definirea actelor comise prin violență sunt determinate atât de varietatea formelor de violență și crimă violentă întâlnite în diverse societăți cât și de diferențele în

* Asist.univ.dr.d., Universitatea „Nicolae Titulescu” (e-mail: marialulescu@gmail.com).

cea ce privește sancționarea și pedepsirea acestora, mai ales că, de multe ori, violența acoperă o gamă largă de comportamente individuale și sociale ce țin de propria lor etiologie. Totodată, aprecierea și definirea violenței se face în funcție de anumite criterii istorice, culturale și normative, de ordinea socială existentă la un moment dat într-o anumită societate, de anumite interese politice și sociale, dar și în funcție de anumite criterii și contexte subiective și accidentale, care sunt însă relative spațial și temporal (atât de la o societatea la alta cât și de la o perioadă la alta).

Societatea prin definiție reprezintă totalitatea oamenilor care trăiesc și sunt legați între ei prin anumite raporturi economice, care interacționează și dezvoltă relații pe baza unor norme sociale. Acești oameni au obligații și responsabilități, pe care și le asumă sau nu. Raporturile economice, și situația economică în sine dacă sunt instabile, cum de altfel sunt în prezent în România și la nivel global, poate fi o cauză a creșterii numărului actelor de violență. Fie că plecăm la serviciu și ascultăm la radio despre infracțiunile comise, fie că deschidem televizorul să ne informăm, avem de-a face cu creșterea violenței la nivel uman: prostituție, șantaj, luare și dare de mită, tâlhării etc. și aflăm că violența a pătruns în toate categoriile socioprofesionale.

Între violență și agresivitate este o diferență. Violența se naște în urma socializării, a interacțiunii omului cu mediul în care trăiește, în timp ce agresivitatea este înnăscută.

Fenomenul violenței a existat în toate timpurile. Însă în societatea contemporană deși s-au intensificat măsurile și intervențiile instituțiilor specializate de control social împotriva faptelor de delicvență și criminalitate, în multe țări se constată o multiplicare a delictelor comise cu violență și agresivitate precum și a celor din domeniul economic și financiar-bancar, fraudă, șantaj, mită și corupție. În secolul acesta în care trăim numit și secolul vitezei, avem de-a face cu o lume stresată, agitată, care a pierdut de mult simțul valorii culturale și morale, dar nu și pe cel al valorii materiale. Goana după avuție a existat dintotdeauna, însă din această cauză la ora actuală în România există două pătri sociale: cea a bogaților și cea a săracilor. Bogații încalcă normele sociale nu plătesc, iar cei săraci ajung deseori victimele societății. În școli copiii cu situație financiară foarte bună se impun într-un mod agresiv, deoarece părinții nu au avut timp să îi învețe cei șapte "ani de acasă" fiind preocupați de valorile materiale, iar cei care provin din familii modeste, cu situații precare, trebuie să suporte diverse traume. Există un număr tot mai mare de cazuri în România, întâmplate în cadrul familiilor cu situații precare, în care părinții își părăsesc copiii plecând în străinătate să muncească pentru a permite un trai decent. Copiii rămân în grija bunicilor, vecinilor, prietenilor.

Grav este că există cazuri în care copii la vârstă fragedă au rămas singuri. Și să nu uităm acest lucru se întâmplă în România în 2009. Traumele suferite în copilărie își pun amprenta pe comportamentul și viața copilului-adult.

2. TIPURI DE MANIFESTARE A VIOLENȚEI ÎN CONTEMPORANEITATE

În ceea ce privește prezentarea tipologiei violenței am apelat la clasificarea făcută de Jean Claude Chesnais care a identificat trei tipuri de violență: Fizică, economică și morală (Gilles Ferreol și Adrian Neculau, pag. 122).

Violența fizică este nucleul dur al violenței, în care sunt incluse faptele cele mai grave: omorurile voluntare sau tentativele de omor, violurile, loviturile și răniurile voluntare grave, furturile cu mână armată cu uz de , vătămările corporale, talhariile . Violența fizică este violența în sensul strict, singura violență măsurabilă și incontestabilă . Este un prejudiciu direct corporal, în persoanelor. Ea are un triplu caracter: brutal, exterior dureros. Ceea ce o definește este utilizarea a forței. (J.C.Chesnais, 1981, pag 32 apud Gilles Ferreol Adrian Neculau, pag 122).

Violența economică este aceea care afectează bunurile materiale (distrugerii, degradări de bunuri). Violența este esențialmente un prejudiciu adus autonomiei fizice a unei persoane (J.C.Chesnais, 1981, pag 32 apud Gilles Ferreol și Adrian Neculau, pag 123).

Violența morală sau simbolică este o construcție intelectuală ce trimite la conceptul de autoritate, la modul în care se exercită raporturile de dominație. Să vorbești de violență morală este un abuz de limbaj propriu unor intelectuali occidentali, prea confortabil instalați în viață pentru a cunoaște lumea obscură a mizeriei și crimei. (J.C.Chesnais,1981,pag 32 apud Gilles Ferreol și Adrian Neculau, pag 123)

Profesorul Adrian Neculau vorbește despre modalitățile de manifestare ale fenomenului și acesta identifică tipurile de violență:

- **violența de sine, intrapersonală**; de exemplu cei care se automutilează, care nu sunt împăcați cu ei înșiși, cei care se sinucid;
- **violența interpersonală**, față de celălalt;
- **violența în grup**, modul de manifestare este diferit, există indivizi care au ca principal scop distrugerea grupului respectiv, care au plăcerea de a-i umili pe ceilalți;
- **violența colectivă**, care se manifestă prin mitinguri sau pe stadioane (www.supliment.polirom.ro/interviu)

Însă există o clasificare a tipurilor de violență înfăptuită de către autoarea contemporană doamna Ecaterina Balica, care este în concordanță cu realitatea în care trăim. Dânsa a prezentat categoriile de violențe existente la ora actuală (Ecaterina Balica, 2008, pag. 30):

1. Violența anomică

În viziunea lui Raymond Boudon și Francois Bourricaud violența anomică reprezintă “rezultatul proliferării raporturilor agresive în sectoarele dereglate ale societății”. Formele violenței anomice sunt date de către tipurile de anomie care pot exista la nivelul unei societăți: anomie juridică, anomie politică și anomie morală.” Anomia juridică favorizează agresiunile contra persoanei și a bunurilor ei ca urmare a slăbirii normelor juridice. Anomia politică coincide cu o generalizare a insecurității, care antrenează multiplicarea inițiativelor de autoapărare, apelul la instituțiile represive.

Anomia juridică combinată cu cea politică duc la instaurarea unor situații de excepție. Anomia morală ruinează respectul individului pentru lege și cutumă și te invită la un se salvează cine poate generalizat (Raymond Boudon, Francois Bourricaud, 2004, pag. 672).

În opinia autorilor există două situații extreme în care violența se manifestă în forme diferite:

- **Totalitarismul** caracterizat de violență descentralizată “exercitată de către societate asupra propriilor membri în scopul împiedicării exprimării anumitor preferințe (verbale și nonverbale)” (Raymond Boudon, Francois Bourricaud, 2004, pag. 675).

- **Războiul** caracterizat prin violență organizată „întrucât războiul reprezintă un exercițiu gândit și dirijat, iar strategii acestuia nu-și propun să ucidă, ci să înfrângă voința politică a adversarului, să-l distrugă nu ca persoană sau ca ființă vie, ci ca actor politic” (Raymond Boudon, Francois Bourricaud, 2004, pag. 678).

2. Violența conflictuală și violența predatoare

Criminologul Maurice Cusson definește cele două ipostaze ale violenței după următoarele aspecte: prezența/absența relațiilor interpersonale anterioare conflictului, existența/inexistența conflictului, proximitatea fizică și socială și repartitia rolurilor în timpul agresiunii.

În opinia criminologului canadian, violența conflictuală presupune existența unor relații interpersonale între agresor și victimă anterioare conflictului (omorul conjugal), în timp ce în cazul violenței predatoare nu există relații între persoanele implicate în agresiune (de exemplu comiterea unui omor pentru a fura). Violența conflictuală necesită prezența unui conflict înțeles ca “dezacord între două părți care se finalizează ca schimb de ostilități” (Maurice

Cusson,1998,pag.22-35).

Violența predătoare se manifestă ca agresiune unilaterală în care o persoană este agresată și alta este agresorul.În violența conflictuală este greu să poți identifica victima și agresorul deoarece își schimbă rolul pe parcursul evoluției conflictului.

3.Violența fizică, psihologică și verbală

Violența fizică este reprezentată în opinia lui Welzer - Lang de „, toate atingerile fizice aduse corpului altei persoane” (Daniel Welzer – Lang,p.64,disponibil la <http://tahin-party.org/textes/impp50-85.pdf>).

Violența psihologică autorul consideră că include „,toate acțiunile care aduc atingere sau care atingere intergrității psihice mentale unei alte persoane : autoaprecierea, încrederea , identitatea personală” (Daniel Welzer – Lang,p.66,disponibil la <http://tahin-party.org/textes/impp50-85.pdf>).

În această categorie intră: „, insultele, criticile nefondate,intimidările, amenințarea că o va părăsi, controlul excesiv al programului persoanei victimizate” (Daniel Welzer – Lang,p.67,disponibil la <http://tahin-party.org/textes/impp50-85.pdf>).

Violența verbală se exprimă prin intermediul „,debitului verbal, violenței percepute în voce, ton, criză, altfel spus, ține de modul de comunicare” ” (Daniel Welzer – Lang,p.67,disponibil la <http://tahin-party.org/textes/impp50-85.pdf>).

Este vorba despre certurile dintre parteneri, „,tonul autoritar pe care-l folosește pentru a cere ceva, întreruperea partenerului și formularea de reproșuri, evitarea unor subiecte de discuție, refuzul de a-l asculta pe celălalt, refuzul de a-i răspunde, utilizarea frecventă a insultelor pe parcursul discursului” (Daniel Welzer – Lang,p.68,disponibil la <http://tahin-party.org/textes/impp50-85.pdf>).

4.Violența sexuală

Organizația Mondială a Sănătății definește violența sexuală ca fiind „, orice act sexual, tentative de a avea un act sexual, comentarii sau avansuri de natură sexuală, acte care vizează traficul sau alte acte îndreptate contra sexualității unei persoane prin utilizarea forței, comise de către o persoană, independent de relația sa cu victima,în orice context, se înțelege, fără a se limita doar la casă și locul de muncă” (Etienne G.Krug,Linda L. Dahlberg,James A.Mercy,Anthony Zwi,Raphael L.Ascenio,pag.165).

5.Violența financiară

Noël Flageul este cel care susține ideea existenței violenței și în mediul financiar făcând referire la “acțiunile bazate pe forță sau ca manifestări brutale care afectează persoane sau bunuri”(A.Neculau,2003,pag.270). Când vorbește de violență financiară face referire în mod special la “ delictelor de spălare a banilor, fraudele fiscale, delictelor legate de tranzacțiile bursiere, manipularea cardurilor bancare, operațiuni financiar- contabile fictive, mituirea sau finanțarea prin acțiuni ilegale a activității partidelor politice” (A.Neculau,2003,pag.263-271). Astfel că violența ia forma „, dezechilibrelor pe care acestea le provoacă în economia reală, ținând cont de legăturile din ce în ce mai strânse dintre state și de globalizare” (A.Neculau,2003,pag.263).

6.Violența criminală

Criminologii canadieni Jean Proulx, Maurice Cusson și Marc Ouimet include în sfera acestui tip de violență „, acte interzise prin lege și pasibile de aplicarea unei sancțiuni penale”(Jean Proulx, Maurice Cusson și Marc Ouimet,1999,pag.3).Așadar aici sunt incluse omorurile, agresiunile sexuale, tâlhăriile, lovirile și vătămările corporale (Ecaterina Balica, 2008, pag.35).

Mihai Ralea care a abordat fenomenul violenței încă din anul 1931 susține că violența se manifestă în grupuri mari și se formează prin contaminare, adică cei care se ghidează în viață după gândire și rațiune, odată ce au pătruns într-un grup își pierd autocunoașterea. Acest fenomen poartă denumirea de „contagiune” și i se poate întâmpla oricui.

Se întâmplă de multe ori să fie pe stadion persoane care înjură, se manifestă violent, dar în viața de zi cu zi să fie dați ca exemplu pentru politețea și respectul afișat.

(www.supliment.polirom.ro/interviu)

3. VIOLENȚA ÎN SPORT - Fenomen social

Din păcate în ultimul timp, în ceea ce privește fotbalul românesc care este considerat regele sporturilor, violența încă nu a putut fi combătută, încă nu a fost descoperită poziția miraculoasă în vederea combaterii acesteia. Ba chiar sunt încurajate astfel de comportamente chiar prin mediatizarea diverselor anchete înfăptuite de către Departamentul Național Anticorupție chiar prin descinderea la sediul Federației Române de Fotbal. Însăși ideea că ar exista corupți printre arbitrii, printre cei care conduc o echipa adversară, este un factor favorizant violenței.

În ultimul timp se tot aud strigări la adresa arbitrilor “Să vă ia DNA-ul!” sau “La pușcărie cu voi!” Din păcate suporterii înțeleg că pe stadion se pot manifesta aproape fără limite, fără a se gândi la consecințe. Devin imorali, se dezlănțuie, de cele mai multe ori violența lor dând viață altor acte de violență. Actele precum luare sau dare de mită, limbajul trivial, șantajul- ce aparțin violenței dar și distrugerea diverselor bunuri ce aparțin stadionului și chiar poluarea atmosferei- comportamente agresive, toate acestea reprezentând cu siguranță “cancerul” sportului românesc. Am făcut această comparație deoarece încă nu reușim să vindecăm societatea de acest fenomen, de astfel de comportamente vitregite de moralitate.

Pierre de Coubertin este de părere că „ sportul poate să trezească cele mai nobile dar și cele mai josnice sentimente. El poate să nască atât onestitate și abnegație, cât și minciună și aviditate, poate fi corect și coruptibil, uman și feroce” (Sorin Tudor- Maxim et al, 2006, pag 139)

□□ **“Violența în sport”** (Sorin- Tudor Maxim et al, 2006) este o carte ce dezbate pe larg acest fenomen, din care am extras următoarele aspecte ale violenței:

- *Brutalitatea ce caracterizează unele sporturi în care victoria se obține prin scoaterea din luptă a adversarului, în deplin acord cu prevederile reglementare;*

- *Brutalitatea manifestată de unii sportivi față de partenerii de întrecere ca mijloc de intimidare a acestora, de scădere a potențialului fizic, de obținere a unui avantaj în ciuda prevederilor regulamentare, ocolirea acestor prevederi când arbitrii sau oficialii nu sunt suficient de vigilenți;*

- *Injuriile adresate adversarilor, duelurile dintre sportivi și spectatori, sportivi și arbitrii, specatori și arbitrii. (Sorin- Tudor Maxim et al, 2006, pag. 140)*

3.1 Diferența dintre violență și agresivitate

Septimiu Chelcea (2006, pag 89) a ajuns la următoarele concluzii cu privire la agresivitate:

- Este un comportament intenționat, acțional sau verbal;

- Este un comportament ofenziv, nu defensiv;

- Are ca principal scop să producă prejudicii fizice, morale, materiale unei alte persoane motivată să evite acest comportament.

L-am citat pe profesorul psihosociolog Spetimiu Chelcea deoarece mi se pare că aceste concluzii sunt cuprinzătoare și din ele putem desprinde diferența existentă între agresivitate și violență:

“Se instituie o opoziție între violență ca instinct de supraviețuire innăscut, primar și universal și agresivitate. Violența este fondatoare și structurată, pe când agresivitatea este patologică, din punct de vedere al echilibrului individual.” (Gilles Ferreol și Adrian Neculau, pag 37).

Agresivitatea se declanșează în general când frustrarea se află la cote maxime, așa cum afirmă și Sigmund Freud în tezele sale despre frustrare:

□ *"O agresiune este totdeauna urmarea unei frustrări și o frustrare antrenează mereu un comportament agresiv. Agresiunile aduc schimbări de situație rapide și relativ spectaculoase și, de asemenea, sunt săvârșite în anumite cazuri de devianță."* (Gilles Ferreol și Adrian Neculau, pag 37).

Fiecare om parcurge un proces social, participă activ, trece prin transformări succesive. Acest proces se numește socializare. Socializarea reprezintă o interacțiune continuă, și cu ajutorul ei omul are posibilitatea să își dezvolte propria-i personalitate.

Personalitatea se formează odată cu dezvoltarea omului. Sociologii definesc personalitatea ca fiind „expresia socioculturală a individualității umane” (a□□Dictionar de sociologie”, coord. C. Zamfir, L. Vlăsceanu).

Astfel că cei care manifestă agresivitate, nu au personalitate, și în acel moment intervine frustrarea. În sport mai ales această frustrare este determinată de o concepție cum că societatea este principalul vinovat pentru toate nereușitele lor.

3.2 Huliganismul - Fenomen social

Huliganismul este un fenomen des întâlnit în zilele noastre. Acest fenomen a pornit prin anii ‘60 – ‘70 în Anglia, acolo unde se presupune ca s-a și inventat fotbalul. Huliganismul constă în tulburarea liniștii publice de către fani ai echipelor de fotbal, în general rivale.

Rivalitățile de pe teren provoacă în general rivalități și mai mari în afara lui, acolo unde huliganii fiecărui club se adună să se bată. Este, fără discuție, un lucru rău, o atitudine brutală, poate o manifestare a oamenilor frustrați pe care România din păcate a preluat-o. Dougie Brimson spune în cartea lui, *Barmy Army*, că a cunoscut doctori, avocați, bacheri, taximetriști, jurnaliști, și chiar și polițiști care erau huligani. El crede că prin huliganism te poți detașa de toate problemele pe care le ai. Îți poți arunca toate frustrările în bătăile contra clanurilor rivale. Și totul devine o modă. Clanurile au nume, întâlniri, chiar și istorie. Spre exemplu, *The Headhunters*, huliganii celor de la Chelsea, sunt unii dintre cei mai vechi și cei mai cunoscuți din lumea fotbalului englez și internațional. Huliganii se întâlnesc înainte de fiecare meci, stabilesc trenuri, rute și își fac planuri, așa încât totul să iasă ca la carte.

De fiecare dată se poate termina trist pentru oamenii implicați în fenomen, și ei știu asta, așa că fac tot posibilul ca totul să decurgă perfect. Odată intrat într-unul dintre aceste grupuri, viața ta nu mai este deloc sigură.

Motivul pentru care se comportă așa nu poate fi exact stabilit. Unii dintre ei nici măcar nu sunt fani ai echipelor. Pentru ei, un tricou cu starul echipei nu reprezintă cu nimic mai mult decât sângele de pe fața celui din fața lor. Totul este un joc pentru ei. Și grav este că e un joc în care poți să mori în brațele adversarului după fiecare luptă. Asta înseamnă că ei nu vor să se oprească. Dacă o grupă e bătută măr de alta, nu se va duce la poliție. Își va lua revanșa următoarea dată.

Anglia huliganismul este ca băutul la volan. Unii dintre ei ori au făcut-o, ori știu pe cineva care a făcut-o, dar nu iau nici o măsură în a opri aceste lucruri. La fel și cu huliganismul. Dacă cineva este prins nu spunem că e criminal, ci doar că a fost ghinionist.

Ei nici nu consideră că ceea ce fac e o crimă. În realitate însă, huliganismul nu este nimic altceva decât o crimă, cu mult mai gravă decât condusul sub influența băuturilor alcoolice.

Huliganismul este numit boală engleză. Este clar însă că și dacă în Anglia a început totul. Din păcate România a preluat acest fenomen nociv, și bineînțeles că din categoria huliganilor fac parte persoanele fără educație, care nu cunosc fenomenul fotbalistic, nu cunosc legislația. Unul din motivele pentru care atacă persoane inofensive de cele mai multe ori ajungându-se până la criminalitate, este pentru a ieși în evidență; doresc să capteze atenția celor din jur. Deocamdată nu s-a ajuns la un număr mare de acte ce implică criminalitatea, însă nu suntem departe de Anglia.

Să nu confundăm rolul de suporter cu rolul de huligan.

Suporterul este persoana care vine la meci cumpărând bilet, are o echipă favorită, purtând și costumația cu culorile corespunzătoare echipei favorite, încurajează echipa; huliganul este un teribilist, care sosește pe stadion în necunoștință de cauză, decât cu gânduri rebele pe care le transformă în gesturi violente chiar fatale.

Consider că pentru a combate acest fenomen, trebuie să se pornească de la copii. Dacă tinerii ar fi educați specific, explicându-li-se cât de negativ este acest fenomen, totul s-ar termina într-un anumit timp. S-ar împușina numărul de huligani luând generațiile tinere și incubându-le repulsia față de fenomen, protejându-i de acest virus.

Și nefiind nimeni care să vină din urmă, totul s-ar restrânge la foarte mici grupuri de huligani, care nu ar putea avea aceleași efecte pe care le au grupurile din zilele noastre. Problema nu poate fi rezolvată ca una de matematică, pe loc, folosind o teoremă. Trebuie utilizate toate mijloacele pe care poliția le are la dispoziție.

3.3 Educația Fizică școlară - Importanța socială

Am adus în discuție semnificația educației deoarece educația în general reprezintă cel mai important factor în apariția manifestărilor violente de pe stadioane.

Bazele omului se pun în copilărie atunci când se formează și se pregătește pentru viață. Pe lângă familie, școala are o contribuție importantă în educație, te pregătește pentru viață, te ajută să îți formezi personalitatea și să devii o ființă cu adevărat socială. Profesorii sunt cei care încearcă să ofere elevilor cunoștințele necesare pentru ca aceștia să se poată orienta, așa cum antrenorii pregătesc sportivii pentru performanță.

De ce persoanele care au practicat sport copilărie, chiar sportivii de performanță au o personalitate puternică, și principii de viață sănătoase? Răspunsul la întrebare este unul realist. Acești oameni s-au lăsat educați în spiritul competitivității.

Sportul înseamnă ambiție, luptă, forță și psihică și fizică, perseverență și reușită, optimism și sănătate, cum spune celebrul proverb latin "Mens sana în corpore sano" (Minte sănătoasă într-un corp sănătos). Orice sportiv știe să fie și învingător dar și învins.

Din păcate în ziua de azi în școli profesorii nu mai au autoritate asupra elevilor. Mass media prezintă în ultimul timp tot mai multe cazuri în care sunt implicați adolescenți ce terorizează profesorii în timpul orelor de curs. Se pare că în România violența apare încă din gimnaziu. Orele de educație fizică s-au transformat în ore de dirigenție.

Așadar dacă educația sportivă este inexistentă, automat nu mai există spirit de echipă, spirit organizatoric, spirit de inițiativă, ambiție, perseverență, consecvență, punctualitate; există în schimb egoismul și individualismul care au luat loc altruismului.

Educația fizică vizează dezvoltarea armonioasă a organismului, întărirea sănătății și cultivarea unor calități fizice (Crețu, 1999, Jinga & Istrate, 1998).

Este primul „gen de educare”, care își exercită influența asupra organismului. Educația fizică vizează latura biologică a ființei umane dar și latura socială a acesteia.

Este acțiunea care privește toate vârstele umane prin a răspunde unei duble trebuințe:

- individuală;
- Socială:
- Starea de sănătate a organismului uman;
- Dezvoltarea normală a acestuia;
- Prelungirea duratei vieții omului.

În sistemul de valori a unei societăți, sănătatea biologică este una din valorile vitale care se intersectează cu sănătatea naturii și sănătatea mintală a omului. Prin această dublă necesitate, educație fizică și sportivă este condiționată ereditar și ambiental.

Educația fizică urmărește (Jinga&Istrate, 1998, Crețu, 1999, Nicola, 1994):

- Întărirea sănătății și călirea organismului;
- Formarea și dezvoltarea deprinderilor motrice de bază și a calităților fizice a mișcărilor: forță, rezistentă, viteză, îndemânare - ajută la perfecționarea calităților motrice și consolidarea capacității de muncă;
- Formarea și dezvoltarea unor trăsături de voință și caracter: simțul dreptății, curajul, stăpânirea de șine, cinstea; cu alte cuvinte formarea calităților morale;
- Formarea și dezvoltarea deprinderilor igienico- sanitare.

3.4 FAIR – PLAY-UL

Fair play-ul reprezintă un alt tip de educație sportivă și se poate întâlni în orice domeniu de activitate. Bazele acestui gen de educație sunt puse încă din școală. Sportivii sunt învățați să joace în spiritul jocului. Deși educația pentru fair- play există, fotbalul a devenit o afacere, sunt puse în joc sume mari de bani, se fac investiții în jucători.

"Fair-play-ul nu înseamnă numai respectarea regulilor de joc, el transcrie atitudinea pe care trebuie să o aibă sportivul: respectul pentru adversar și păstrarea integrității fizice și psihice a acestuia. Un sportiv se va comporta în spirit de fair-play atunci când se va gândi și la ceilalți." (Extras din "Declarația Comitetului Internațional pentru Fair-Play" http://www.dadalos.org/frieden_rom/grundkurs_5/fair_play.htm)

Fair-play înseamnă respectarea regulilor, renunțarea la avantajele obținute pe nedrept, egalitatea de șanse, comportamentul preventiv, respectarea adversarilor sportivi și acceptarea celorlalți. Fair-play-ul, ca atitudine fundamentală sportivă și morală, este însă amenințată în lumea de astăzi - nu numai în sport, ci și în alte domenii ale conviețuirii sociale. Trebuie să avem însă în vedere că fair-play-ul ne oferă posibilități autentice pentru o mai bună orientare într-o lume plină de elemente concurențiale.

Voi prezenta cele 10 principii ale educației în spirit de fair-play deoarece conțin acele valori morale pe care societatea ar trebui să le respecte în orice moment al vieții: (http://www.dadalos.org/frieden_rom/grundkurs_5/fair_play.htm)

1. Fair- play-ul este expresia unei atitudini umane, care denotă comportamentul plin de considerație față de sine, față de alții, dar și față de mediul înconjurător. Fair- play-ul se manifestă cel mai vizibil în sport, dar nu numai aici.

2. Fair- play-ul este calitatea esențială care trebuie să definească relațiile interumane. Apelurile, interdicțiile sau sancțiunile nu sunt mijloace destul de bune pentru a-l impune într-o sferă mai largă și de durată. De aceea, metodele alese trebuie să fie foarte eficiente.

3. Un comportament în spirit fair- play presupune ca oamenii să aibă anumite calități. Atenția, cinstea, încrederea în sine, considerația, capacitatea de a pierde și empatia sunt condițiile necesare în acest sens, care trebuie promovate și dezvoltate. A învăța să devii o ființă morală înseamnă să lucrezi neîncetat la propria personalitate. Comportamentul fair-play nu poate fi predat, la urma urmei, el trebuie trăit și învățat.

4. Aceste calități sunt promovate într-o atmosferă didactică, care lasă loc camaraderiei, deschiderii față de ceilalți, și înțelegerii.

5. Principiului succesului, exprimat în termeni de concurență, victorie și înfrângere, trebuie să i se suprimă duritatea. Bunăstarea, jocul în comun, experiența jocului ca atare, calitatea lui, precum și trăirile interioare trebuie să constituie scopul, ele trebuie mereu scoase în evidență și cultivate.

6. Nu numai ce facem este important, ci mai ales cum o facem.

7. Noi suntem modelele - nu cuvintele noastre, ci felul în care ne comportăm cu elevii noștri și felul în care soluționăm conflictele ne dă credibilitate.

8. Un comportament moral trebuie să aibă mereu la bază principiul autonomiei și cel al responsabilității. În acest sens trebuie create ocazii care să le permită elevilor să învețe mai ușor, de ex. În cadrul elaborării orelor de curs sau la stabilirea regulilor formale și informale.

9. Dispoziția și capacitatea de a rezolva conflicte trebuie să fie stimulate de devreme. Conflictele nu trebuie evaluate doar ca fiind fapte negative; ele pot- și trebuie- să fie percepute și ca o șansă de schimbare și dezvoltare, dar și ca o provocare de a lucra mai mult pe tema fair-play-ului.

10. Un alt țel al educației în spirit de fair-play mai trebuie să fie și introducerea unui număr mic de arbitri, în loc de mai mulți. Arbitrul trebuie să fie „transplantat” în fiecare din noi. În acest sens vorbește și următorul citat:” Fiecare este atent ca vecinul să nu-l înșele. Dar va veni și ziua, când omul va începe să fie atent ca el să nu-și înșele vecinul.”

4. ACTE DE VIOLENȚĂ PE STADIOANELE DIN ROMÂNIA ÎN SEZONUL COMPETIȚIONAL 2008/2010

În acest capitol voi analiza trei acte de violență și huliganism ce au avut loc pe stadioanele din București, și care au reprezentat un real pericol social, aflând de la câțiva suporteri motivele din cauza cărora au avut loc astfel de manifestări anti sociale: consumul excesiv de alcool, rivalitatea dintre anumite galerii de suporteri, declarații malițioase la adresa unor oficiali de cluburi de fotbal, amplificarea incidentelor de către mass-media, și nu în ultimul rând influența fenomenului „ huliganism” din Anglia.

A. Steaua București- Dinamo București (24.11.2008)

Meciul STEAUA București -DINAMO București s-a mutat de pe teren direct în stradă. În apropiere de stadionul Ghencea, un grup de aproximativ 150 de suporteri ai echipei Steaua s-a manifestat violent, aruncând cu pietre în autovehiculele existente în apropiere. Jandarmii au intervenit prompt pentru stabilirea ordinii și disciplinei însă supporterii violenței continuau să arunce cu pietre de data aceasta în mașina jandarmeriei. Automobilul Direcției de Jandarmi a Municipiului București a fost avariat, parbrizul a fost spart, un far și capota distruse. După intervenția forțelor de ordine, spiritele s-au calmat, au fost reținute multe persoane.

După acest eveniment, susținătorilor ambelor echipe le-au fost aplicate 65 de sancțiuni contravenționale, au fost întocmite 5 dosare cu acte de cercetare sub aspectul săvârșirii infracțiunilor de ultraj, distrugere, deținere de materiale pirotehnice și explozive, pentru 12 persoane.

Federația Română de Fotbal a hotărât sancționarea celor două cluburi, Dinamo cu o amendă sportivă în valoare de 35.000 lei, iar Steaua cu suma de 30.000 lei.

B. Rapid București - Steaua București (19.03.2008)

Cel mai mediatizat meci al sezonului 2008/2009 rămâne așa numitul caz „bricheta”, petrecut între echipele RAPID București - STEAUA București, atunci când partida a fost întreruptă de arbitru, după ce a fost lovit în cap cu o brichetă. Au mai fost aruncate obiecte din tribună, iar decizia arbitrilor central a fost de a fluiera sfârșitul jocului. Conform Analizei făcute de Inspectoratul General al Jandarmeriei Române, decizia arbitrilor a fost mediatizată și au apărut diferite critici precum:

- Modul în care acțiunile supporterilor pot influența rezultatele echipei pe care o susțin;
- Aplicarea sancțiunilor regulamentare de către un arbitru în urma unui incident provocat de suporteri, decizie susținută de Federația Română de Fotbal.

Din materialul documentar pus la dispoziție de către Liga Profesionistă de Fotbal cu privire la acest caz, rezultă că reprezentanții Jandarmeriei nu au reușit să găsească persoana care a comis acest act necugetat. Chiar dacă a fost un caz mediatizat, din filmările respective nu au reușit să îl identifice pe cel care a aruncat cu bricheta în arbitru. Au fost sancționate 4 persoane pentru

aruncare cu obiecte, dar nu s-a putut stabili dacă vreuna dintre aceste persoane se face vinovată de aruncarea brichetei în capul arbitrului din cauza:

- Lipsei profesionalismului stewardizilor, angajați ai unei firme de pază care erau aproape de locul de unde se presupune că s-ar fi aruncat bricheta;
- Lipsei sistemului de monitorizare video, care să permită înregistrarea celor care comit fapte cu caracter penal în incinta stadionului, pentru că aceste persoane se pare că nu s-ar afla la prima abatere de acest gen.

După acest incident, FRF - Federația Română de Fotbal a hotărât ca obligația cluburilor organizatoare să fie de „a asigura permanent monitorizarea, înregistrarea și supravegherea video a comportamentelor suporterilor în stadion pe toată durata jocului și în zona porților de acces pe timpul afluirii și defluirii spectatorilor- dispoziții obligatorii din 1.07.2009.(Statute și Regulamente, FRF 2009, pag.123)

Clubul Rapid nu a respectat Regulamentul de Organizare a Activității Fotbalistice (R.O.A.F) și Federația Română de Fotbal a decis sancționarea echipei prin pierderea jocului (0-3), organizarea următoarelor 2 etape fără spectator, dar și amendă sportivă în valoare de 53.500lei.

C. Dinamo București - Steaua București (04.05.2009)

DINAMO București - STEAUA București, un meci de fotbal pe care orice împătimit al sportului rege nu-și permite să îl rateze.Cunoscuți sub denumirea de „câinii din Ștefan cel Mare” suporterii dinamoviști au reușit să surprindă pe toată lumea datorită ingeniozității de care au dat dovadă.Ei au încercat să introducă pe stadion dispozitive pirotehnice. Au vrut să utilizeze petardele ascunse în pungi de pâine prăjită „Bake Rolls”.Nu au fost depistați toți suporterii ce dețineau astfel de materiale ,deoarece în prima repriză, au afișat un banner pe care scria „Dreptate” și tot atunci au aprins făclii și torțe.

Concluzii

De ce există violență?Cine sunt cei care adoptă un comportament agresiv la stadion?Care sunt motivele pentru care se adoptă astfel de comportament?Care sunt motivele pentru care nu se renunță la astfel de comportament?Se va descoperi până la urmă soluția prin care vom putea combate violența?

Am reușit să aflui părți infime din fiecare răspuns însă acestea sunt și obiectivele temei de doctorat pe care am ales-o, să găsesc răspunsurile la aceste întrebări și nu numai...

Odată devenit un fenomen social, violența de pe stadioane angrenează numeroase instituții în încercarea stopării.Spre exemplu, evenimentele fotbalistice din campionatul 2007/2008 au fost analizate de către reprezentanții Inspectoratului General al Jandarmeriei Române, ai Inspectoratului General al Poliției Române, de către Președintele Federației Române de Fotbal și Președintele Ligii Profesioniste de Fotbal.Însă în zadar se angrenează instituțiile în combaterea violenței,deoarece un factor decisiv în apariția și dezvoltarea acestui fenomen îl reprezintă mass-media.Multitudinea canalelor tv, a ziarelor, a posturilor de radio, cu știri „senzationale”, nu fac altceva decât să denatureze adevărul și în același timp să pună amprenta și educația copiilor,ducând la comportamente deviate.

Am studiat legea nr.4/2008 privind prevenirea și combaterea violenței cu ocazia competițiilor și a jocurilor sportive.Trebuie reformulată deoarece a adus transformări radicale la nivel instituțional și procedural , și în același timp și-au pus amprenta asupra comportamentului suporterilor la competițiile sportive, producând o reacție adversă.

Concluzia finală este că avem nevoie de o implicare mai mare a specialiștilor împreună cu autoritățile, în vederea combaterii acestui virus, și pentru redarea unui spirit civic pe stadioanele din România.

Referințe bibliografice

1. Balica, Ecaterina, „ Criminalitatea Violentă.Tendințe și factori de risc”, Ed. Oscar Print,2008;
2. Boncu, Ștefan, „ Devianța tolerantă”, Editura Universității „ Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2000
3. Boudon, Raymond, Bourricard Francois, „ Dictionaire critique de la sociologie”, ediția a-7-a, 2004;
4. Chelcea, Septimiu, „ Metodologia cercetării sociologice, Metode cantitative și calitative” Editia a-2-a, București, Editura Economică, 2001
5. Crețu, Carmen, „Teoria curriculum-ului și conținuturile educaționale”, Editura Universității “Al.I.Cuza”, Iași,1999;
6. Cusson, Maurice, „ Criminologie actuelle”,1998
7. Etienne G. Krug, Linda L. Dahlberg, James A. Mercy, Anthony Zwy, Raphael Ascenio articolul „ The world report on violence and health” disponibil la (www.lancet.com)
8. Ferreol, Gilles si Neculae, Adrian, „Violența.Aspecte psihosociale”, Ed.Polirom, Iași, 2003
9. Jinga, Ioan, Istrate, Elena, ” Manual de pedagogie”, Editura All, București 1998
10. Le Bon, Gustave, „ Psihologia mulțimilor”, Editura Anima
11. Maxim, Sorin- Tudor, Dascălu, Ioan Dan, Popoveniuc, Bogdan, Ionescu, Eusebiu, „Violența în sport”, Editura Universității din Suceava 2006
12. Neculau, Adrian (coord.), „ Manual de psihologie socială”, Ed.Polirom, Iași, 2003
13. Vlăsceanu,Lazăr, Zamfir,Cătălin, ”Dicționar de sociologie” disponibil la (<http://www.dictsociologie.netfirms.com/>)
14. www.frf.ro
15. www.onlinesport.ro
16. www.romanianultras.ro
17. www.supliment.polirom.ro/interviu
18. <http://tahin-party.org/textes/impp50-85.pdf>
19. http://www.dadalos.org/frieden_rom/grundkurs_5/fair_play.htm

STUDY ON INSTITUTIONAL AUTONOMY IN BULGARIA

Cristi IFTENE*

Abstract

The aim of this study is to present the Bulgarian experience in the state's governance in many basic aspects including: The new role of the state; A model of state governance and distribution of power between central and local authorities; The model of organizing the administrative system; The management system of placing a new model of organization within the administrative system; The results from this transformation process of administrative system. The research takes into account the modernization of the Bulgarian state in global context with regard to the specific characteristics of the transition process made in Bulgaria in the past 12 years, from an authoritarian state and a centralized economy to a democratic political system and economy market. Similarities in development have justified his choice in order to identify evolutionary aspects comparable through institutional autonomy analysis. The analysis reflects the influence of other issues of crucial importance for Bulgaria, namely the preparation of the country's accession to the European Union and the challenges that this process had assumed for the government act.¹ We will stop in the study to the last 5 years, because during this period of the process of reconsidering the role of the state it has acquired a more systematic character and a strategic purpose.

Keywords: *institutional autonomy, decentralization, Bulgaria, Public reform, local powers*

Introduction

Decentralization is the delegation of responsibilities and resources of some of the authorities within a state, relatively independent and autonomous being responsible in front of the citizens or towards the community, but it is not responsible in front of the central power.

John Loughlin² refers to the intermediate level of public administration (meso-level) trying to bring the pros and cons, historical, sociological, legal and administrative arguments relating to the two existing administrative institutions: region and department. While the majority of the unitary states have an intermediary or a "meso-government" level, France has two: the department created during the French Revolution and its greatest rival, the region, which was born from the shadows of French institutional labyrinth with great difficulty... Each institution has its own partisans: the department or the region ones, each having their own conceptions about how the state and the territory should be organized. The department ones are determined Jacobin's, and believe in the unity and indivisibility of the Republic, while the regional ones are rather Girondini and consider that it is necessary to recognize diversity in France.

An important element of the decentralization movement was strengthening; even the establishment of interim governance (regions, provinces, states) and in this sense a tendency to grind the authority may be felt. Either simultaneously or shortly thereafter, many countries were interested in fiscal decentralization in particular with regard to revenue sharing, the different types of subsidies and privatization.

The aim of this paper is to find a number of analytical aspects of the concept of administration in terms of political theory and administrative science.

* Researcher, Ph.D. candidate, „Ovidius” University, Constanta (e-mail: cristiiftene@yahoo.co.uk).

¹ Julian Boev, Bulgaria: Decentralization and Modernization of the Public Administration, in *Mastering Decentralization and Public Administration Reforms in Central and Eastern Europe*, Local Government and Public Service Reform Initiative, Budapest, 2003, pp.93-120

² Subnational democracy in the European Union: challenges and opportunities / by John Loughlin with the collaboration of Eliseo Aja... [et al.], Oxford : Oxford University Press, 2001, p.110-137

We will first study the sentence:

P: X is severable

Under what aspects this sentence makes sense?

This could make sense if we can make the following claim:

Definition: X is severable if and only if A.

Can X be severable in isolation? Or in other words can X be severable without being in relationship with another actor? Or this sentence makes sense only if we consider some particular aspects of a variable C?

C: X is independent if and only if A in context C.

The context here refers to external aspects that can be separated from X, but which can be relevant in order to understand the nature of the structure of X.

The context can be described in many ways. For example it can refer to a particular set of other agents who have certain characteristics in relation to another one.

There is no doubt that this institution can claim that it is autonomous in a narrow sense but is completely independent from other external factors.

For all administrative persons, even those who enjoy a certain freedom, their dependence to other aspects of social, political, economic, legal life, etc... may be called into question, in other words, dependence on a third item on which he can not exert influence. An autonomous entity has certain environmental conditions which have to be fulfilled before being classified as an entity. And not all entities are autonomous and free in any sense of these notions.

We can illustrate this view by considering a one-dimensional continuum where an autonomous agent is located between social isolation and dependence due to a certain criterion. So, autonomy is a problem of the degree to which it can be observed and not a dichotomy.

Any satisfactory theory of autonomy must convincingly answer to questions such as:

1. What is autonomy?
2. What are the necessary and sufficient criteria which have to be met before a "moral person of public law" can claim to be autonomous?
3. Under what circumstances can we argue that an entity is autonomous?
4. What points of interest - where they are - must be pursued in order to pretend that a specific entity or a particular act is autonomous?
5. Must the administrative autonomy of an agent X be in a certain condition accepted or confirmed by other entities?
6. Can these entities give consent before the classification of the agent as being autonomous? What relevant criteria should be applied here? How important is self-comparison with other values? Can an entity claim to be autonomous? Does an agent have to know that he is autonomous in order to be one? Can an entity be autonomous by pure chance, or is likely to be independent only if the administrative agent in question has the possibility to decide to be autonomous?
7. Is autonomy a good thing? And if it is, under what aspect?
8. Can autonomy be respected? If so, on what aspects it is dependent?
9. Is autonomy, in some way or another, something achievable, realistic? If the X and Y agents are both autonomous as we will know in a particular situation, which of the two agents is more autonomous?
10. Can a representative be autonomous from the one that he represents and yet to be

politically responsible?

11. We haven't found any kind of theory of autonomy that can respond to these questions in a satisfactory manner. Here is why it appears as being urgent the achievement of a scientific study in order to find the scientific instruments that might prove the answer to these questions. We will apply this study methodology on Bulgarian case.

Bulgaria is the only country in the former socialist bloc, which adopted a new democratic constitution in early 1991.

With the adoption of new constitution in 1991 the process of building a new state had begun. Officially - in legal and legislative terms, Bulgaria has adopted a model of pluralistic democracy and a market economy. Meanwhile, the country had to face real challenges in the practical implementation of the new model of constitution and transform the relations with public administration. The first democratic government of the Republic of Bulgaria³ requires a process of radical transformation in the structure of governance, economics and social relations, but this process was interrupted before it could produce the planned results.

Cabinets that have governed the country between 1993 and 1996 have not seen this challenge. Their governance practices, were multiplying the governance practices, a characteristic of the political system in the previous period of 1989.

This period of instability and the attempts to restore the previous public model has restricted the country's development. Moreover the values and principles involved in the new Constitution have been largely depreciated and the public's confidence was exhausted.

The attempts to reform the government and administrative system were incomplete, sporadic and without a national vision for the new role of the state, which led to a drop in the economic, financial, and social fields, a total loss of national wealth and waste of human resources. Inability and unwillingness of the previous government to take necessary measures in order to create a functional labor mechanism of the state's institutions has caused the collapse of the socialist government.⁴

Institutional and administrative structures inherited were kept unchanged. This led to reducing the powers and responsibilities of various institutional structures. Citizens still perceive the state as an "owner" in contradiction with their new role as users of administrative services. The paradox is that, by virtue of its new nature, the new administration should be based on the individual as a responsible taxpayer, willing to pay for certain tasks, a fact far from reality.⁵

So here's the main reason why the transition in Bulgaria has been left behind compared to the remaining countries in Central Europe.

In 1997, after the decisive victory of the United Democratic Forces in anticipated parliamentary elections (52.5%), a new reformist government of Bulgaria has been established.⁶ Union of Democratic Forces government faces a huge challenge for the recovery of stability in the country having to boost the process of structural economic reform and building an appropriate institutional system in the country.

The new cabinet has presented to the National Assembly⁷ an ambitious program of governance, entitled "Bulgaria in 2001." This program has answered to all social expectations with

³ November 1991-December 1992, having as a Prime Minister Philip Dimitrov, a representative of the Democratic Forces after the parliamentary elections of October 1991

⁴ January 1995 - February 1997, Prime Minister Videnov, representative of the Bulgarian Socialist Party, after the parliamentary elections of October 1994

⁵ Human Development Report, UN Development Program, 1996

⁶ May 1997-July 2001, Prime Minister Ivan Kostov, leader of the Union of Democratic Forces

⁷ Bulgaria has a unicameral parliament composed of the National Assembly or Narodno Sabranie. National Assembly has 240 members elected for terms of four years. Political parties must receive at least 4% of total national vote to be represented in parliament. National Assembly is responsible for the formation of laws, approving the state budget, the data for presidential elections, the selection of prime minister, declarations of war, sending troops to international commitments and ratify international treaties

every definition of the mission of a new democratic state in its role of regulating the public relations and establishing a model for efficient distribution of powers between central government and local authorities.

The primary objective of this program was to rebuild the Republic of Bulgaria, in accordance with European standards as a modern European state based on sustainable development, clear national identity and modern governance based on rule of law and fundamental rights and freedoms of citizens, efficient market economy, capable of meeting the challenges of the 21st century and a new social policy. The strategic objective of the internal and external policy of the Republic of Bulgaria was to become a full member in the European Union and joining the Euro-Atlantic structures.

At the same time, analyzing the state administrative system concluded that the development of administrative structures has stopped at the end of 60 years', i.e. at the level of pre-industrial production. Processes of industrialization had no essential influence on government structures, although there were numerous attempts to reform government structures, even before 1989. However, it has not produced any result, on this contrary, the frequent reorganization have only increased instability in the system of governance and reduced the capacity to meet its goal.

In this respect, in order to implement the government program was formulated a strategy for transforming the model of governance of the country under the new provisions of the Bulgarian Constitution, with the Bulgarian society needs, of the modern principles of the democratic state, the establishment and organization of the administrative system. The new role of administration was defined as an active factor in achieving reform in the economy, improving the harmonization of Bulgarian legislation with the European Union. Clear expression of this goal of modernizing the government policy was the creation within the Council of Ministers of a ministry directly responsible for this area and government policy: a ministry of public administration.

Completion of this program began with the adoption of a strategy for establishing a modern administrative system of the Republic of Bulgaria.⁸

This strategy has allowed and supported the process of change. This process has ensured the implementation of democratic principles in general, recognized the formation and organization of administration in conditions of performance; created conditions to overcome any differences and imperfections of the hierarchical structures of power; eliminated the public entities with duplicate functions, and clearly defined its functions; ensured the implementation of an effective system for the recruitment of personnel in administration; a system of evaluation and control of the administration activities was created, thus limiting the opportunities for corruption; were introduced modern technology of informing in management and public administration work. An important element of the strategy of establishing a modern administrative system was the development of a territorial-administrative reforms and strengthening the role and authority of Governors in their basic locally institutions.

Achieving strategy provided an enlargement basis for policy regarding the regional development. This implemented policy was aimed to achieve a stable balance and an institutional development, as the basis for an effective decentralization and the creation of a modern system of institutional autonomy with a clear distribution of functions and responsibilities between authorities.⁹

⁸ Decree No. 36 of the Council of Ministers in February 1998; The strategy defines all practical measures to transform the model of governance, and general scope of the process - all spheres of state government at central level, within the system of legislative, executive, legal and power, and locally within the system of local autonomy.

⁹ National Plan for Economic Development and National Plan for Regional Development - adopted in October 1999 by the Bulgarian government

At the same time, basic Legislation was created for the launch of a regional and institutional differentiated and complex at an economical, social, environmental and public policy level.¹⁰

Bulgarian Government¹¹ of the Prime Minister Simeon Sax-Cobourg-Gotha¹² said that it would continue modernizing the government and administrative system of the Republic of Bulgaria and has committed to upgrade the whole strategy.¹³ The quality of minister of public administration was retained in the new cabinet, demonstrating the importance attributed to the modernization of government and administration.¹⁴

Until 1997, one of the factors for a stable democracy was missing in Bulgaria: broad public debate, which explores different ideas, projects, programs and concepts for public prosperity.

The government has centered the idea of "good governance" and gave a new dimension to the terms "democracy" and "broadening the involvement of citizens in public policy-making process". This perception, emphasized the essence of the transformation of public institutions and expanded its scope by including in it not only the formal institutional mechanisms, but at the same time animated public life. In this context, of changing the concept of "good governance" had a rational understanding, non-ideological. At the same time, governance received a new legitimacy, which reflects the fundamental character of the political and public transition.

The European dimension of the introduction of modern governance and establishing a new administrative system of the Republic of Bulgaria is based on the adoption of modern models of organization and functioning of the administration, in accordance with best practices in EU countries and "the requests for comparable results" from the administration in areas, that are subject to the Treaty of Maastricht established by the European Union. The basic criterion is to achieve real results and comparable results from the administrative structures in joint activities with those structures of the Member States of the European Union.

In the context of new political realities, the government has affirmed its commitment to initiate complex and directed reforms in order to create a new legitimacy of the state's institutions. The strategy takes into account modern trends of development and modernization of the administrative system by applying the latest achievements of science governance, combined with a broad application of modern information technologies in government and in public administration.

The distribution of government powers

The strategy to establish a modern administrative system is a key element for the distribution of powers of government outsourcing of certain activities every day, creating the opportunity to focus on strategic issues of state policy. Instruments for achieving this objective have been determined to be: an optimization of administrative-territorial structure of the country, de-concentration and decentralization of institutional competence (when possible and necessary). Optimizing the territorial-administrative structures of the country has been linked to the need to overcome differences in the administrative-territorial structure, inherited from the totalitarian state.

¹⁰ Regional Development Act, published in SG, No. 26, 1999, Decree No. 104 of Council of Ministers in 1999, published in SG, No. 53, 1999; One of the main objectives of the law was to create the preconditions necessary conditions for active participation of districts and municipalities in regional development policies, thereby providing a basis for decentralization and more effective governance rights. At the regional level there have been developed Regional Development Plans. District plans formed the basis for development of the national plan, based on municipal plans. This refers to a period of seven years being updated annually in order to reflect any changes in circumstances and depending on the availability of resources.

¹¹ National Assembly elected in July 2001 after the parliamentary elections of June 2001 (won with 42% of newly formed Motion National Simeon II - a coalition of two political formations - the National Movement for Oborishte Renaissance and Women's Party in Bulgaria

¹² Simeon Sax-Cobourg-son Gota is the last Bulgarian tsar Boris III (1918-1943).

¹³ Shares continued to Sergei Stanishev starting with September 2005

¹⁴ This job is held from September 26th 2005 by Nikolay Vassilev Vassilev

De-concentration was defined as an organizational activity appropriate for the transfer of certain powers in decision making at lower levels of hierarchy in a single administrative structure.¹⁵

The concept of decentralization¹⁶ is based not only on the traditional process of understanding of the procedure of transferring power and resources from one level to another but also the need to decentralize certain functions of the state - functional decentralization - the need to establish certain autonomous administrative structures specialized to perform the supervision, regulation and other similar functions, receiving legal, operational and financial autonomy, and which are autonomous from the state's central autonomy.

Establishing the regulatory function of decentralization began with the adoption of the new Constitution and the law regarding self-governance and local public administration.¹⁷ Developing the legal framework of autonomy and expand its functions,¹⁸ have been accepted as a good prospect for further development of institutional autonomy.

Among the classic examples of functional decentralization of public administration institutions in Bulgaria we can mention: The National Health Insurance¹⁹, National Insurance Institute²⁰, the National Radio and TV, the State Commission for Energy Regulation, Stock Exchange, etc... An essential element in formulating the concept of functional decentralization is the not belonging to the political functions and mandates.

Bulgarian Government policy envisages the effective distribution of power and decentralization as a means of extending the basis for developing an appropriate public policy, strengthening administrative capacity in view of achieving public interests.²¹

A model of organizing the administrative system

The analysis of the administrative condition of the Republic of Bulgaria has concluded that the organization of the administrative system is not responding to governance requirements imposed by the modern state and could not effectively help the government in its efforts to ensure financial and economical stability sustained by an irreversible growth of the democratic process.

It was determined the need to develop a unified regulatory framework for the performance of administrative structures.

The goal of this type of system is to provide all the improvements of the functioning of administrative structures and operational coordination between them. The determined structure of the administrative system is based on a functional classification of the different administrative structures within the system of executive power.

We can thus define basic administrative structures part of the administrative system, taking into account the functions. Within the system of the executive power, administrative structures are

¹⁵ A good example of effective decentralization in Bulgaria is the new organization of regional administrations and territorial services of the ministries, the Ministry of Health, Ministry of Education and Science, etc...

¹⁶ An example of territorial decentralization is the municipality that has legal autonomy, its own budget, elected governing body, without dependency chain from national structures.

¹⁷ Posted in SG, No. 77 of September 1991, with multiple changes which can enounce SG, No. 24/14.03.1995, No. 49/30.05.1995, No. 65/21.07.1995, No. 90/24.10.1996, No. 122/19.12.1997, No. 33/24.03.1998, No. 130/05.11.1998, No. 154/28.12.1998, No. 67/27.07.1999, No. 69/03.08.1999, No. 26/29.03.2000, No. 85/17.10.2000, No. 1/02.01.2001, No. 28/19.03.2002, No. 45/30.04.2002, No. 119/27.12.2002, No. 69/05.08.2003, SG, No. 1, 2001, No. 69/05.08.2003, in force since 27.10.2003

¹⁸ including rules of financial independence of municipalities

¹⁹ covered by health insurance law in 1998 and established on 15 March 1999 as an autonomous public institution

²⁰ Was founded on 15 November 1995, by the Law on social security (Article 1. (2))

²¹ See Julian Boev, Strategy for Establishment of a Modern Administrative System (Semas), The Bulgarian approach to modernizing the public administration system, Strategma Agency, Sofia, 2002

as follows: The Administration Council of Ministers - the strategic center for training and general coordination of national policy; ministries – strategic units of elaboration, planning, methodological assistance and monitoring implementation of policy domain, state agencies - supporting administrative structures for the implementation of policies outside the competence of ministries; State committees - specialized administrative structures to control the implementation of domain policies; executive agencies – specialized structures for the performance of administrative services.

The adopted model has shown the organizational identity of the internal structure and overcoming hierarchical disparities. The introduction of common rules for the internal organization of administrative structures is a requirement for continuation of benefits to implementing the decentralization and de-concentration of power. Constitution of the Republic of Bulgaria presents a model for the governance and distribution of powers between authorities.

Under the Constitution, the Republic of Bulgaria is a unitary state with local self-government.²² Autonomous territorial formations are not allowed; as such we can not talk about the possibility of a territorial autonomy.

General review process

In accordance with the principles of the state governed by law, the government has adopted legislative approach of fitting the new model of organization of the administrative system. The law of public administration was the first of a series of legal acts, having the aim to implement new model of administrative organization system. Law on Public Administration regulates the administrative Bulgarian system. The law governs the forms of organization of administrative structures (types of administrative structures in the executive power) as well as the general principles of internal administrative structures and they work. This ensures identity and transparency in the administrative structures and is a necessary condition for a better organization on the horizontal and vertical of the authorities.

In applying the concept of power the law establishes the order and the additional conditions for the creation of complementary administrative structures.

An important aspect is the legal regulation of these additional administrative structures. Organizational they are subject to the general organization of administrative structures. Meanwhile, the management of these structures is double, s directors of autonomous administrative structures they obtained the status of executive bodies – and, in order to ensure the independence and professional competence of the directors of the administrative structure it was introduced the mandate principle as well as an obligation of the candidates to participate in ongoing professional service.²³

The law of public administration introduced a regulatory distinction between political and administrative functions, through the organizational form of political office.

The system of shared responsibility that took place in a number of important sectors²⁴ was imperfect because of the lack of rules and regulations, fiscal centralization and excessive function, which has limited the institutional autonomy.

By the year 2001 was created a register of administrative structures as an important tool for future planning of these structures but also for a review of performance in trying to modernize the

²² The Republic of Bulgaria has 262 administrative units with an average of 20 villages / administrative unit and an average of 30 000 inhabitants. Such ratios are considerably higher compared to most of European countries.

²³ When he assumed his duties, the government in 2001 (SG, No. 99, 2001) reviewed the status of the directors of executive agencies and the one of the members of state committees. Thus from the first 6 months of the governance of the new cabinet this has changed 81 officials from all ministries and central administrative structures, - introducing new requirements for recruitment to certain management positions.

²⁴ Such as health care, social activities, infrastructure, finance, etc.

administration. The Register was followed by creation of a computer program²⁵ which was aimed to help government in shaping its structure to meet the requirements of the Public Administration Law.

Conclusions

Bulgarian experience in modernizing government and administrative system is undoubtedly significantly related to historical development, having common elements, even identical with existing stage in the development of Romania. Meanwhile, the impact of the implementation of new laws can not yet be assessed categorically, since the reform process results are visible in the years of implementation.

Good governance has a central position in the sphere of public governance of the Bulgarian state. Meanwhile, the lack of clear and well defined mechanisms of trying to introduce the concept of governance in all spheres (economic, public policy, social security, education, environment, etc...) produced some fragmentations and does not ensure the right decisions in government practice.

The analysis of the system shows the following:

Successful factors depend on two conditions: conditions that relate to the whole system of state administration and internal conditions within the system of executive power.

Conditions, which relate to the whole system of state administration:

A. Stability of political system

B. The codification of the legislation – the development of common rules for the organization of work, in particular the ones of the administrative structures having the aim to improve their functioning;

C. Effective coordination and interaction between bodies of state's power in the development and implementation of public policies.

Internal conditions within the system of executive power

1. Government Commitment to sustainability in time of the process.

2. Use of available human resources matched by the increase of specialized competence through professional qualifications;

3. The stability of coordination between ministries in government policy development by stimulating horizontal links within the administration;

4. Establishing a control mechanism for administrative and assessment of the effectiveness of the administration on the implementation of legislation;

5. Attractiveness of public service by regulating the status of civil servant in the reduction of corruption through the introduction of competition principles in the recruitment of civil servants, creating the conditions for promotion and career prospects and an adequate remuneration;

6. Active involvement in territorial process of the institutes of the executive power and local self-government authorities - increasing the role and importance of Governors as a regional transmission policy at the local level; filing with content of the mayors of the municipalities for the legal powers in implementing the state policy;

²⁵ Entitled Configuring model of organizational structures of public administration

SECURITY RISKS, TRUST AND IT COMPLIANCE

Adriana BARNOSCHI¹

Abstract

Establishing a dialog between IT and business leaders can further the deployment of needed security systems by defining them in terms of how they help achieve regulatory objectives rather than simply proposing the in complex technology terms.

Most large enterprises are managing comprehensive programs to ensure that they meet the stringent but often nebulous guidelines put forward by the Payment Card Industry Data Security Standard (PCI DSS), Gramm-Leach-Bliley Act (GLBA) and Sarbanes-Oxley Act (SOX) - to name a few in USA - Directive 2004/39/EC, Directive 95/46/EC and Romanian legislation: Banking Law nr. 58/1998.

This paper explores these standards and regulations and describes the recommendations or the requirements they impose for using encryption and related technologies. Then, I review the necessity of sensitive data protection and I discuss the current state of this technology and the contributions VeriSign Inc. and Tripwire Co. in order to help organizations protect critical data and instill trust for their customers.

This article presents the high-level goals of the PCI DSS, the two areas of technical control the PCI DSS requires— configuration and change process controls and how compliance policy management helps you address the configuration checklist items in the PCI DSS.

Finally, but not the last, a few words about money and how economic downturn hits IT budget.

KEY WORDS: SOX, PCI, Compliance, Risk management, Directive 2004/39/EC

1. Introduction

In the last recent years, we have confronted with frequent data security breaks. Standards and regulation - developing bodies, such as the Center for Internet Security (CIS), National Institute of Standards and Technology (NIST), and the Defense Information Security Agency (DISA), have issued security standards that sum best practices for data security of any enterprise. Voluntary or mandatory, organizations should achieve compliance with these standards in order to optimize their security position.

The question is: *who is responsible for more and more haze between IT governance, IT risk management, and IT compliance?* A lot of organizations are beginning to trace out the right line between those above, by addressing regulatory and compliance requirements. Each company must identify, track and validate all business processes to ensure that its operations are compliant. In this way, the organizations have realized that they could improve their information security posture.

Security isn't quite the same thing as *compliance*. Both are without doubt closely tangled, but compliance is a union between having a secure and auditable network.

Compliance management works like this: You collect a checklist of configuration parameters that, if implemented, result in your network complying with rules and regulations you're required to comply with — the Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA), the Sarbanes-Oxley Act, CISSP, and so on. Typically, you also need to have a process that prevents unauthorized changes to these critical configuration areas. You must be able then to demonstrate

¹ University "Nicolae Titulescu" Bucharest, abarnoschi2002@yahoo.com

your compliance — prove that the correct configurations are in place, which they *have been in place*, and that, thanks to your process; they're likely to remain in place in the future.

Where and how compliance and risk management should converge is a unique *challenge* for every organization. Enterprises pursue detailed risk management efforts, seeking the benefit of their security programs. Enterprises put at focal point those resources that present the greatest risk of their businesses success.

Financial service leaders are responsible to these challenges with a spirit of continuous innovation, toward their business process and supporting new technology. They are modernizing their IT infrastructure, implementing business process best practices, and deploying efficient solutions. What some managers see as routine technology upgrades, visionary executives understand as investments in new revenue and growth opportunities.

Section 2 contents the standards and/or regulations that consent the use of security and protection technologies in a variety of circumstances, created by USA and EU institutions.

Section 3 represents the theoretical background of the security controls, as: detection of security breaches, their documentation and recovery, implementation and supervise of controls; and the audit of labor and applications.

Section 4 argues the necessity of data protections. In the last few years, there is a large increase of: the number of online frauds, the lost of the revenues by credit cards institutions and the fear of consumers, being victims of phishing attacks and identity theft. That's why it is imperative necessary to protect sensitive data and to raise the customer confidence.

Section 5 recommends the information security governance framework that corporations can readily adopt. PCI DSS covers many kinds of vulnerabilities that can exist in electronic commerce, and one of its foremost provisions is to require adequate *encryption* of cardholder data while it is being transmitted. MasterCard's Site Data Protection *Plan* and Visa's Cardholder Information Security *Program* require an annual on-site security *audit*

Also, Tripwire Enterprise and Tripwire Log Center provide a wide solution for guarantee PCI DSS compliance and reduce security risks (presented in *Section 6*).

In *section 7* I talk about IT budget of the economic recession. I present the picture of delivering applications to the business.

Finally, I present a few *conclusions* about these two topics: regulatory compliance and risk management. In response to these laws, management must be more responsive of the need for a continuous and proactive operational risk management environment that recognizes the links between its technology infrastructure, business processes, reputation, compliance, and internal controls.

2. LITERATURE REVIEW OF REGULATORY COMPLIANCE

The rising public reaction for the loss of privacy in the information age has occurred at the same time as several profile investor fraud cases. Regulations about privacy and business integrity have emerged in response.

Privacy regulations include:

- The *United States* passed the Health Insurance Portability and Accountability Act (**HIPAA**), which dictates how personal medical information is used and shared. It also establishes security standards for healthcare providers to ensure private data is adequately protected.
- The **Directive 95/46/EC** defines European Union (*EU*) regulations about how personal data is collected, stored, shared, and updated.
- *Canada* has passed the Personal Information Protection and Electronic Documents Act (**PIPEDA**), defining standards for protecting personal data.

Business integrity regulations include:

- The Sarbanes-Oxley (**SOX**) Act, which is perhaps the most well-known government regulation, was issued in response to recent corporate and investment scandals. This regulation broadly covers the governance of public companies. Its impact on IT operations focuses primarily on ensuring the integrity of financial reports, ensuring internal procedures are appropriate to guarantee data integrity, and reporting material changes in a company's operations.
- Title 21, Code of Federal Regulations, Part 11 (21 CFR Part 11) was created by the United States Food and Drug Administration (*FDA*) to define proper controls on the use of electronic signatures and electronic documents in the pharmaceuticals industry.
- **Basel II** was created by the Bank for International Settlements, an international organization designed to promote cooperation in international banking, to ensure banks properly manage and report credit risks.

Although government regulations are varied in context, they share a common requirement—protecting data from unauthorized access and changes. Rather than try to create policies, procedures, and technical solutions to individual regulations, a common security framework that addresses access controls, identity management, and content filtering, combined with other information security tools and techniques can solve the problem.

The legislation and regulations governing HIPAA, SOX include *criminal penalties* –up to 10 years- for destruction, alteration or falsification of records.

Some members of Congress have also called for new laws that would regulate the type of information that can be gathered and shared.

Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC (in L 145/34 EN Official Journal of the European Union 30.4.2004).

(61) With a view to protecting clients and without prejudice to the right of customers to bring their action before the courts, it is appropriate that Member States encourage public or private bodies established with a view to settling disputes out of court, to cooperate in resolving cross border disputes, taking into account Commission Recommendation 98/257/EC of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out – of court settlement of consumer disputes (1). When implementing provisions on complaints and redress procedures for out of court settlements, Member States should be encouraged to use existing cross-border cooperation mechanisms, notably the Financial Services Complaints Network.

(62) Any exchange or transmission of information between competent authorities, other authorities, bodies or persons should be in accordance with the rules on transfer of personal data to third countries as laid down in Directive 95/46/EC.

Article 54

Professional secrecy

1. Member States shall ensure that competent authorities, all persons who work or who have worked for the competent authorities or entities to whom tasks are delegated pursuant to Article 48(2), as well as auditors and experts instructed by the competent authorities, are bound by the obligation of professional secrecy. No confidential information which they may receive in the course of their duties may be divulged to any person or authority whatsoever, save in summary or aggregate form such that individual investment firms, market operators, regulated markets or any other person cannot be identified, without prejudice to cases covered by criminal law or the other provisions of this Directive.

2. Where an investment firm, market operator or regulated market has been declared bankrupt or is being compulsorily wound up, confidential information which does not concern

third parties may be divulged in civil or commercial proceedings if necessary for carrying out the proceeding.

3. Without prejudice to cases covered by criminal law, the competent authorities, bodies or natural or legal persons other than competent authorities which receive confidential information pursuant to this Directive may use it only in the performance of their duties and for the exercise of their functions, in the case of the competent authorities, within the scope of this Directive or, in the case of other authorities, bodies or natural or legal persons, for the purpose for which such information was provided to them and/or in the context of administrative or judicial proceedings specifically related to the exercise of those functions. However, where the competent authority or other authority, body or person communicating information consents there to, the authority receiving, the information may use it for other purposes.

4. Any confidential information received, exchanged or transmitted pursuant to this Directive shall be subject to the conditions of professional secrecy laid down in this Article. Nevertheless, this Article shall not prevent the competent authorities from exchanging or transmitting confidential information in accordance with this Directive and with other Directives applicable to investment firms, credit institutions, pension funds, UCITS, insurance and reinsurance intermediaries, insurance undertakings regulated markets or market operators or otherwise with the consent of the competent authority or other authority or body or natural or legal person that communicated the information.

5. This Article shall not prevent the competent authorities from exchanging or transmitting in accordance with national law, confidential information that has not been received from a competent authority of another Member State.

3. THEORETICAL BACKGROUND

Network management technologies such as traffic monitoring, packet analysis and policy-based management are finding their way into new and existing security tools. Systems management vendors are adding security capabilities to perform vulnerability scans distribute patches and help customers maintain compliance.

Regulatory compliance is a mandate that encompasses a variety of specific technologies. Here are some tools and tactics being used by companies:

- **Security event management;**
- **Identity management:** Corporate requirements to adhere to compliance regulations and a need to automate and secure electronic interaction among partners are the major issues driving interest in identity management, according to users and analysts;
- **Continuous data protection: CDP** is a relatively new technology. CDP software is aware of all changes in data as the changes occur and it saves both the changed data and the metadata describing the change (a timestamp and pointers to where the changed data is located);
- **Data leakage protection:** This threat entails employees leaking sensitive data about customers, finances or intellectual property in violation of security policies and regulatory requirements;
- **Security operations center:** Regulatory pressure is driving the development of security operations centers. SOX is a good example.

In reality, the *goal* of effective security controls is to prevent security breaches from occurring, and when they do, to allow quick detection and recovery. This requires not just following a checklist, but understanding the organization's compliance and security objectives, understanding what the top risks to achieving those objectives are, having adequate situational awareness to identify where we need controls to moderate those risks, and then implementing and monitoring the correct production controls.

Passed in the wake of accounting scandals at companies such as *Enron* and *WorldCom*, SOX is designed to deter fraud and add transparency to public companies' financial reporting procedures. Among the more onerous of the legislation's requirements is **Section 404**, which calls for companies and their auditors to formally attest to the existence and adequateness of internal controls over financial reporting systems.

Establishing, testing and documenting such controls mean a time-consuming effort that not only has financial departments scrambling but involves nearly every aspect of IT.

Today, *audits* extend to multiple applications, including accounting, payroll, management materials and decision support systems. Auditors today look not only at backup, data center security and password administration but also division of labor within the department.

4. THE NECESSITY OF DATA PROTECTION

The **trust** of online consumers is crucial for the success of any company that requires sensitive data to be provided over the Web. In e-commerce, customers are concerned about *identity theft* and therefore, they are rightly wary about doubtful sources, when they have to provide their personal information, especially their credit card numbers. In other types of online transactions, people are hesitant to provide *sensitive information*, like: ID number, social security numbers, passwords, health and other confidential personal information, or sometimes even just name, address, and phone number. They fear that the information could be intercepted by transfer, or the destination is captured by imposters with bad intention.

In 2006, TNS Research reported that 70% of online consumers have abandoned a purchase because of security concerns. Other people may defeat their fears making small purchases, but limit the size of their transactions.

In 2007, an estimated \$3.6 billion in online revenues was lost to online fraud—up more than 16% from 2006. The total number of unique phishing reports submitted to the Anti-Phishing Working Group (APWG) in January 2008 was 29.284, an increase of nearly 9% from the previous month.

According to the New York Times, on January 19, 2009, Heartland Payment Systems disclosed that they may have exposed the credit information of tens of millions of credit and debit card holders in what may be one of the largest data compromises to date. Heartland had been compliant with the Payment Card Industry Data Security Standard (PCI DSS), the standard designed by the major credit card companies to “protect consumers, merchants and banks from the theft or loss of credit information and any subsequent fraudulent activity.”

5. PAYMENT CARD INDUSTRY DATA SECURITY STANDARD (PCI DSS)

In 2005, the world's biggest credit card issuers including MasterCard, Visa, American Express, Discover, and the JCB International Credit Card Company formed a consortium for the purpose of establishing adequate and consistent data security measures that must be used by all merchants, banks, and service providers that store, process, or transmit cardholder data. In 2005 this consortium issued version 1.1 of this set of measures and called it the **Payment Card Industry Data Security Standard (PCI DSS)**. In subsequent years, as both the technology and the thieves became more sophisticated, the consortium enhanced PCI DSS and it is expected to continue doing so for the foreseeable future.

PCI DSS covers many kinds of vulnerabilities that can exist in electronic commerce, and one of its foremost provisions is to require adequate *encryption* of cardholder data while it is being transmitted. Specifically, it requires strong cryptography such as 128-bit encryption—the minimum level provided by VeriSign Server Gated Cryptography (SGC) **SSL Certificates** for over 99.9% of site visitors. While this level is considered adequate as of the date of this writing by both PCI and VeriSign, it will not always be sufficient.

Specifically, PCI DSS requires encryption for public network Web traffic, SSL VPN for remote access solutions, email encryption (TSL, S/MIME, PGP or desktop-to-desktop) and IPsec VPN to protect payment card information. These requirements apply not only to data in motion but also data at rest in databases, Web servers, and applications that store and/or process credit card data. PCI DSS also requires that crypto keys and their transmissions and storage be effectively managed.

While not mandated by the standard, it is also recommended that organizations provide visibility into the SSL traffic to detect threats and employ Web gateway solutions that offer SSL scanning and policy enforcement for encrypted traffic. Finally, for organizations that adhere to the standard by employing adequate encryption, it makes sense to plainly publicize that fact to customers, thieves, and PCI enforcement bodies by prominently displaying widely recognized indicators of the safety of their e-commerce Web sites, such as the VeriSign Secured® Seal.

While these practices vary from issuer to issuer, MasterCard's Site Data Protection *Plan* and Visa's Cardholder Information Security *Program* are representative.

They each require an annual on-site security *audit* for any merchant that processes more than six million transactions per year or has suffered a security breach that resulted in an account compromise, and for any service provider that processes credit card information or serves as a payment gateway. Other merchants and service providers are required to fill out and submit an annual self-assessment questionnaire in lieu of the on-site audit. In addition, all merchants and service providers must perform a quarterly network scan.

The *penalties* for violators are severe. They may face higher processing fees or, in more severe cases, can even be barred from using or processing PCI member credit cards at all.

6. TRIPWIRE ENTERPRISE

Tripwire has helped over 7000 organizations meet compliance requirements and secure their IT infrastructure with industry-leading security and compliance automation solutions that include Tripwire® Enterprise for configuration control and Tripwire® Log Center for log and event management. The Tripwire Enterprise solution delivers proven *file-integrity monitoring*, real-time intelligent assessment of change with ChangeIQ™ capabilities, and one-touch access to remediation guidance to meet the configuration and change process controls described in the preceding sections. Tripwire Log Center, an all-in-one *log and event management solution*, can be tightly integrated with Tripwire Enterprise to meet the log management requirements of the PCI DSS and further enhance security with security event data on changes flagged for review by ChangeIQ capabilities.

Together, Tripwire Enterprise and Tripwire Log Center provide a broad solution for ensuring PCI DSS compliance and reducing an organization's security risks.

Tripwire Enterprise helps meet the configuration control requirements of the PCI DSS by ensuring that in-scope IT configurations comply with the PCI DSS. Tripwire Enterprise does this by using Tripwire's policy for PCI—a policy based on vendor hardening standards certified by the Center for Internet Security (CIS)—to compare the current state of each configuration setting against specific settings required by the PCI DSS. The results of the assessment show which configuration settings are out of compliance, and also provide prescriptive guidance for getting those settings into a compliant state.

Organizations can further meet configuration control requirements of the PCI DSS with Tripwire Log Center, which continually monitors configuration settings to verify that both auditing functions and security settings are in compliance. In addition, Tripwire Log Center speaks directly to PCI Requirement 10, as well as the log management needs of other PCI requirements, collecting logs, encrypting them for secure storage, retaining them and providing real-time analysis of both log and event data to meet the need to review logs daily to detect suspicious activity. And Tripwire Log Center not only supports PCI DSS compliance, but also improves

security by using its security event management capabilities to provide details on what type of security event happened and when and who accessed cardholder data, and by matching specific user accounts to associated events.

	Benchmark Provides Specific Prescriptive Tests	Framework Outlines Security Program Requirements	Regulation/Law Force of Law (Penalty). Results Focused
CIS Benchmarks	✓		
DISA Checklists	✓		
Vendor Security Guidance	✓		
COBIT v.4.1		✓	
ISO 27001		✓	
NIST 800-53		✓	
HIPAA		✓	✓
PCI	✓ (Semi)	✓	✓
NERC CIP		✓	✓
SOX			✓
FISMA			✓

7. ECONOMIC RECESSION STRUCK IT BUDGET

The ability to prevent data theft is knotted with compliance authorization such as PCI. The survey puts to rest the notion that the economic downturn would result in companies ignoring compliance in favor of more lucrative endeavors. Only 18% of enterprises cited decreasing compliance spending, with 56% increasing, making compliance one of the most robust spending areas for IT in 2009. No single law or regulation is driving this activity -- respondents reported "industry-specific regulations" most commonly, followed by the Health Insurance Portability and Accountability (HIPAA) and Sarbanes-Oxley (SOX) acts and the usual suspects.

The picture of delivering applications to the business is the following:

- ✓ Business software budgets are increasing at 36% of shops, with 32% holding the line;
- ✓ Business intelligence is the biggest software winner, with spending at 57% of shops; business process management was the second-highest priority at 38%;
- ✓ Only 27% reported reducing their development efforts; and
- ✓ Software as a Service will see a gain at 21% of IT departments.

Risk management and *compliance* will always be part of the **financial markets landscape**. How firms address those needs today will impact their competitiveness far into the future. The necessity for infrastructure reinvestment is evident and direct, the best uses for *new capital* are sometimes less clear. The challenge for structural change will be for those who choose wisely efficiency, quick response, competence and profit.

8. CONCLUSIONS

Regulatory requirements such as SOX and HIPAA are placing security and auditing demands on companies. Establishing a dialog between IT and business leaders can further the deployment of needed security systems by defining them in terms of how they help to achieve regulatory objectives rather than simply proposing them in complex technology terms.

Complexities here arise from the myriad new regulations brought by national governments and international bodies and the many new anti-money laundering (AML) laws and regulations.

Assuring compliance and creating robust archives requires the ability to track, record and respond to transactions across the entire enterprise—a massive integration and processing task.

The companies know that SSL Certificates provided the necessary protection for sensitive information and that they can be easily implemented by e-commerce companies and other institutions that transmit and receive credit card information over the Internet. They also know that without pressure to act, many of these companies would be slow to adopt the technology.

The credit card companies that comprise PCI are very serious about compliance and have set up rigorous validation processes and penalties for those who breach the standard.

A good first step is to identify the configuration and change process controls described by the PCI DSS that, if not properly implemented, can lead to increased security risk to computing systems in the cardholder environment. I recommend the implementation of the solutions like Tripwire Enterprise, which provide continuous file integrity monitoring, real-time intelligent assessment of change, and easy access to remediation advice to get key files and configurations into a secure and compliant state and keep them there continuously. I consider sophisticated log and event management solutions such as Tripwire Log Center to provide real-time surveillance of logs and the ability to identify potential security threats so that if a security risk is detected, I can immediately determine root cause and repair issues before a significant security incident occurs.

Risk management and compliance will always be part of the financial markets landscape. The challenge for structural change will be for those who choose wisely efficiency, quick response, competence and profit. In response to these laws, management must be more responsive of the need for a continuous and proactive operational risk management environment that recognizes the links between its technology infrastructure, business processes, reputation, compliance, and internal controls.

8. References

1. NIST, Special Publication 800-12: *An Introduction to Computer Security*: The NIST handbook, October 1995, Chapter 11
2. Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004; L145/34 EN Official Journal of the European Union 30.4.2004
3. MIKE ROTHMAN, *Preparing for security unknowns* - article in *Virtualization security*, sponsored by SOURCEfire and Tripwire, 2009, pag.24
4. VeriSign Inc., *Getting in Compliance with Government with Data Regulations by Leveraging Online Security Technology*, 2008, WP 00026065 6-16-2008, pag.4-5
5. State of Information Security Survey 2008 www.bankinfosecurity.com/survey.php
6. Tripwire Inc., *Beyond PCI Checklists*, WP BCL2a, 2010, pag.2-3
7. SEAN SHERMAN, *Addressing Compliance Initiatives with Tripwire Enterprise and the Center for Internet Security*, Tripwire Inc., 2010, WPCIS2a, pag.5
8. JAIKUMAR VIJAYAN, *Heartland Breach Shows Why Compliance Is Not Enough*, Tripwire Inc., 2009, WPpag.5-6

INTELLIGENT METHODS FOR COOPERATION ACTIVITIES IN VIRTUAL ENTERPRISES

ADINA CRETAN¹
EMIL FLOREA²

Abstract

This paper presents a software infrastructure designed to support cooperation activities that can occur among organizations grouped in virtual alliances. This IT system offers a collaboration framework which fully preserves the autonomy of these organizations in a dynamic and concurrent environment.

The purpose of this work is to provide a cooperation support for small and medium enterprises which cannot or do not want to fulfill a major contract alone. In that case, in order to better meet a higher external demand, the managers are willing to subcontract parts of their contracts even to competitors.

This approach is illustrated by a business-to-business interaction, being proposed a sample scenario where partners are autonomous gas stations grouped in a virtual alliance.

Keywords: *SME, B2B interaction, subcontracting, cooperation, collaboration.*

Introduction

Recent advances in the information technology have made possible the development of a new type of organization, the virtual organization. Taking into account the connection between the new communication technologies and the relationships between the industrial organizations, two main directions are distinguished. The first direction considers the Internet and the Informatics as being the main technologies that facilitate the communication between persons. The second direction, more visionary, is focused not only on the communication but mainly on the modalities that allow the information technologies to coordinate in an efficient fashion and with minimal effort requirements the activities of individuals.

Related to the second direction, the concept of “virtual enterprise” or “network of enterprises” has emerged to identify the situation when several independent companies decided to collaborate and establish a virtual organization with the goal of increasing their profits.

Given this general context, the objective of the present paper is to develop a conceptual framework and the associated informational infrastructure that are necessary to facilitate the collaboration activities and, in particular, the negotiations between independent organizations that participate in a virtual alliance.

The starting point in the development of this work was the goal to support small and medium enterprises that are not able or are not willing to perform alone a large contract since in this situation the association in a virtual alliance provides the opportunity to subcontract the tasks of the contract to other partners within the alliance. To achieve this goal, research was dedicated to the development of a model to coordinate the negotiations that take place within an inter-organizational alliance. Our research was focused on the topics of virtual alliances, automation of the negotiations and of coordination aimed to provide the mechanisms for coordinating the negotiations that take place among autonomous enterprises that are grouped in a virtual alliance.

Assuming that the nature of the roles that may be played in a negotiation are similar in multiple approaches, the number of participants involved at the same time in the same negotiation

¹ “Nicolae Titulescu” University, Computer Science Department
E-mail: adinacretan@univnt.ro

² “Nicolae Titulescu” University, Computer Science Department
E-mail: eflorea@univnt.ro

is considerably different.

Depending on the number of participants involved in a negotiation, we may distinguish various negotiation types: *bilateral negotiation (one-to-one)*; *one-to-many negotiation*; *many-to-many negotiation*.

Taking into account the complexity of the negotiations modeled by multi-agent system, we can state that to conduct in an efficient fashion one or many negotiations that involve a large number of participants and to properly account for all negotiation dimensions, it is necessary to develop a coordination process that is defined outside of the specific constraints of a given decision mechanism or communication protocol.

The negotiation process was exemplified by scenarios tight together by a virtual alliance of the autonomous gas stations. Typically, these are competing companies. However, to satisfy the demands that go beyond the vicinity of a single gas station and to better accommodate the market requirements, they must enter in an alliance and must cooperate to achieve common tasks. The type of alliance that we use to define their association emphasizes that each participant to this alliance is completely autonomous i.e., it is responsible of its own amount of work and the management of its resources. The manager of a gas station wants to have a complete decision-making power over the administration of his contracts, resources, budget and clients. At the same time, the manager attempts to cooperate with other gas stations to accomplish the global task at hand only through a minimal exchange of information. This exchange is minimal in the sense that the manager is in charge and has the ability to select the information exchanged. Taking into account the constraints imposed by the autonomy of the participants and also the fact that the participants are initially competing, the only means to distribute the information or the resources are provided by the negotiation process.

When a purchasing request reaches a gas station, the manager analyses it to understand if it can be accepted, taking into account job schedules and resources availability. If the manager accepts the purchasing request, he may decide to perform the job locally or to partially subcontract it, given the gas station resource availability and technical capabilities. If the manager decides to subcontract a job, he starts a negotiation within the collaborative infrastructure with selected participants. In case that the negotiation results in an agreement, a contract is settled between the subcontractor and the contractor gas station, which defines the business process outsourcing jobs and a set of obligation relations among participants [1].

The gas station alliance scenario shows a typical example of the SME virtual alliances where partner organizations may be in competition with each other, but may want to cooperate in order to be globally more responsive to market demand.

The collaborative infrastructure, that we describe, should flexibly support negotiation processes respecting the autonomy of the partners. We are briefly describing in section 2 the architecture of the collaboration system in which the interactions take place [2].

The main objective of this paper is to propose a collaboration framework in a dynamical system with autonomous organizations. In Section 3 we define the Coordination Components that manage different negotiations which may take place simultaneously. In Section 4 we present how the structure of the negotiation process can be used by describing a particular case of negotiation. Finally, Section 5 concludes this paper.

The Collaborative Infrastructure

The collaborative infrastructure offers generic mechanisms to support different activities, especially negotiation activities, in a distributed environment. This infrastructure is structured in four main layers: Manager, Collaborative Agent, Coordination Components and Middleware. A first layer is dedicated to the Manager of each organization of the alliance. A second layer is dedicated to the Collaborative Agent who assists its gas station manager at a global level (negotiations with different participants on different jobs) and at a specific level (negotiation on

the same job with different participants) by coordinating itself with the Collaborative Agents of the other partners through the fourth layer, Middleware [3]. The third layer, Coordination Components, manages the coordination constraints among different negotiations which take place simultaneously.

Figure 1 shows the architecture of the collaborative system:

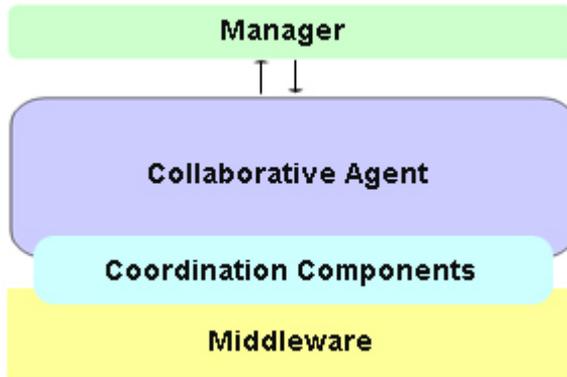


Figure 1. The architecture of the collaborative system

A Collaborative Agent aims at managing the negotiations in which its own gas station is involved (e.g. as initiator or participant) with different partners of the alliance.

Each negotiation is organized in three main steps: initialization; refinement of the job under negotiation and closing [4]. The initialization step allows to define what has to be negotiated (Negotiation Object) and how (Negotiation Framework) [5]. A selection of negotiation participants can be made using history on passed negotiation, available locally or provided by the negotiation infrastructure [6]. In the refinement step, participants exchange proposals on the negotiation object trying to satisfy their constraints [7]. The manager may participate in the definition and evolution of negotiation frameworks and objects [8]. Decisions are taken by the manager, assisted by his Collaborative Agent [9]. For each negotiation, a Collaborative Agent manages one or more negotiation objects, one framework and the negotiation status. A manager can specify some global parameters: duration; maximum number of messages to be exchanged; maximum number of candidates to be considered in the negotiation and involved in the contract; tactics; protocols for the Collaborative Agent interactions with the manager and with the other Collaborative Agents [10] [11].

Coordination Components

In order to handle the complex types of negotiation scenarios, we propose five different components:

- *Subcontracting* (resp. *Contracting*) for subcontracting jobs by exchanging proposals among participants known from the beginning;
- *Block* component for assuring that a task is entirely subcontracted by the single partner;
- *Divide* component manages the propagation of constraints among several slots, negotiated in parallel and issued from the split of a single job;
- *Broker*: a component automating the process of selection of possible partners to start the negotiation;
- *Transport* component implements a coordination mechanism between two ongoing negotiations in order to find and synchronize on the common transport of both tasks.

These components are able to evaluate the received proposals and, further, if these are valid, the components will be able to reply with new proposals constructed based on their particular

coordination constraints [12].

From our point of view the coordination problems managing the constraints between several negotiations can be divided into two distinct classes of components:

- Coordination components in closed environment: components that build their images on the negotiation in progress and manage the coordination constraints according to information extracted only from their current negotiation graph (*Subcontracting, Contracting, Block, Divide*);

- Coordination components in opened environment: components that also build their images on the negotiation in progress but they manage the coordination constraints according to available information in data structures representing certain characteristics of other negotiations currently ongoing into the system (*Broker, Transport*).

Following the descriptions of these components we can state that unlike the components in closed environment (*Subcontracting, Contracting, Block, Divide*) that manage the coordination constraints of a single negotiation at a time, the components in opened environment (*Broker, Transport*) allow the coordination of constraints among several different negotiations in parallel [13].

The novelty degree of this software architecture resides in the fact that it is structured on four levels, each level approaching a particular aspect of the negotiation process. Thus, as opposed to classical architectures which achieve only a limited coordination of proposal exchanges which take place during the same negotiation, the proposed architecture allows approaching complex cases of negotiation coordination. This aspect has been accomplished through the introduction of coordination components level, which allows administrating all simultaneous negotiations in which an alliance partner can be involved.

The coordination components have two main functions such as: i) they mediate the transition between the negotiation image at the Collaboration Agent level and the image at the Middleware level; ii) they allow implementing various types of appropriate behavior in particular cases of negotiation. Thus we can say that each component corresponding to a particular negotiation type.

Following the descriptions of this infrastructure we can state that we developed a framework to describe a negotiation among the participants to a virtual alliance. To achieve a generic coordination framework, nonselective and flexible, we found necessary to first develop the structure of the negotiation process that helps us to describe the negotiation in order to establish the general environment where the participants may negotiate. To develop this structure, we proposed a succession of phases that are specific to different stages of negotiation (initialization, negotiation, contract adoption) that provided a formal description of the negotiation process. The advantage of this structure of the negotiation process consists on the fact that it allows a proper identification of the elements that constitute the object of coordination, of the dependencies that are possible among the existing negotiations within the alliance, as well as the modality to manage these negotiations at the level of the coordination components.

The structure of the negotiation process

The various coordination components in open or closed environment, which we just defined, highlight the main features implemented in this negotiation process: distributive and parallelism.

Coordination schemes, which are implemented in coordination distribution through the components, can be executed in parallel by the proposed infrastructure.

According to our approach regarding the negotiation, the participants to a negotiation may propose offers and each participant may decide in an autonomous manner to stop a negotiation either by accepting or by rejecting the offer received. Also, depending on its role in a negotiation, a participant may invite new participants to the negotiation.

In order to illustrate this approach, we present a schematic example of a negotiation process using negotiation and coordination mechanisms that we proposed in this paper.

Negotiation process that we present in Fig.2 is divided into five parts (initialization, choice

of tactics, choice of partners, negotiation and adoption). Judicial proceedings aimed at defining the steps to be followed and the establishment of the necessary components to coordinate implementation of the negotiation process involving multiple concurrent negotiations.

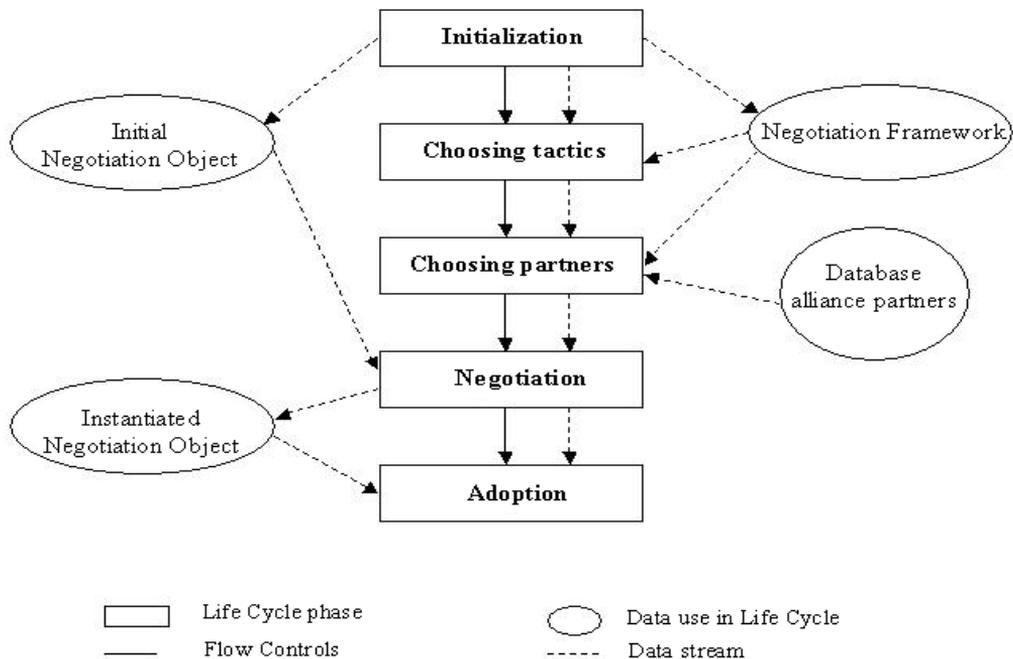


Figure 2 – The structure of the negotiation process

Initialization. The Manager initiates a subcontracting of a task, defining and communicating to the Collaborative Agent the properties and the constraints of the negotiation object and the negotiation framework. The negotiation process begins by creating an instance of the component Subcontracting. This instance will initiate other stages of negotiation, based on constraints provided by the Manager: the invitation of the coordination components (*Contracting, Broker, etc.*). Moreover, this instance will conduct negotiations in terms of construction and evaluation of proposals for subcontracting proposed task.

Choosing tactics. Using the tactics of negotiation specified in the negotiation framework, the coordination is decomposed into several coordination schemes. We considered three tactics that correspond to three coordination schemes: Block, Divide and Transport.

Choosing partners. We have two choices of partners:

i) among known partners – The Manager who initiating the outsourcing can specify any constraints on the set of possible alliance contractors. To do this, the manager uses the description of the job that follow to be subcontracted and also the database alliance partners and/or the different adhesion contracts which they signed [14];

ii) among unknown partners - in this case, the entire research activity of the potential partners is managed by the infrastructure through Broker component.

Negotiation. At this stage, during exchanges of proposals, the negotiation object evolves according to the constraints imposed by the manager on negotiated attributes of the subcontracting task. The final objective of the negotiation process is to build an Instantiated Negotiation Object³

³ An Instantiated Negotiation Object is a negotiation object whose attributes have been accepted by the all partners.

from initial specification of negotiation object [15]. After that, this object will be used to establish a contract.

Adoption. In the final negotiation phase, the negotiation properties are fixed values. In this case, the Collaborative Agent asks Manager to validate the result of negotiation and makes contact with other partners' agents. Depending on the answers obtained, the Manager may decide to: i) to restart or to suspend negotiations; ii) to enable the contracting phase, which allows reaching an agreement [16].

The negotiation process involves several parties (for several bilateral negotiations), each having different criteria, constraints and preferences that determine their individual areas of interest [17]. Criteria, constraints and preferences of a participant are partially or totally unknown to the other participants. The job under negotiation is described as a multi-attribute object. Each attribute is related to local constraints and evaluation criteria, but also to global constraints drawing dependencies with other attributes [18].

In conclusion, the proposed architecture provides the following features:

- to define the negotiation process structure: participants, interaction protocol, negotiation protocol, tactics and coordination components, the negotiation object and the negotiation strategies;
- the modeling all negotiations for a gas station in the form of a set of bilateral negotiations, which the agent can operate independently;
- the modeling of the coordination among the negotiations based on a set of coordination components and the synchronization mechanisms at the middleware level.

Thus, we can say, that we have proposed an infrastructure that manages, in a decentralized manner, the coordination of multi-phase negotiations on a multi-attribute object and among a lot of participants.

Conclusions

The functioning of this kind of alliance suppose task achievement, which cannot be individual treated, by a single participant for better adjustment of the clients requirements.

The proposed infrastructure aims to help the different SMEs to fulfill their entire objectives by mediating the collaboration among the several organizations gathered into a virtual alliance.

A specific feature that distinguishes the negotiation structure proposed in this work from the negotiations with imposed options (acceptance or denial) is that it allows the modification of the proposals through the addition of new information (new attributes) or through the modification of the initial values of certain attributes (for example, in the case of gas stations the gasoline price may be changed).

The business-to-business interaction context in which our activities take place forces us to model the unexpected and the dynamic aspects of this environment. An organization may participate in several parallel negotiations. Each negotiation may end with the acceptance of a contract that will automatically reduce the available resources and it will modify the context for the remaining negotiations.

In the current work we've described in our collaboration framework only the interactions with the goal to subcontract or contract a task. A negotiation process may end with a contract and in that case the supply schedule management and the well going of the contracted task are both parts of the outsourcing process.

In order to illustrate our approach we have used a sample scenario where distributed gas stations have been united into alliance. Take into consideration this scenario, one of the principal objectives was related to the generic case and means that this proposed infrastructure can be used in other activity domains.

Regarding research perspective continuation, one first direction which can be mentioned is the negotiation process and the coordination process taking into consideration the contracts

management process. In this way the coordination can administrate not only the dependence between the negotiations and the contracts which are formed and with execution dependences of those contracts.

Another perspective is to deliver to the user one instrument which allows him negotiation protocol definition according with the restrained negotiation interactions possibilities. Consequent, this will be a problem of coordination on which the infrastructure must solve on negotiation protocol administration and protocol build perspective.

References

1. Singh M.P., *Commitments among autonomous agents in information-rich environments*. In Proceedings of the 8th European Workshop on Modelling Autonomous Agents in a Multi-Agent World (MAAMAW), pages 141–155, May 1997.
2. Cretan A., *Intelligent Solutions for Virtual Negotiations*. In Information & Knowledge Age – The seventh International Conference on Informatics in Economy, Bucharest, Romania, 2005, pages 441-446.
3. Bamford J.D., Gomes-Casseres B., and Robinson M.S., *Mastering Alliance Strategy: A Comprehensive Guide to Design, Management and Organization*. San Francisco: Jossey-Bass, 2003.
4. Sycara K., *Problem restructuring in negotiation*, in Management Science, 37(10), 1991.
5. Smith R., and Davis R., *Framework for cooperation in distributed problem solving*. IEEE Transactions on Systems, Man and Cybernetics, SMC-11, 1981.
6. Zhang X. and Lesser V., *Multi-linked negotiation in multi-agent systems*. In Proc. of AAMAS 2002 July, Bologna, pg. 1207 – 1214.
7. Barbuceanu M. and Wai-Kau Lo, *Multi-attribute Utility Theoretic Negotiation for Electronic Commerce*. In AMEC III, LNAI 2003, pg. 15-30.
8. Keeny R. and Raiffa H., *Decisions with Multiple Objectives: Preferences and Value Tradeoffs*. JohnWiley & Sons, 1976.
9. Bui V. and Kowalczyk R., *On constraint-based reasoning in e-negotiation agents*. In AMEC III, LNAI 2003, pp. 31-46.
10. Faratin P., Sierra C. and Jennings N., *Negotiation decision functions for autonomous agents*. Journal of robotics and autonomous systems, 1998, pg. 159-182.
11. Faratin P., *Automated service negotiation between autonomous computational agent*. Ph.D. Thesis, Department of Electronic Engineering Queen Mary & West-field College, 2000.
12. Vercouter, L., *A distributed approach to design open multi-agent system*. In 2nd Int. Workshop Engineering Societies in the Agents' World (ESAW), 2000
13. Muller H., *Negotiation principles*. Foundations of Distributed Artificial Intelligence, 1996.
14. Hurwitz, S.M., *Interoperable Infrastructures for Distributed Electronic Commerce*. 1998, <http://www.atp.nist.gov/atp/98wpecc.htm>
15. Robinson W., and Volkov V., *Supporting the negotiation life cycle*. Communications of the ACM, 1998.
16. Ossowski S., *Coordination in Artificial Agent Societies*. Social Structure and its Implications for Autonomus Problem-Solving Agents, No. 1202, LNAI, Springer Verlag, 1999.
17. Schumacher M., *Objective coordination in multi-agent system engineering – design and implementation*. In Lecture Note in Artificial Intelligence, No. 2093, Springer Verlag, 2001.
18. Kraus S., *Strategic negotiation in multi-agent environments*. MIT Press, 2001

Cuprins

CONSIDERATIONS REGARDING THE DECISIONS ADOPTED IN THE INTEREST OF LAW NO. 59/2007 BY THE HIGHT COURT OF CASSATION AND JUSTICE.....	5
VASILE DOBRINOIU MARIA OPREA	
CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA DECIZIA ÎN INTERESUL LEGII NR. 59/2007 A ÎNALTEI CURȚI DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE	14
VASILE DOBRINOIU MARIA OPREA	
THE EUROPEAN STANDARDS AND THE EXISTING TENDENCIES IN ROMANIA REGARDING THE EVOLUTION OF THE CUSTODIAL PUNISHMENT.....	24
IOAN CHIS ALEXANDRU BOGDAN CHIS CRISTINA DANIELA MUNTEANU	
STANDARDELE EUROPENE SI DEZVOLTAREA TENDINTELOR NECUSTODIALE ALE PEDEPSELOR IN ROMANIA.....	32
IOAN CHIS ALEXANDRU BOGDAN CHIS CRISTINA DANIELA MUNTEANU	
ORGANIZED CRIME AND LEGISLATION AGAINST IT.....	40
ARBEN SHEHU	
SOME PRACTICAL ASPECTS REGARDING INDIVIDUALIZATION OF PUNISHMENTS.....	49
ALEXANDRA CRISTINA JIPA	
CÂTEVA ASPECTE PRACTICE PRIVIND INDIVIDUALIZAREA PEDEPSELOR.....	60
ALEXANDRA CRISTINA JIPA	
RE-EDUCATION OF CONVICTS – A CONCEPT IN CHANGE. PROPOSALS FOR THE MODIFICATION OF LAW NO. 275/2006	71
IOAN CHIS ALEXANDRU BOGDAN CHIS CRISTINA DANIELA MUNTEANU	
REEDUCAREA CONDAMNATIILOR – UN CONCEPT IN SCHIMBARE. PROPUNERI DE MODIFICARE A LEGII NR. 275/2006.....	82
IOAN CHIS ALEXANDRU BOGDAN CHIS CRISTINA DANIELA MUNTEANU	
PARTIES’ RIGHTS IN THE ROMANIAN CRIMINAL TRIAL - EQUALITY OF ARMS ELEMENT.....	94
MIRCEA I. DAMASCHIN	
DREPTURILE PĂRȚILOR ÎN PROCESUL PENAL DIN ROMÂNIA - ELEMENT AL EGALITĂȚII DE ARME.....	110
MIRCEA I. DAMASCHIN	
THE AUXILIARY FORMS OF DEPRIVATION OF FREEDOM IN THE ROMANIAN LAW SYSTEM	125
ANDREI ZARAFIU	

FORMELE AUXILIARE DE PRIVARE DE LIBERTATE ÎN SISTEMUL ROMÂN DE DREPT	138
ANDREI ZARAFIU	
THEORETICAL AND JURISPRUDENTIAL ISSUES CONCERNING ON INTERANATIONAL COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS. EUROPEAN ARREST WARRANT	150
MIRELA SORINA POPESCU CRISTIAN-GHEORGHE GĂLĂȚANU	
ASPECTE TEORETICE ȘI JURISPRUDENȚIALE PRIVITOARE LA COOPERAREA JUDICIARĂ INTERNAȚIONALĂ ÎN MATERIE PENALĂ. MANDATUL EUROPEAN DE ARESTARE	162
MIRELA SORINA POPESCU CRISTIAN-GHEORGHE GĂLĂȚANU	
LEGAL COUNSELLING FOR THE SELLING FOR THE DEFENDANT OR THE CULPRIT DURING CRIMINAL PURSUIT OR JUDGEMENT STAGE	174
ADRIAN BENDEAC	
ASISTENȚA JURIDICĂ ACORDATĂ ÎNVINUITULUI SAU INCULPATULUI ÎN CURSUL URMĂRIII PENALE ȘI AL FAZEI DE JUDECATĂ	188
Adrian BENDEAC	
FIGHTING MONEY LAUNDERING. INTERNATIONAL REGULATIONS	201
CONSTANTIN NEDELCU	
COMBATERICA SPĂLĂRII BANILOR. REGLEMENTĂRI INTERNAȚIONALE	209
CONSTANTIN NEDELCU	
EVOLUTION OF JUDICIAL PRACTICE WITH REGARD TO THE SOCIAL DANGER OF CERTAIN INFRACTIONS	217
ALEXANDRA CRISTINA JIPA	
EVOLUȚIA PRACTICII JUDICIARE ÎN PRIVINȚA PERICOLULUI SOCIAL AL ANUMITOR INFRAȚIUNI	225
ALEXANDRA CRISTINA JIPA	
THE AFFIRMATION OF THE RENEWING CURRENT OF PRISON REFORM IN THE NINETEENTH CENTURY ROMANIAN THINKING	233
IOAN BITOLEANULUMINIȚA ELENI MEREI	
PARTICULAR ASPECTS OF FORENSIC INVESTIGATION OF MALTREATMENTS APPLIED TO THE MINOR	240
CARMINA ALECA ANDREEA DRĂGHICI	
PARTICULARITĂȚI ALE CERCETĂRII INFRAȚIUNII DE RELE TRATAMENTE APLICATE MINORULUI	249
CARMINA ALECA ANDREEA DRĂGHICI	
CLASSIC CRIMES IN THE VIRTUAL WORLD: HABBO HOTEL AND SECOND LIFE	258
Florin ENCESCU	

<i>INFRAȚIUNI CLASICE ÎN LUMEA VIRTUALĂ: HABBO HOTEL ȘI SECOND LIFE.....</i>	<i>266</i>
<i>FLORIN NENCESCU</i>	
<i>ALTERNATIVES TO ARREST: PROVISIONAL RELEASE ON BAIL AND UNDER JUDICIAL CONTROL. ERRORS OF THE SYSTEM.</i>	<i>275</i>
<i>CRISTINA CELEA</i>	
<i>ALTERNATIVE LA ARESTAREA PREVENTIVĂ: LIBERAREA PROVIZORIE PE CAUȚIUNE ȘI SUB CONTROL JUDICIAR. ERORI ALE SISTEMULUI.....</i>	<i>282</i>
<i>CRISTINA CELEA Judecător, doctorand Universitatea „Nicolae Titulescu” București</i>	
<i>THE CRIMINAL PROTECTION OF THE RIGHT OF LIVING – NATIONAL AND INTERNATIONAL ASPECTS.....</i>	<i>289</i>
<i>LAVINIA MIHAELA VLĂDILĂOLIVIAN MASTACAN</i>	
<i>THE CRIMINAL PROTECTION OF THE RIGHT OF LIVING. NATIONAL AND INTERNATIONAL ASPECTS.....</i>	<i>303</i>
<i>LAVINIA MIHAELA VLĂDILĂOLIVIAN MASTACAN</i>	
<i>THE LEGAL FRAMEWORK OF PERFORMING THE PRELIMINARY ACTIONS REGARDING THE FRAUDS COMMITTED BY ELECTRONIC MEANS OF PAYMENT.....</i>	<i>316</i>
<i>CORINA-IULIANA DRAGOMIR</i>	
<i>CADRUL LEGAL AL EFECTUĂRII ACTELOR PREMERGĂTOARE ÎN MATERIA FRAUDELOR SĂVÂRȘITE PRIN MIJLOACE DE PLATĂ ELECTRONICE.....</i>	<i>323</i>
<i>CORINA-IULIANA DRAGOMIR</i>	
<i>THE LEGAL FRAMEWORK OF MOBBING IN ROMANIAN LEGISLATION.....</i>	<i>330</i>
<i>SIMONA TACHE</i>	
<i>THE ENVIRONMENTAL CRIME.....</i>	<i>338</i>
<i>ASSISTANT PH.D CANDIDATE ANDRADA TRUȘCĂ LECTURER PH.D CAMIL TĂNĂȘESCU</i>	
<i>REPAIRING THE DAMAGE IN CASE OF JUDICIAL ERRORS.....</i>	<i>348</i>
<i>SIMONA TACHE</i>	
<i>THE INSTITUTION OF INHERITANCE REPRESENTATION ACCORDING TO THE NEW ROMANIAN CIVIL CODE.....</i>	<i>357</i>
<i>GENOIU ILIOARA POPA IOANA</i>	
<i>INSTITUȚIA REPREZENTARII SUCCESORALE IN VIZIUNEA NOULUI COD CIVIL ROMÂN.....</i>	<i>368</i>
<i>GENOIU ILIOARA POPA IOANA</i>	

CUSTOMERS AND GOOD CUSTOM.....	378
<i>IOANA ADRIANA POPA LECTURER, PH.D. CANDIDATE MANUELA NIȚĂ LECTURER, PH.D.</i>	
CLIENTELA ȘI VADUL COMERCIAL.....	386
<i>LECTOR UNIV. DRD. IOANA ADRIANA POPA LECTOR UNIV. DR. MANUELA NIȚĂ</i>	
THE ENVIRONMENT AND THE PRIVATE PROPERTY.....	394
<i>MOCANU LIVIA</i>	
MEDIUL ȘI PROPRIETATEA PRIVATĂ.....	402
<i>MOCANU LIVIA</i>	
GENERAL CONSIDERATIONS REGARDING RIGHT OVER OWN BODY WITH REFERENCES TO THE NEW CIVIL CODE.....	410
<i>RAMONA DUMINICĂ ANDREEA DRĂGHICI</i>	
APRECIERI GENERALE PRIVIND DREPTUL OMULUI ASUPRA PROPRIULUI CORP CU REFERIRI LA NOUL COD CIVIL.....	420
<i>RAMONA DUMINICĂ ANDREEA DRĂGHICI</i>	
INSOLVENCY PREDICTION AND PREVENTION LAW NO. 381/2009 ON THE AD- HOC MANDATE AND PREVENTIVE COMPOSITION VS. LAW NO. 85/2006 ON THE INSOLVENCY PROCEDURE.....	431
<i>DANIELA MOGOȘ</i>	
PREFIGURAREA ȘI PREVENIREA INSOLVENȚEI LEGEA NR. 381/2009 PRIVIND INTRODUCEREA CONCORDATULUI PREVENTIV ȘI A MANDATULUI AD-HOC VS. LEGEA NR. 85/2006 PRIVIND PROCEDURA INSOLVENȚEI.....	442
<i>DANIELA MOGOȘ</i>	
THE EVOLUTION OF ELECTRONIC MONEY AT EUROPEAN LEVEL.....	453
<i>MANUELA NIȚĂ ILIOARA GENOIU</i>	
NEW TENDENCIES AGAINST AN OLD LEGAL BACKGROUND OR BRIEF OPINIONS ON THE BILL OF THE NEW ROMANIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE, IN TERMES OF POSITIVE OR NEGATIVE ELEMENTS.....	462
<i>Lecturer Ph.D Andreea TABACU Assist. Ph.D candidate Amelia SINGH Assist. Ph.D candidate Sorina ȘERBAN-BARBU</i>	
TENDINTE NOI PE BAZE VECHI SAU SCURTE CONSIDERATII ASUPRA PROIECTULUI NOULUI COD DE PROCEDURA CIVILA - ASPECTE POZITIVE SI NEGATIVE.....	471
<i>LECT.UNIV.DR. ANDREEA TABACU ASIST.UNIV.DRD. AMELIA SINGH ASIST.UNIV.DRD. SORINA ȘERBAN-BARBU</i>	
THE LEGAL REGIME OF THE FINANCIAL NON- BANKING INSTITUTIONS.....	479
<i>VASILE NEMEȘ</i>	

<i>REGIMUL JURIDIC AL INSTITUȚIILOR FINANCIARE NEBANCARE</i>	487
<i>VASILE NEMEȘ</i>	
<i>ERROR IN LAW</i>	495
<i>IOANA PĂDURARIU</i>	
<i>GENERALITIES REGARDING THE REQUIREMENTS FOR THE ERROR – VICE OF CONSENT</i>	502
<i>VALENTIN COCEAN</i>	
<i>BANKING DISPUTES IN THE NEW ECONOMIC, SOCIAL AND POLITICAL CONTEXT</i>	513
<i>ADRIANA PÎRVU</i>	
<i>LITIGIILE BANCARE ÎN NOUL CONTEXT ECONOMIC, SOCIAL ȘI POLITIC</i>	525
<i>ADRIANA PÎRVU</i>	
<i>THEORETICAL AND PRACTICAL ISSUES CONCERNING THE IMPLEMENTATION OF CEDO’S JURISPRUDENCE IN THE CASE OF PROPERTY BY THE NATIONAL JUDGE</i>	536
<i>MIRELA ALEXANDRA STOIAN</i>	
<i>THE PROVISIONS OF THE NEW CIVIL CODE IN THE FIELD OF FAMILY LAW – THE MARRIAGE –</i>	543
<i>ARDELEANU ANCA MONICA</i>	
<i>COMMUNICATION IN MEDIATION</i>	551
<i>ARDELEANU ANCA MONICA JOSAN IOANA JULIETA</i>	
<i>THE INJURY-VICE OF CONSENT?</i>	565
<i>CAMELIA STĂNCIULESCU</i>	
<i>LEZIUNEA – VICIU DE CONSIMȚĂMÂNT ?</i>	574
<i>CAMELIA STĂNCIULESCU</i>	
<i>COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE COUNTERFEIT ACTION AND UNFAIR COMPETITION ACTION IN THE MATTER OF INDUSTRIAL DESIGNS</i>	582
<i>ANCA-ANDREEA NISTOREANU</i>	
<i>ANALIZĂ COMPARATIVĂ ÎNTRE ACȚIUNEA ÎN CONTRAFACERE ȘI ACȚIUNEA ÎN CONCURENȚĂ NELOIALĂ ÎN MATERIA DESENELOR ȘI MODELELOR INDUSTRIALE</i>	589
<i>ANCA-ANDREEA NISTOREANU</i>	
<i>THE LIABILITY FOR BANKS INSOLVENCY</i>	596
<i>LUMINIȚA TULEASCA</i>	
<i>RASPUNDEREA PENTRU FALIMENTUL BANCILOR</i>	608
<i>LUMINIȚA TULEASCĂ</i>	

<i>BASIC CONDITIONS OF APPLICATION OF THE INSURANCE COMPANY BANKRUPTCY PROCEDURE.....</i>	<i>619</i>
<i>LUMINIȚA TULEASCĂ</i>	
<i>CONDITIILE DE FOND ALE APLICĂRII PROCEDURII FALIMENTULUI SOCIETĂȚILOR DE ASIGURARE.....</i>	<i>631</i>
<i>LUMINIȚA TULEASCĂ</i>	
<i>REDRESSING THE INJURY CAUSED BY RIGHTS PREJUDICE IN NEW CIVIL CODE REGULATIONS.....</i>	<i>643</i>
<i>SACHE NECULAESCU</i>	
<i>THE NOTION OF „OBJECT” OF THE COMMUNITY PROCESS IN THE PROCEDURE ESTABLISHED BY THE EC REGULATION NO. 861/2007 REGARDING LOW VALUE REQUESTS.....</i>	<i>653</i>
<i>GABRIELA RĂDUCAN</i>	
<i>ECONOMIC CONCENTRATION.....</i>	<i>662</i>
<i>GABRIELA GYONGY MIHUȚ</i>	
<i>CONCENTRAREA ECONOMICĂ.....</i>	<i>674</i>
<i>GABRIELA GYONGY MIHUȚ</i>	
<i>THE PRINCIPLE OF CITIZENS CONSULTATION IN SOLVING HIGH INTEREST MATTERS- IS IT A MYTH OR A REALITY?.....</i>	<i>688</i>
<i>ELENA EMILIA ȘTEFAN</i>	
<i>PRINCIPIUL CONSULTĂRII CETĂȚENILOR ÎN SOLUȚIONAREA PROBLEMELOR LOCALE DE INTERES DEOSEBIT- ESTE UN MIT SAU O REALITATE?.....</i>	<i>698</i>
<i>ELENA EMILIA ȘTEFAN</i>	
<i>THE PERSONALITY OF THE HEAD OF LOCAL PUBLIC ADMINISTRATION IN ROMANIA – RELATIONSHIPS WITH ADMINISTRATIVE PERSONNEL.....</i>	<i>708</i>
<i>PAULINA DINA DANIELA SIMONA NENCIU</i>	
<i>PERSONALITATEA CONDUCĂTORULUI ADMINISTRAȚIEI PUBLICE LOCALE DIN ROMÂNIA - RELAȚIILE ACESTUIA CU PERSONALUL ADMINISTRATIV.....</i>	<i>716</i>
<i>PAULINA DINA DANIELA SIMONA NENCIU</i>	
<i>LEGAL DETERMINANTS OF THE EU EXTERNAL ACTION AFTER LISBON.....</i>	<i>725</i>
<i>ANAMARIA VERONICA FUDULI</i>	
<i>THE EVOLUTION OF ADMINISTRATIVE COURTS IN ROMANIA.....</i>	<i>739</i>
<i>MARTA CLAUDIA CLIZA</i>	
<i>THE EUROPEAN OMBUDSMAN AND THE RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION.....</i>	<i>748</i>
<i>ELENA EMILIA ȘTEFAN</i>	

<i>OMBUDSMANUL EUROPEAN ȘI DREPTUL LA O BUNĂ ADMINISTRARE</i>	764
<i>ELENA EMILIA ȘTEFAN</i>	
<i>PROPORTIONALITY - A CONSTITUTIONAL PRINCIPLE</i>	780
<i>MARIUS ANDREESCU</i>	
<i>THE LAWFULNESS PRINCIPLE</i>	791
<i>ELENA ANGHEL</i>	
<i>JUDICIAL COOPERATION</i>	797
<i>ARBEN SHEHU</i>	
<i>THE LEGAL FORM AND PROCEDURE TO ISSUE A FISCAL-ADMINISTRATIVE DOCUMENT</i>	805
<i>OCTAVIA MARIA CILIBIU</i>	
<i>FORMA ȘI PROCEDURA PREVĂZUTE DE LEGE PENTRU EMITEREA ACTULUI ADMINISTRATIV - FISCAL</i>	813
<i>OCTAVIA MARIA CILIBIU</i>	
<i>ASPECTS REGARDING THE COMMON POLICY OF TRANSPORTS IN THE TREATY OF LISBON</i>	821
<i>LIVIA VISEA</i>	
<i>ASPECTE PRIVIND POLITICA COMUNĂ A TRANSPORTURILOR ÎN TRATATUL DE LA LISABONA</i>	835
<i>LIVIA VISEA</i>	
<i>PRESS DEONTOLOGY, PUBLIC INTEREST AND RIGHT FOR A GOOD ADMINISTRATION</i>	849
<i>MARIUS VACARELU</i>	
<i>INTERESTING LEGAL ASPECTS REGARDING CHINESE LAW</i>	856
<i>LAURA - CRISTIANA NEGURĂ</i>	
<i>TREATY OF LISBON – INNOVATIONS IN THE EU DECISION-MAKING MECHANISMS & PROCEDURAL MATTERS</i>	871
<i>Viorel TOMESCU</i>	
<i>THE EU ACQUIS REGARDING THE STATE AID</i>	879
<i>Sorina SERBAN-BARBU Andreea TABACU Amelia SINGH</i>	
<i>FREE ACCESS TO JUSTICE – FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF THE RULE OF LAW</i>	888
<i>VIORICA RĂCEANU MĂDĂLINA POPESCU</i>	
<i>COMPUTERIZED LEGAL DOCUMENTATION</i>	896
<i>MIHAI GRIGORE</i>	

THE PRAGMATIC AND LOGICAL-SEMANTIC CHARACTER OF THE LEGAL INTERPRETATION IN ECHR JURISPRUDENCE	903
CLAUDIA ANDRIȚOI	
CARACTERUL PRAGMATIC ȘI LOGICO-SEMANTIC AL INTERPRETĂRII JURIDICE ÎN JURISPRUDENȚA CEDO	913
CLAUDIA ANDRIȚOI	
DIMENSIONS AND FLEXIBILITY OF JUDICIAL INTERPRETATION	923
CLAUDIA ANDRIȚOI	
DIMENSIUNILE ȘI FLEXIBILITATEA INTERPRETĂRII JURIDICE.....	932
CLAUDIA ANDRIȚOI	
THE RIGHT TO WORK AND THE DIMENSIONS OF GLOBAL UNEMPLOYMENT	940
CRISTINA OTOVESCU-FRĂSIE DUMITRU OTOVESCU	
COEXISTENCE, IN AN AUTONOMOUS WAY, OF THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS AND THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION.....	948
OANA-MIHALEA SALOMIA	
THE LAW – AN ESSENTIAL PART OF THE SOCIAL LIFE.....	957
IULIA BOGHIRNEA OLIVIAN MASTACAN	
SOME CONSIDERATIONS REGARDING THE QUALITY OF FORMAL SOURCE OF THE CASE LAW IN THE TWO MAIN SYSTEMS OF LAW.....	964
IULIA BOGHIRNEA	
ECOMMUNITY LEGISLATIVE PROVISIONS AND THEIR IMPLEMENTATION REGARDING THE ACCESS TO JUSTICE WITH RESPECT TO CROSS-BORDER DISPUTES.....	972
ELISE NICOLETA VÂLCU IONEL DIDEA	
BRIEF CONSIDERATION REGARDING INTERNATIONAL COOPERATION IN MATTERS RELATING TO MAINTENANCE OBLIGATIONS.....	979
IONEL DIDEA ELISE NICOLETA VÂLCU	
LEGAL SANCTION IN ANCIENT EAST.....	987
LAURA - CRISTIANA NEGURĂ*	
THE IMPLICATIONS OF THE TRANSPOSING OF EUROPEAN DIRECTIVES REGARDING THE IMPROVEMENT OF THE EFFECTIVENESS OF REVIEW PROCEDURES CONCERNING THE AWARD OF PUBLIC CONTRACTS	1004
LIANA-TEODORA PASCARIU	
REPUBLICAN CULTURE AND HUMAN RIGHTS. THE PHILOSOPHY OF CIVIC VALUES OF REPUBLICANISM.....	1012
CLAUDIA CRISTINA BERGHEZAN	

CULTURA REPUBLICANĂ ȘI DREPTURILE OMULUI. FILOZOFIA VALORILOR CIVICE ALE REPUBLICANISMULUI.....	1019
CLAUDIA CRISTINA BERGHEZAN	
EUROPEAN UNION REFORM TREATY-LISBON 2007-	1026
GABRIELA GYONGY MIHUȚ	
TRATATUL DE REFORMĂ A UNIUNII EUROPENE-LISABONA 2007-.....	1038
GABRIELA GYONGY MIHUȚ	
RELATIONSHIP LEGALITY-OPPORTUNITY IN THE ROMANIAN DOCTRINE.....	1050
Andreea Diana PAPA Adriana Elena BELU	
THE PROTECTION OF PRIVATE PROPERTY AND INTELLECTUAL PROPERTY- PREREQUISITE FOR THE ENTREPRENEURIAL DEVELOPMENT	1057
PHD STUDENT ELENA ȚIFREA(FILIP) ALEXANDRU IOAN CUZA UNIVERSITY, DOCTORAL SCHOOL OF ECONOMICS	
PROTECȚIA PROPRIETĂȚII PRIVATE ȘI A PROPRIETĂȚII INTELLECTUALE- CONDIȚIE ESENȚIALĂ PENTRU DEZVOLTAREA ANTREPRENORIALĂ.....	1064
PHD STUDENT ELENA ȚIFREA(FILIP) ALEXANDRU IOAN CUZA UNIVERSITY, DOCTORAL SCHOOL OF ECONOMICS	
CONSIDERATIONS ON INTELLECTUAL PROPERTY	1071
ARGENTINA GRĂMADĂ IRENA VOICULESCU	
CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA PROPRIETATEA INTELLECTUALĂ.....	1081
ARGENTINA GRĂMADĂ IRENA VOICULESCU	
THE ROMANIAN SUBSIDIARY RULES IN THE FIELD OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW	1092
ALIN SPERIUȘI-VLAD	
THE ROLE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION IN THE HARMONIZATION OF THE INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND THEIR PROTECTION IN THE EU MEMBER STATES.....	1103
AURA IVAN-DUMITRESCU	
ROLUL CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE ÎN ARMONIZAREA OCROTIRII DREPTURILOR DE PROPRIETATE INTELLECTUALĂ DE CĂTRE STATELE MEMBRE	1124
AURA IVAN-DUMITRESCU	
UNIFYING NATIONAL PENAL JURISPRUDENCE AND THE DECISIONS OF THE EUROPEAN UNION COURT OF JUSTICE	1145
MIRELA GORUNESCU	
UNIFICAREA JURISPRUDENȚEI PENALE NAȚIONALE ȘI DECIZIILE CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE.....	1154
MIRELA GORUNESCU	

THE UNITY OF ROMANIAN JURISPRUDENCE, PREOCCUPATION OF THE NEW PROCEDURE CODES.....	1164
STELUȚA IONESCU, CONSTANȚA MĂTUȘESCU	
UNITATEA JURISPRUDENȚEI ROMÂNEȘTI, PREOCUPARE A NOILOR CODURI DE PROCEDURĂ	1176
STELUȚA IONESCU, CONSTANȚA MĂTUȘESCU	
THE DYNAMIC OF CONVERGENCE IN A MONETARY UNION.....	1187
ALEXANDRU OLTEANU, MĂDĂLINA ANTOANETA RĂDOI (OLTEANU)	
DINAMICA CONVERGENȚEI ÎNTR-O UNIUNE MONETARĂ.....	1196
ALEXANDRU OLTEANU, MĂDĂLINA ANTOANETA RĂDOI	
THE INFLUENCE OF MARKET SEGMENTATION AND INCREASE THE LEVEL OF COMPETITIVENESS, THE BEHAVIOR OF PRODUCERS. SITUATION OF ROMANIAN SMES.....	1205
CRISTINA GRADEA	
INFLUENȚA SEGMENTĂRII PIETEI ȘI A CREȘTERII NIVELULUI DE COMPETITIVITATE, ASUPRA COMPORTAMENTULUI PRODUCĂTORILOR.SITUAȚIA IMM-URILOR DIN ROMÂNIA.....	1213
CRISTINA GRADEA	
GLOBAL EXPECTATIONS OF OUTSOURCING TRENDS.....	1222
RADU MARCEL JOIA	
CREATIVITY, INNOVATION AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN KNOWLEDGE - BASED SOCIETY.....	1231
VLADIMIR-CODRIN IONESCU VIOREL CORNESCU	
A NEW PARADIGM IN ECONOMICS	1239
ION BUCUR	
O NOUĂ PARADIGMĂ ÎN ȘTIINȚA ECONOMICĂ.....	1245
PROF. UNIV. DR. ION BUCUR UNIVERSITATEA DIN BUCUREȘTI	
POLICIES FOR ECONOMIC STABILITY AND GROWTH.....	1251
OANA CHINDRIȘ-VĂSIOIU	
DEVELOPING COUNTRIES: GROWTH, CRISIS AND REFORM.....	1260
RADU MARCEL JOIA ALINA MIHAELA BABONEA	
THE EUROSISTEM VERSUS THE US FEDERAL RESERVE SYSTEM.....	1268
CRISTIAN PANĂ	
THE MONETARY NEUTRALITY AND ITS IMPLICATIONS UPON THE REAL ECONOMY	1277
Alexandra ADAM Ioana MOLDOVAN Simona HUDEA	

<i>FINANCIAL CRISES MECHANISMS AND CONTAGION EFFECT</i>	1288
<i>Ioana MOLDOVAN Alexandra ADAM Assistant Simona HUDEA</i>	
<i>ON THE MEASUREMENT OF INCOME POLARIZATION</i>	1300
<i>Maria MOLNAR</i>	
<i>THE ECONOMICAL – FINANCIAL ROLE OF CONTEMPORARY STATE</i>	1312
<i>ELENA CIUCUR DUMITRU CIUCUR</i>	
<i>INNOVATION: CONCEPT, MEASURABILITY, POLICY. THE CASE OF ROMANIA SMEs</i>	1320
<i>IONICA HOLBAN (ONCIOIU) FLORIN RAZVAN ONCIOIU</i>	
<i>HUMAN CAPITAL AND ECONOMIC DEVELOPMENT</i>	1326
<i>Ioana –Julieta Josan</i>	
<i>THE IMPACT OF THE OFFSHORING OF BUSINESS SERVICES ON HOST COUNTRIES</i>	1334
<i>Serghei MARGULESCU Elena MARGULESCU</i>	
<i>OPENNESS DEGREE OF THE NATIONAL ECONOMY; ORIENTATION, STRUCTURE, DYNAMICS OF THE INTERNATIONAL TRADE OF ROMANIA</i>	1341
<i>Livia CHISĂGIU</i>	
<i>CHALLENGES OF INCREASING THE ECONOMIC AND SOCIAL RELEVANCE OF ROMANIAN R&D AND INNOVATION</i>	1354
<i>Steliana SANDU Irina ANGHEL</i>	
<i>PRICING STRATEGY IN THE CONTEMPORARY MARKET ECONOMY</i>	1368
<i>MAGDALENA PLATIS ELEONORA GABRIELA BABAN</i>	
<i>THE ROLE OF RESERVE CURRENCIES IN THE WORLD ECONOMY</i>	1379
<i>Andrada BUSUIOC Cristian Radu BIRĂU</i>	
<i>THE HEALTH OF ROMANIAN BUSINESS ENVIRONMENT</i>	1393
<i>ION GR. IONESCU</i>	
<i>INCLUSION OF KOSOVA INTO REGIONAL ECONOMIC INTEGRATIONS AND CEFTA AGREEMENT</i>	1401
<i>MYRVETE BADIVUKU-PANTINAMIHANE BERISHA-NAMANI</i>	
<i>ELECTRONIC FINANCIAL CITY</i>	1409
<i>Amir HEYDARI</i>	
<i>THE REFLECTING OF THE USAGE PRODUCTION CAPACITY IN THE INDICATORS OF THE COSTS TO THE COMPANY</i>	1416
<i>AUREL IȘFĂNESCU</i>	
<i>ECONOMIC POLICY. THE PROBLEM OF SUSTAINABILITY</i>	1419
<i>PAUL TĂNASE GHIȚĂ</i>	

ASSOCIATION BETWEEN SOCIAL RESPONSIBILITY AND FINANCIAL PERFORMANCE: A COMPARATIVE STUDY OF SOME SELECTED PRIVATE AND PUBLIC ENTERPRISES IN BANGLADESH.....	1426
BALASUNDARAM NIMALATHASAN	
ITINERARY FOR IMPLEMENTATION OF AN ENVIRONMENTAL MANAGEMENT SYSTEM AND ITS BENEFITS.....	1434
SORINEL CĂPUȘNEANU DANA-MARIA (OPREA) MARTINESCU	
ITINERARUL DE IMPLEMENTARE AL UNUI SISTEM DE MANAGEMENT AL MEDIULUI ȘI AVANTAJELE SALE.....	1441
SORINEL CĂPUȘNEANU DANA-MARIA (OPREA) MARTINESCU	
IMPACT AND ROLE OF TRANSNATIONAL COMPANIES IN THE CONTEXT OF ECONOMIC GLOBALIZATION	1449
IULIANA ALEXANDRA ZARAFIU	
IMPACTUL SI ROLUL SOCIETATILOR TRANZNATIONALE IN CONTEXTUL GLOBALIZARII ECONOMICE.....	1463
IULIANA ALEXANDRA ZARAFIU	
HOW ROMANIAN ENTREPRENEURS COPE WITH CHANGE.....	1476
Mirela BUCUREAN Mădălina-Adriana COSTIN	
STRATEGIC MANAGEMENT IN ROMANIAN HIGHER EDUCATION SYSTEM.....	1484
Nicoleta GUDĂNESCU	
“PROTECTED AREAS CONSERVATION - A DUTY FOR ALL OF US” - A PROJECT SUBMITTED BY CONSTANTA COUNTY COUNCIL.....	1494
Constantin BRAGARU	
THE MARKETING OF E-LEARNING: A THEORETICAL BACKGROUND.....	1502
Nabil MZOUGHJI Asma BOUGUERRA Hēla AYED	
TRANSVERSAL REORGANIZATION ANALYSIS OF SMALL AND MIDSIZED ENTERPRISES OF ROMANIA	1510
SORINEL CĂPUȘNEANU CRISTIAN-MARIAN BARBU	
ANALIZA REORGANIZĂRII TRANSVERSALE A ÎNTREPRINDERILOR MICI ȘI MIJLOCII DIN ROMÂNIA	1519
SORINEL CĂPUȘNEANU CRISTIAN-MARIAN BARBU	
ROMANIAN MANAGERS' ATTITUDE TO INNOVATION AND CREATIVITY.....	1529
Mirela BUCUREAN Mădălina-Adriana COSTIN	
BANKING SUCCESS MARKETING STRATEGIES CONDITIONING USED	1539
ARINA VALERIA BĂLĂCEANU	

KNOWLEDGE MANAGEMENT- FACTOR OF COMPETITIVENESS IN EDUCATION.....	1551
<i>MĂDĂLINA CRISTINA TOCAN</i>	
SUSTAINABLE DEVELOPMENT – THE RATIONAL PURPOSE OF DEVELOPMENT THROUGH ECOLOGY, ECONOMY AND SOCIAL DIMENSION	1560
<i>Constantin BRAGARU</i>	
NEW CHALLENGES OF THE HUMAN RESOURCES MANAGEMENT IN A KNOWLEDGE BASED SOCIETY.....	1568
<i>Ștefania GUDĂNESCU</i>	
COMPETITIVENESS, FOREIGN INVESTMENTS AND THE ECONOMIC CRISIS.....	1576
<i>LIVIU RADU CARMEN RADU</i>	
INFORMATION SECURITY IN MEDIUM AND LARGE ORGANIZATIONS.....	1592
<i>Nicolae Marius JULA Luis MĂRCULESCU</i>	
STABILITY - CHANGE BALANCE IN SUSTAINABLE ORGANIZATIONS	1601
<i>Viorel CORNESCU Vladimir-Codrin IONESCU</i>	
STRATEGIES AND ACTIONS MEANT TO IMPROVE THE MOTOR INSURANCE MARKET, AMID THE CURRENT RECESSION.....	1608
<i>Sandra TEODORESCU</i>	
QUALITY IN THE MANAGEMENT OF HUMAN RESOURCES THROUGH THE QUALITY OF THE HUMAN FACTOR'S STANDARD OF LIVING	1616
<i>Cătălina BONCIU</i>	
THE GLOBAL CONSUMERISM.....	1625
<i>Sorin-George Toma, Paul Marinescu, Silviu Cojocaru</i>	
SYSTEMS FOR TRACKING COMPANY PERFORMANCE: BUDGET CONTROL, BOARD TABLE, REPORTING, BALANCED SCORECARD.....	1636
<i>Andreea Paula DUMITRU Cristina Elena DUMITRU</i>	
SISTEME DE URMĂRIRE A PERFORMANȚELOR ÎNTRINDERII: CONTROLUL BUGETAR, TABLOUL DE BORD, REPORTING-UL, BALANCED SCORECARD	1645
<i>Andreea Paula DUMITRU Cristina Elena DUMITRU</i>	
ANALYSIS BETWEEN THE ROMANIAN ACCOUNTING SYSTEM STANDARDS, DIRECTIVES AND TAX RULES.....	1654
<i>Nicolae Sorin BORLEA Ludovica BREBAN Monica Violeta ACHIM</i>	
ANALIZA SISTEMULUI CONTABIL ROMÂNESC ÎNTRER STANDARDE, DIRECTIVE ȘI REGLEMENTĂRI FISCALE.....	1660
<i>Nicolae Sorin BORLEA Ludovica BREBAN Monica Violeta ACHIM</i>	

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE STATE AND THE BANKS DURING THE ACTUAL ECONOMIC CRISIS.....	1667
<i>Robert – Gabriel DINU Mihaela PAPA</i>	
RELAȚIA DINTRE STAT ȘI BĂNCI ÎN TIMPUL ACTUALEI CRIZE ECONOMICE.....	1677
<i>Robert – Gabriel DINU, Mihaela PAPA</i>	
CAPITAL PREFERENCES of SMEs DURING ECONOMIC CRISES: A CASE of SİVAS PROVINCE.....	1688
<i>SELAHATTIN KOÇ, HALIL ÖZEKİCİOĞLU</i>	
THE IMPACT OF MONETARY POLICY TOWARD INDONESIAN STOCK MARKET UNDER INFLATION TARGETING REGIME.....	1708
<i>Maria PRAPTININGSIH</i>	
COULD A NEW PARADIGM HELP US TO CONQUER THE FINANCIAL CRISIS?.....	1737
<i>Mitea NELUȚA</i>	
AR PUTEA OARE O NOUĂ PARADIGMĂ SĂ NE AJUTE SĂ INVINDEM CRIZA FINANCIARĂ?.....	1746
<i>Neluța MITEA</i>	
THE AUDIT ACTIVITY – A VECTOR OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT	1755
<i>Mitea NELUȚA</i>	
ACTIVITATEA DE AUDIT – VECTOR AL DEZVOLTĂRII DURABILE	1765
<i>Neluța MITEA</i>	
ANALYSIS OF OPERATIONAL RISK FOR EUROPEAN BANKS.....	1775
<i>Gabriela Victoria ANGHELACHE Ana Cornelia OLTEANU Alina Nicoleta RADU</i>	
SYSTEMATIC RISKS FOR THE FINANCIAL AND FOR THE NON-FINANCIAL ROMANIAN COMPANIES	1786
<i>Răzvan ȘTEFĂNESCU Ramona DUMITRIU Costel NISTOR</i>	
MANAGING CREDIT LOSSES AND CREDITING THE REAL SECTOR IN THE EMERGING COUNTRIES DURING THE FINANCIAL CRISIS.....	1796
<i>Magdalena RĂDULESCU Luminița ȘERBĂNESCU</i>	
THE INFORMATIONAL VOCATION OF FINANCIAL REPORTING.....	1802
<i>Mariana GURĂU Maria GRIGORE</i>	
ETHICAL STOCK MARKET INDICES: A NEW PARADIGM FOR CAPITAL MARKET.....	1811
<i>Teodora Cristina BARBU Iustina Alina BOITAN Alina Lucia TRIFAN</i>	
FINANCIAL SECURITY - A FUTURE PERSPECTIVE	1824
<i>Veronica Adriana POPESCU Gheorghe N. POPESCU Cristina Raluca POPESCU</i>	

<i>BETWEEN EVOLUTION AND INVOLUTION – THE NEW GLOBAL WORLD, WITH ITS PROS AND CONS.....</i>	<i>1831</i>
<i>Gheorghe N. POPESCU Veronica Adriana POPESCU Cristina Raluca POPESCU</i>	
<i>OPPORTUNITIES AND OBSTACLES FOR INTERNATIONAL POLICE COOPERATION.....</i>	<i>1839</i>
<i>Mădălina GODEANU</i>	
<i>THE ECONOMIC CRASH OF 2008 AND ITS POLITICAL IMPACT.....</i>	<i>1858</i>
<i>Maria CERNAT</i>	
<i>MEDIA MYTHS OF THE 2008 ECONOMIC CRISIS.....</i>	<i>1864</i>
<i>Maria CERNAT</i>	
<i>THE DINAMICS ON CITIZENSHIP – A THEORETICAL APPROACH.....</i>	<i>1871</i>
<i>Diana Elena NEAGA</i>	
<i>THE HIGHER EDUCATION AS A PROVIDER OF KNOWLEDGE WORKER AND ITS IMPACT ON SCHOOL-TO-WORK TRANSITION. THE CASE OF ROMANIA.....</i>	<i>1885</i>
<i>Simona NICOLAE</i>	
<i>YOUTH EDUCATION IN ROMANIA – A STATISTICAL OVERVIEW ON PATTERNS AND TRENDS IN PARTICIPATION AND COMPLETION.....</i>	<i>1896</i>
<i>Camelia CĂMĂȘOIU Nicoleta CARAGEA</i>	
<i>THE FIRST STAGE REPRESENTATION OF A PLAY PUBLISHED BY A WOMAN WRITER IN ROMANIA.....</i>	<i>1906</i>
<i>Carmen D. CARAIMAN</i>	
<i>THE BENEFITS OF CSR PROGRAMS IN EDUCATION WHEN DEALING WITH ORGANIZATIONAL AND IMAGE CRISIS.....</i>	<i>1913</i>
<i>Sorin Alexandru GHEORGHE Irina-Florentina BĂJAN Silvia-Elena POPESCU (IACOB)</i>	
<i>KNOWLEDGE AND EDUCATION: PAST, PRESENT AND FUTURE.....</i>	<i>1923</i>
<i>Sandra TEODORESCU</i>	
<i>ÎNVĂȚĂMÂNTUL ȘI CUNOAȘTEREA: TRECUT, PREZENT ȘI VIITOR.....</i>	<i>1930</i>
<i>Sandra TEODORESCU</i>	
<i>PLEADING FOR THE SOCIOLOGY OF INTERNATIONAL RELATIONS.....</i>	<i>1937</i>
<i>Elena NEDELCU</i>	
<i>HUMAN RESOURCES MANAGEMENT IN THE PUBLIC ADMINISTRATION.....</i>	<i>1944</i>
<i>Radu Carmen Liviu Radu</i>	
<i>THE PUBLIC ADMINISTRATOR: THE CLERK WITH A SPECIAL STATUS?.....</i>	<i>1957</i>
<i>MIHAELA - ADINA APOSTOLACHE..... 1957</i>	

<i>VIOLENCE IN SPORT</i>	1963
<i>Maria LULESCU</i>	
<i>VIOLENȚA ÎN SPORT</i>	1974
<i>Maria LULESCU</i>	
<i>STUDY ON INSTITUTIONAL AUTONOMY IN BULGARIA</i>	1985
<i>Cristi IFTENE</i>	
<i>SECURITY RISKS, TRUST AND IT COMPLIANCE</i>	1993
<i>Adriana BARNOSCHI</i>	
<i>INTELLIGENT METHODS FOR COOPERATION ACTIVITIES IN VIRTUAL ENTERPRISES</i>	2001
<i>ADINA CRETAN EMIL FLOREA</i>	